

## NATUREZA JURÍDICA DOS PROCESSOS PREVENTIVOS E SEU SISTEMA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pelo Prof. DOUTOR BARBOSA DE MAGALHÃES (1)

1 — O assunto, que nos propomos tratar nesta ligeira palestra — a natureza jurídica dos processos preventivos e o seu sistema no Código de Processo Civil — não é, parece-nos, destituído de interesse e importância.

Continuamente nos tribunais são instaurados êsses processos e ultimamente, depois do novo Código, com a sua inovação das providências cautelares — *tout court* — indefinidas, indeterminadas, incertas, antes de decretadas, claro é, a sua freqüência tem-se intensificado.

Alguma vantagem, pois, pode ter êste estudo, que, se não é de pura feição prática, também não é puramente teórico.

Expõe princípios, critérios de orientação, linhas gerais, formula conceitos, apresenta características, fornece noções, faz críticas, o que tudo contribuirá, cremos, para o estudo desenvolvido da matéria, para o estudo detalhado de cada processo pre-

---

(1) No dia 5 de Novembro último, perante uma assistência, interessada e atenta, de professores, magistrados, advogados e candidatos, o eminente advogado, Prof. Doutor Barbosa de Magalhães, proferiu a magnífica lição que publicamos. Os aplausos então tributados ao mestre insigne, traduziram o aprêço de quantos o ouviram, e justificam que queiramos dar, aos que não tiveram êsse prazer, o proveito da leitura do seu trabalho. (N. da R.).

ventivo, para o completo conhecimento das formas por que, de conformidade com o nosso Código, se exerce uma das funções do processo — a *função preventiva*.

2— *Processos preventivos e conservatórios* — melhor diria o Código — *processos preventivos ou conservatórios*, por isso que, com efeito, não se trata de duas categorias de processos, mas de uma só; e, pois que, na classificação das acções feita no art. 4.º, se fala em *acções conservatórias*, bastaria o qualificativo correspondente a empregar quanto aos processos.

E, como já tivemos ensejo de dizer (1), melhor seria ainda que o Código tivesse preferido o qualificativo de *preventivo* tanto para as acções como para os processos, pois ainda é mais adequado, dado o conceito de *acções conservatórias*, que se encontra na alínea b) do art. 4.º e porisso que, tanto as acções como os *processos conservatórios* nem sempre visam a conservar o *statu quo*, a situação de facto existente; algumas delas, como as tendentes à prestação e refôrço de caução facultados ou impostos na lei substantiva e regulados nos arts. 437.º, 441.º e 450.º (como adiante veremos, são acções pròpriamente ditas, e não processos conservatórios ou preventivos), e alguns dêles, como o de restituição provisória de posse (art. 400.º), tendem à mudança dêsse estado, à criação duma situação nova, e são, portanto, *inovadores* (2).

(1) *Estudos sôbre o novo Código de Processo Civil*, I, pág. 265.

(2) Carnelutti, *Istituzioni del nuovo proceso civil italiano*, 2.ª ed., t. 1.º, n.º 45; La Plaza, *Derecho processual civil español*, vol. 2.º, pág. 32; Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pág. 26. Estes escritores distinguem os processos, que na Itália e na Espanha têm a designação de *cautelares*, em conservatórios e inovadores.

A propósito, vem o notar que, tendendo as acções e os processos conservatórios e preventivos a *acautelar* um prejuízo, umas e outros visam ao decretamento de *providência cautelares*, mas o Código empregou esta expressão apenas para designar as providências reguladas nos arts. 405.º a 408.º, e não tôdas a que deu a designação de providências preventivas ou conservatórias.

Foi pena que o Código não tivesse empregado, para designar aquelas providências, outra expressão mais própria e correcta, e é bem que se evite a confusão entre umas e outras.

Não foi mais feliz o novo Código de Processo Civil Italiano com a designação — *provvedimenti di urgenza*.

O Código não nos dá um conceito de *processos conservatórios* ou *preventivos*, mas parece-nos que deve adoptar-se o que aquela alínea c) do art. 4.º dá de *acções conservatórias*: — as que têm por fim acautelar um prejuízo, que se receia.

É, porém, de notar desde já:

1.º — Que o prejuízo pode ter já começado e a providência tem então por fim evitar que êle continue; é o que se verifica na restituição provisória de posse e que pode verificar-se também no embargo de obra nova; e certo é que, quando se requiere, por exemplo, um arresto, também já pode ter começado o prejuízo, se o devedor tiver já começado a ocultar os seus bens.

Há, pois, que fazer reservas quanto à afirmação de Alberto dos Reis de que, se a acção visa a reagir contra um prejuízo *já effectivado* é persecutória, e, se visa a precaver um prejuízo, que *ameaça* produzir-se, é conservatória.

O prejuízo pode já ter começado, mas pode continuar, se não forem tomadas providências para lhe pôr termo.

É repetimos, o que acontece na restituição provisória de posse e, possivelmente, em casos, para que o arresto e o arrolamento, por exemplo, são remédio.

Vem a propósito manifestar a nossa discordância com a idéia de contrapor às *acções conservatórias*, do actual Código de Processo Civil, as *persecutórias*, de que falavam o Código Civil e o antigo Código de Processo Civil.

A classificação feita no art. 4.º daquele Código não contém a categoria de *acções persecutórias* e não pode fazer-se reviver uma categoria, que desapareceu, por fôrça tanto do art. 3.º do Decreto 29.637, que aprovou o novo Código, como do art. 4.º dêste.

E não há necessidade, como se vê no art. 12.º do actual Código, de fazer reviver essa categoria de *acções persecutórias*, que mais vem complicar o problema da classificação das *acções*, a que o Código novo não deu solução perfeita.

2.º — Que há formalidades, que a lei estabelece, e que tendo, embora, a acautelar prejuízos, não são *acções* nem *processos conservatórios*;

ou porque não há, para a sua realização, qualquer processo, tais são : o registo das acções, a que se refere o art. 949.º, n.º 3.º, do Código Civil e o registo da hipoteca judicial facultado no art. 676.º do Código de Processo Civil ; tais formalidades não são realizadas no processo judicial respectivo, mas sim na conservatória do registo predial ;

ou porque para elas não há processo próprio, diferente daquele em que são realizadas e do qual constituem termos normais — tais são : os editais e anúncios e a nomeação de tutor provisório nos processos de interdição (arts. 945.º, 959.º e 960.º) e as providências conservatórias normalmente tomadas a seguir à declaração da falência e da insolvência (arts. 1.153.º a 1.157.º e 1.357.º) (1).

Calamandrei procura demonstrar, com grande argúcia, que a declaração da falência é um processo cautelar.

Muito se tem discutido sôbre a natureza jurídica do processo de falência e da sentença que a declara, mas parece-nos inquestionável que, como diz Chiovenda, a falência é um processo complexo, pelo qual se realizam as três funções do processo — a declarativa, a preventiva e a executiva, mas não se pode considerá-lo pròpriamente como processo conservatório, porque aquelas providências são tomadas no próprio processo da falência, que não pressupõe uma outra acção. E, como já acima dissemos, constituem nele termos normais da sua marcha.

Calamandrei, que indica como característica do processo *cautelar* a sua relação com um outro processo — a que chama *principal*, vê-se forçado a lançar mão duma *instrumentalidade hipotética*, com a qual, pretendendo fundamentar a sua tese, a destroe.

3 — A categoria de acções conservatórias pertencem às possessórias de prevenção (art. 11032.º) e as de prevenção contra o dano (1.051.º).

O emprêgo da palavra — *prevenção* — nestes preceitos, isto é, na designação dessas acções *conservatórias*, vem corroborar

---

(1) Vide os nossos *Estudos sôbre o novo Código de Processo Civil*, I, pág. 259.

a identidade dos 2 termos — *preventivos*. e *conservatórios*, que se lê na epígrafe do capítulo 4.º, tít. 1.º, do livro 3.º, do Código e em algumas disposições do mesmo Código — como as dos arts. 83.º e 462.º.

E daqui também parece deduzir-se que o Código não considera êstes processos como verdadeiras acções, ou acções propriamente ditas; doutrina esta que era a adoptada pelo autor do Projecto do Código no seu livro *Processo ordinário e sumário* (1). Será assim?

Entendemos que não. No sistema do Código os processos conservatórios são acções conservatórias, embora seja certo também que o Código faz distinção entre umas e outros, pois regula êstes num capítulo especial e para êles estabelece um regime jurídico contido, não só nas disposições dêsse capítulo, algumas das quais são, por definição, que não de facto, de carácter geral, mas também nos arts. 83.º e 462.º.

Há, pois, lugar a distinguir as acções *conservatórias propriamente ditas*, como as de prevenção, dos *processos conservatórios*, que são, não apenas os que estão regulados no capítulo, que

(1) Pág. 559. Ultimamente, no seu *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 1.º, pág. 21, Alberto dos Reis diz que — «exemplo típico de acções conservatórias são as providências cautelares, a que se refere o art. 405.º, assim como o arresto (art. 409.º), o embargo de obra nova (art. 420.º) e a imposição de sêlos e arrolamento (art. 420.º)». E, porque não também a restituição provisória de posse e a suspensão de deliberações sociais?

Acrescenta Alberto dos Reis: — «Mas a acção conservatória pode ter carácter autónomo. É o que succede com a acção possessória de *prevenção*, pelo *justo receio* de turbação ou esbulho (Código Civil, art. 485.º; Código de Processo Civil, art. 1.032.º), com os embargos de 3.º funcionando como meio preventivo (art. 1.039.º), com a acção de despejo por não convir a continuação de arrendamento (art. 970.º) e com a acção de prevenção contra o dano (art. 1.051.º)».

Vê-se dêste período transcrito que o espirito do illustre Autor do Projecto do Código ainda está agarrado à antiga classificação das acções em conservatórias e persecutórias e que sempre faz distinção entre acções conservatórias propriamente ditas e processos conservatórios, sendo aquelas as que têm carácter autónomo. Mas, como veremos, há no Código processos conservatórios que têm carácter autónomo, isto é, que não pressupõem necessariamente uma outra acção a propôr ou já proposta.

tem essa epígrafe (4.º do título 1.º do livro 3.º), mas também os que o estão em várias disposições dispersas pelo Código.

Mas qual é o critério da distinção?

O Código não o fornece.

Doutrinalmente, pode adoptar-se êste: — os processos conservatórios pressupõem necessariamente uma acção a propôr, ou já proposta.

As acções possessórias de prevenção e as de prevenção contra o dano não têm que ser precedidas ou seguidas de qualquer outra acção.

Têm vida própria e independente.

Os processos de arresto e de embargo de obra nova, por exemplo, são requeridos ou como preparatórios de uma acção a propôr, ou como incidentes de uma acção já proposta.

Mas os processos tendentes à prestação de caução, nos casos dos arts. 436.º a 441.º, e ao seu refôrço, nos casos dos arts. 451.º e 452.º, e à realização dos depósitos e protestos referidos nos arts. 453.º, 454.º e 455.º não pressupõem *necessariamente* uma acção, e, todavia, são tidos pelo Código como processos conservatórios.

Êste critério não é, pois, o da lei.

Outro critério pode ser doutrinalmente adoptado, aliás sem fundamento aceitável: — o de considerar acções conservatórias as que têm por base uma disposição concreta da lei substantiva e processos conservatórios os que têm por base um preceito da lei adjectiva ou processual.

Mas êste critério também não é o do Código, pois que, se o fôsse, a suspensão de deliberações sociais e os depósitos e protestos obter-se-iam por meio de acções conservatórias, e não de processos conservatórios.

Outro critério, que também não é adoptado pelo Código: — o de considerar processos conservatórios os que visam à realização de um acto *preparatório* ou de uma providência *preparatória* de uma acção.

Mas, os protestos e as cauções, por exemplo, não são *preparatórios* de qualquer acção e, nos termos do art. 391.º, os actos

e providências conservatórias podem também ser requeridas no decurso da causa respectiva.

Esta disposição, por sua vez, também não pode ser aplicada a todos êsses actos e providências; não o pode ser nem à restituição provisória de posse, nem às cauções, excepto as referidas no art. 442.º, nem aos depósitos, nem aos protestos.

E há muitos outros processos preparatórios que não são preventivos ou conservatórios e que, portanto, não se encontram regulados no capítulo em que êstes o são.

Êsses processos preparatórios são os seguintes: — o tendente a tornar certa uma obrigação alternativa (art. 803.º); — o tendente a provar que se verificou a condição ou que se fêz ou ofereceu a prestação de que depende a obrigação do devedor (art. 804.º); — o que visa a tornar líquida uma condenação ilíquida (arts. 805.º e 806.º); — o de nomeação de repartidores (art. 1.064.º); — o de abertura de testamento cerrado deixado pelo ausente (art. 1.113.º); — o de nomeação de liquidatários e o de fixação de prazo para a liquidação (arts. 1.123.º e 1.124.º); — o de inquérito judicial (art. 1.535.º); — e o de nomeação de árbitros (art. 1.565.º).

Além dêstes há ainda: — os processos preparatórios de suspensão do poder paternal e das funções tutelares (art. 968.º), e de depósito de menor, tanto no caso dessa suspensão como nos casos de êle abandonar o pai, tutor, ou pessoa legalmente encarregada da sua guarda e educação, de ser raptado, ou de, por qualquer modo, se encontrar fora do poder da pessoa a quem esteja legalmente confiado (art. 1.460.º e § 3.º), o de depósito de mulher casada (art. 1.467.º), o de arrolamento e depósito dos bens mobiliários do casal (art. 1.469.º) e o de arrolamento e depósito dos bens do ausente (art. 1.502.º), os quais são também processos conservatórios, pois se destinam a acautelar prejuízos.

Concluimos, pois, que não há critério legal algum para distinguir as acções conservatórias dos processos preventivos ou conservatórios; e, em verdade, êles estão compreendidos na disposição do art. 4.º, onde é feita a classificação das acções com base nas funções do processo — uma das quais é a função preventiva ou conservatória, que é exercida por meio das respectivas acções — que podem assumir variadas formas processuais.

O direito, que o indivíduo exerce requerendo uma providência conservatória, é um direito de acção; um direito substantivo, material; o processo para realizar êsse direito é uma acção.

Esta palavra está empregada no art. 4.º com o mesmo sentido lato, que tem no art. 3.º — meio judicial destinado a acautelar, declarar ou efectivar em juízo qualquer direito (1).

Temos, pois que a função das acções conservatórias e dos processos conservatórios é a mesma.

4 — No entanto, o Código faz distinção entre umas e outras, sem obedecer, como vimos, a qualquer critério.

Haverá, porém, lugar a fazê-la doutrinamente, e com vantagem prática?

Crêmos que sim, e o critério, que nos parece próprio, é êste : — as acções conservatórias pròpriamente ditas não supõem necessariamente a existência de uma acção principal, ao passo que os processos conservatórios supõe-na.

Adoptando êste critério e tomando como base o conceito de acções conservatórias — as que tendem a acautelar um prejuízo, que se receia, — devemos considerar como acções conservatórias pròpriamente ditas.

- as possessórias de prevenção (art. 1.032.º);
- as de prevenção contra o dano (art. 1.051.º);
- as para prestação e refôrço de caução facultados ou impostos na lei substantiva (arts. 437.º, 441.º, 446.º e 450.º);
- as que tendem à realização dos depósitos, a que se refere o art. 453.º;
- as que tendem à realização de protestos (art. 455.º);
- as de concordata, acôrdo de crédores e moratória, quando preventivos da falência (art. 1.236.º e § único, 1.251, 1.286 e 1.297);
- as que tendem à realização de inquéritos judiciais (artigo 1.531).

Consideramos processos conservatórios :

- o de restituição provisória de posse (art. 400.º a 402.º);

---

(1) Conf. os nossos *Estudos sôbre o novo Código de Processo Civil*, I, pág.266.



- o de suspensão de deliberações sociais (art. 403.º e 404.º);
- o das providências cautelares, entre as quais o depósito de imóveis (art. 405.º a 408.º);
- o do arresto preventivo (art. 409.º a 415.º);
- o de embargo de obra nova (arts. 420.º a 428.º);
- o de imposição de sêlos e arrolamento (arts. 429.º a 435.º);
- o das cauções processuais e seu refôrço (arts. 443.º a 452.º);
- o da suspensão de poder paternal e tutelar e conseqüente depósito de menor (art. 968.º);
- a do depósito de menor no caso do art. 1.460.º §§ 1.º e 3.º;
- o do depósito de mulher casada (art. 1.467.º);
- o de arrolamento e depósito de bens abandonados (artigo 1.502.º).

5 — O processo de alimentos provisórios não é conservatório, porque não se destina a *acautelar* prejuízo algum, mas antes, como diz Alberto dos Reis (1), *a ocorrer a uma necessidade urgente inadiável*.

Além disto, não constitue garantia da eficácia de qualquer decisão.

O processo de depósito regulado nos arts. 453.º e 454.º não é conservatório, porque não tende a *acautelar* um prejuízo, mas sim à prática duma formalidade meramente facultativa, como é a consignação em depósito facultada nos arts. 759.º e 760.º do Código Civil e regulada no Código de Processo Civil, quer, de uma maneira geral, nos arts. 1.023.º e seguintes, quer de maneira especial, nos arts. 993.º e seguintes (depósito de rendas).

Os processos para realização antecipada de diligências de produção de prova não são conservatórios, porque não tendem a obter providências a fim de evitar prejuízos que se recebem; tendem à mera antecipação de termos de uma acção a propôr ou já proposta; não supõem necessariamente uma outra acção — principal; supõem necessariamente a própria acção, de cuja instrução fazem parte (2).

(1) *Código de Processo Civil Anotado*, pág. 273.

(2) Geralmente, os tratadistas consideram os processos para diligências antecipadas de produção de prova como conservatórios (Calamandrei, Allorio), mas,

O Código, embora no art. 83.º se refira, ao mesmo tempo, a elas e aos processos conservatórios, não as regulou no capítulo em que regula êstes, mas sim, e com normas diferentes, quando trata da instrução do processo (art. 525.º).

Consideramos conservatórias as acções possessórias de prevenção e consideramos processo preventivo o tendente à restituição provisória da posse.

Mas as restantes acções possessórias — as de manutenção, as de restituição, as de entrega ou posse judicial e os embargos de 3.º — serão também acções conservatórias pròpriamente ditas ou processos conservatórios?

Alberto dos Reis considera acção conservatória com carácter autónomo os embargos de terceiro funcionando como meio preventivo, nos termos do art. 1.039.º, mas, neste caso do art. 1.039.º, os embargos de 3.º funcionam, não como meio preventivo, mas já como meio de opposição, o ude recurso, a ou contra uma decisão, e não têm carácter autónomo, visto que são dependência do processo, em que tiver sido ordenado o acto ofensivo da posse (art. 1.037).

Carnelutti, para quem — «cautelare si chiama il processo quando anzichè stare a sè, serve a garantire (costituisce) una cautela per il buon fine di un altro processo (definitivo)», considerava as acções possessórias um caso típico de «processo cautelar», com o fundamento de que a tutela possessória visa a «assegurar provisòriamente a manutenção do estado de facto enquanto não é proferida a decisão definitiva sôbre a relação jurídica controvertida.

Calamandrei rebateu com bons argumentos esta doutrina (1) e Carnelutti, nas suas recentes *Istituzioni del nuovo proc. civ. ital.* (2), considera o processo possessório uma figura intermédia entre o processo cautelar e o que êle chama processo definitivo, apontando como carácter comum dos processos cautelares e pos-

---

se essas diligências se podem considerar *providências* conservatórias, os respectivos processos é que não podem considerar-se como conservatórios. Esta distinção, pelo menos à face do direito processual português, tem perfeita justificação.

(1) *Ob. cit.*, pág. 94.

(2) Vol. 1.º, n.º 44.

sessórios, o não serem definitivos, no sentido de que, depois deles, pode surgir um outro processo (definitivo, tradicionalmente chamado em Itália — *petitorio* — e, entre nós — *acção de propriedade*) para a composição do mesmo litígio. E a diferença entre uns e outros está em que os processos possessórios não têm, como os cautelares, *carácter mediato*, isto é, não visam a assegurar a eficácia do processo definitivo.

Entre nós, actualmente, a questão de propriedade pode levantar-se e ser resolvida nas próprias acções possessórias de manutenção e de restituição, de forma que menos razão há ainda para lhes atribuir e aos processos conservatórios aquele carácter comum. E não há qualquer vantagem em os colocar nessa tal situação intermédia.

O que entre nós tem importância é determinar se as acções de manutenção e restituição de posse, os embargos de 3.º e as acções de posse ou entrega judicial são acções conservatórias, ou não, designadamente para se lhes poder aplicar o art. 12.º do Código de Processo Civil.

O problema, que foi debatido na vigência do antigo Código de Processo Civil, não nos interessa agora aqui, em que nos basta averiguar que nenhuma acção possessória, nem mesmo os embargos de terceiro no caso do art. 1.039.º, são processos conservatórios, pois não se destinam nem a acautelar prejuízos, nem a assegurar a eficácia duma decisão judicial proferida noutro processo.

6 — Os processos, que consideramos conservatórios e que deixamos indicados acima, além de acautelarem um prejuízo e de pressuporem necessariamente uma outra acção, a propôr ou já proposta, têm as seguintes características :

— as respectivas providências visam a garantir a eficácia duma decisão judicial, a proferir, ou já proferida ;

— essas providências são urgentes ; têm de ser urgentemente decretadas e executadas, e para isso devem os respectivos processos ser, tanto quanto possível, simples e rápidos ;

— são processados por apenso à acção principal, quer sejam requeridos como preparatório, quer como incidente dela.

— as providências preventivas são menos graves do que as

providências que são tomadas depois na respectiva acção executiva; assim, o arresto consiste, não no pagamento da dívida, mas na apreensão de bens suficientes, que são confiados a um depósitário, e no embargo de obra nova, a providência consiste na simples suspensão da obra; por outras palavras, entre a sanção cautelar e a sanção principal há um diferença intrínseca, resultante da diversidade de objectivos — naquela, apenas o de garantir, por uma medida urgente e provisória, a futura efectivação do direito, nesta, o de fazer definitivamente essa efectivação.

7 — Visando a acautelar um prejuízo, as acções e os processos conservatórios desempenham uma função de garantia, que importa assinalar.

A acção exercida perante os tribunais consoante os meios estabelecidos na lei (processo) constitue a *garantia judiciária*, que é apanágio de toda e qualquer relação jurídica; mas nem sempre essa garantia é bastante.

Se todas as acções exercem, pois, uma função de garantia, uma importante distinção se pode e deve estabelecer: — essa garantia ou o é directamente de um direito substantivo, ou o é directamente da eficácia duma decisão judicial a proferir e indirectamente do direito substantivo, que nessa decisão fôr conhecido (1).

Esta função de garantia subsidiária é que é exercida pelos processos preventivos.

Se, antes de proferida a sentença, o réu dissipar os seus bens, ou os ocultar, quando o autor quizer efectivar o seu direito por meio da execução dessa sentença, já não obterá com essa execução o resultado pretendido — o pagamento da sua dívida pela penhora e venda dos bens do devedor.

Para garantir êsse resultado, faculta, porém, a lei processual um remédio — o arresto, que é, assim, uma garantia da eficácia da sentença, que condenar o réu ao pagamento da dívida.

---

(1) Morelli, *Il. dir. process. civ. intern.* (4.º vol. do *Trattato di dir. intern. de Fedozzi e Santi Romano*, pág. 137), dizendo que os processos cautelares têm por escôpo a futura actuação prática do direito, não faz a distinção, que no texto fazemos, e que nos parece essencial.

A lei concede aos sócios das sociedades comerciais o direito de requererem a anulação das deliberações sociais, que violem a lei ou o pacto social, mas, pois que, enquanto essa anulação não fôr decretada, se houver lugar a isso, a sociedade pode cumprir essas deliberações e, por vezes, êsse cumprimento torna inútil a anulação quando venha a decretar-se, permite também a lei que os sócios requeiram a suspensão dessas deliberações.

Esta suspensão é uma garantia da eficácia da sentença, que decretar a anulação.

A imposição de sêlos e arrolamento exercem essa mesma função subsidiária de garantir a eficácia das decisões que vierem a ser proferidas nas acções de que êsse actos são preparatórios ou incidentes.

Esta mesma função exercem as providências cautelares, como já foi proclamado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1943 (1), dizendo: — «Mas o interêsse específico em reclamar medidas cautelares demanda que aos dois elementos — *prevenção* e *urgência* — se junte um terceiro: — o de se revelar muito lenta a tutela ordinária de direito em litígio, por forma a não se pronunciar a tempo de evitar o dano ou de o não deixar agravar».

Os processos preventivos têm, assim, um carácter *instrumental*, neste sentido — com êles não se pretende a satisfação imediata de um interêsse; êles são um meio de conseguir que êsse interêsse seja satisfeito posteriormente; êles proporcionam as diligências necessárias para garantir que mais tarde, oportunamente, se consiga a eficácia das decisões proferidas num processo ulterior, podendo assim dizer-se, com La Plaza (2), que o processo preventivo se destina à realização de um meio, ao passo que o processo declarativo e o executivo tendem ao conseguimento de um fim.

8 — Naturalmente, porisso que deriva desta função de garantia da eficácia duma decisão judiciária a proferir, há um

---

(1) No Bol. Of. do M. da J., t. 3.º, pág. 232, e na Revista de Legislação e Jurisprudência, t. 76, pág. 206.

(2) Ob. cit., vol. 2.º, pág. 33.

outro elemento característico dos processos conservatórios — é a *urgência* na realização dos respectivos actos e providências, como também já assinalou aquele citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1942, referindo-se, aliás, apenas às *providências cautelares*.

Com as providências conservatórias procura atenuar-se, tanto quanto possível, o *periculum in mora*, que há sempre desde que se faz mister obter uma decisão judicial a declarar um direito ou a efectivar um direito já declarado; portanto, natural é que o processo, para obter essa providência, seja o mais *simples e rápido*, sem prejuízo das *cautelas*, que, por sua vez, sejam necessárias para evitar iniquidades, vexâmes e violências escusadas, incluindo nessas cautelas, quando possível, a audiência do requerido.

As providências conservatórias — exige-o o próprio interêsse público — têm de ser *urgentemente decretadas e urgentemente executadas*; o respectivo processo tem de ser organizado por forma tão simples e rápida quanto se faz mister para se atingirem êsses objectivos.

No art. 433.º indica o Código, entre os casos, em que deve proceder-se à imposição de sêlos, o de haver *urgência* no arrolamento, donde pode deduzir-se que o arrolamento nem sempre será uma providência urgente a decretar e a efectuar; mas tem de atender-se a que, nesse caso, o Código quere referir-se a um caso especial de *maior* urgência do que a que é normal, ou natural.

Também no novo Código de Processo Civil italiano, onde, entre os processos cautelares, são regulados os processos para a realização antecipada das diligências de produção de prova, se prevêm casos de excepcional urgência.

E nesse Código às providências cautelares dos arts. 405.º a 408.º do nosso Código correspondem os processos (*provvedimenti*) de urgência.

9 — Todos os processos, que consideramos conservatórios, são apensados à acção principal, quer tenham sido requeridos como preparatório, quer como incidente (arts. 389.º e 391.º).

Esta característica completa a da pressuposição necessária duma acção a propôr ou já proposta.

Processualmente, a relação, que se estabelece entre o processo conservatório e a acção principal respectiva, é esta: — o processo conservatório é *apensado* à acção logo que ela seja proposta; se já estiver proposta, corre *por apenso* a ela.

10 — Nos processos conservatórios, trata-se de garantir a efectivação de uma decisão judicial; em regra, essa decisão ainda não foi proferida, o direito ainda não está declarado, mas nada obsta a que se requeira uma providência conservatória para garantir a eficácia de uma decisão, já proferida, a declarar o direito, mesmo que ela já tenha transitado em julgado, e que o direito, portanto, já esteja *certo*.

Esta *certeza*, a que nos referimos, não é, pois, a *certeza da dívida*, a que se refere o § 1.º do art. 409.º do Código de Processo Civil; tanto na vigência do antigo Código, onde essa expressão se encontrava, na disposição do art. 364.º, correspondente à daquele § 1.º do art. 409.º, como na vigência do Código actual, doutrina e jurisprudência sempre deram a essa expressão sentido e alcance de bastar uma prova sucinta e sumária da existência da dívida.

O decretamento do arresto pode ser útil ou necessário mesmo depois de ter sido julgada procedente, por sentença transitada, a acção do credor a pedir a condenação do réu no pagamento da dívida; e isto já por várias vezes se tem feito sem que dúvida se tenha levantado, e não há, efectivamente, razão para ela.

As providências cautelares também, embora em casos excepcionais, poderão ser decretadas mesmo depois de ter transitado a sentença declaratória do direito.

Por outro lado, há processos conservatórios que só podem ter lugar antes de proferida a decisão a reconhecer ou declarar o direito; tais são: a restituição provisória de posse, a suspensão de deliberações sociais, o embargo de obra nova, a suspensão do poder paternal ou tutelar, o depósito de mulher casada e o depósito de menor.

Em regra, quando se requeira uma providência conservatória

sem que o direito tenha sido declarado, há que proferir, no processo conservatório, uma decisão a declará-lo.

Esta decisão, porém, é *provisória*, baseada numa mera prova informatória, suscinta e ligeira (*fumus boni juris*), que pode ser produzida sem conhecimento nem audiência da parte contrária, e que, portanto, na realidade, declara apenas a viabilidade da acção, a propôr ou já proposta, mas ainda não julgada; essa decisão em nada afecta a que depois vier a ser proferida na acção *principal*, — decisão esta que é *definitiva*.

Carnelutti (1) contrapõe o processo *cautelar* ao *definitivo*, o que está bem quando naquele tem de ser proferida uma decisão *provisória*, mas, repetimos, podem ser requeridas providências cautelares depois de esta ter transitado em julgado. Nestes últimos casos, já aquela contraposição se não verifica.

E há processos conservatórios, em que, mesmo que não tenha ainda sido proferida decisão definitiva, não há lugar a proferir-se decisão provisória sobre o direito; tais são: o das cauções processuais (art. 443.º) e o depósito de mulher casada.

É certo que Carnelutti não se refere à decisão *provisória* e, quando se refere a *processo definitivo*, é para significar o processo, que é necessariamente pressuposto pelo processo cautelar.

Mas então será preferível dizer — processo *principal* e, entre nós, pode dizer-se que é a expressão — *acção principal*, que, está consagrada na prática.

O Código fala em acção *de que fôr preparação a providência requerida* no art. 387.º; em *acção respectiva*, nos arts. 83.º alínea *d*) e § único, 402.º, 454.º e também em *causa respectiva* (no art. 391.º), — ou simplesmente em *acção*, no art. 389.º, ou *causa* — art. 407.º.

É de observar que há decisões provisórias, que são proferidas em acções que não são conservatórias — nas que têm por base um título de obrigação assinado pelo réu (art. 495.º) e nas de interdição (arts. 952.º, 959.º e 960.º).

---

(1) *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2.ª ed., t. 1.º, pag. 42.



A natureza de provisória, que tem a decisão sôbre o direito proferida nos processos conservatórios, não é, pois, uma característica dêsses processos, porisso que, por um lado, nem sempre há lugar a proferir neles tal decisão e, por outro, há outras decisões, proferidas noutras acções, que têm essa natureza de provisórias.

10 — Também não é característica dos processos conservatórios um certo poder descricionário do Juiz e, menos ainda, o poder que lhe é conferido nos processos da chamada jurisdição voluntária pelo art. 1.449.º.

Se, em algum deles, o juiz tem, efectivamente, êsse poder, maior ou menor, como, v. g., na suspensão de deliberações sociais, em que é até interessante a disposição do Código (art. 404.º), noutros não o tem; deve julgar segundo as provas e a lei — por exemplo, na restituição provisória de posse e nas cauções processuais.

11 — O Código de Processo Civil pretendeu estabelecer uma teoria dos processos preventivos e conservatórios, e nessa idéia editou várias disposições de carácter geral — as dos arts. 307.º, 308.º e 309.º (êstes por fôrça do art. 386.º) e 387.º a 392.º, inclusivé.

Mas os preceitos da 2.ª parte do art. 307.º e dos arts. 308.º e 309.º não são applicáveis a todos os processos preventivos e conservatórios, como tais considerados pelo próprio Código; não o são, por exemplo, aos depósitos e protestos; e também nem a uns nem a outros dêstes se applicam as disposições dos arts. 387.º a 392.º, salvo, quanto aos depósitos, a do art. 309.º.

Também nenhum daqueles arts. 307.º a 309.º e 387.º a 392.º é applicável aos processos de providências conservatórias na falência e na insolvência, e ao depósito de menor, nos casos do art. 1.460.º e seu § 3.º.

O preceito do n.º 1.º do art. 387.º não é applicável nem ao processo de alimentos provisórios, nem ao de depósito de mulher casada, por haver para êles preceitos especiais correspondentes àquele — respectivamente, os dos arts. 1.120.º e 1.468.º.

O preceito da 1.ª parte do art. 307.º também se não applica

ao embargo de obra nova (conf. art. 423.<sup>o</sup>), nem à imposição de sêlos e arrolamento como acto preparatório de inventário (artigo 431.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>).

O preceito do art. 308.<sup>o</sup> também não tem aplicação nem nos processos de restituição provisória da posse (art. 400.<sup>o</sup>), nem nos processos de arresto, de embargo de obra nova, de imposição de sêlos e arrolamento (arts. 425.<sup>o</sup> e § 1.<sup>o</sup> e 435.<sup>o</sup>, com referência ao 415.<sup>o</sup>); e pode aplicar-se, ou não, no processo das providências cautelares (art. 406.<sup>o</sup>).

Como se vê, são numerosas as excepções às regras, que com carácter de generalidade o Código editou.

Não resultou sólida a construção da teoria.

Isto se vê ainda do disposto do art. 83.<sup>o</sup>, relativo à competência territorial.

12 — Considerados os processos conservatórios como acções conservatórias, tem de reconhecer-se-lhe a autonomia, que deriva da sua função processual própria, mas não pode esquecer-se que, por outro lado, êles constituem, dentro dessas acções, um grupo à parte, caracterizado por pressupôrem necessariamente a existência de uma outra acção, ou declarativa, ou executiva.

É, por isto que alguns escritores, especialmente alemães (1), entendem que os processos cautelares não constituem uma categoria própria, *a se*, mas sim constituem como que um apêndice, ou um capítulo da execução, cujos efeitos são antecipados.

Mas, há também quem não concorde com a introdução de um *tertium genus* entre os escopos fundamentais do processo, sustentando que essa idéia ofusca a visão clara do problema e que o qualificativo de *cautelar*, como dizem os italianos, ou de *conservatório*, como nós portugueses dizemos, «respeita, não tanto à *forma* (a acção), mas ao *conteúdo*: — a pretensão, que se pretende fazer valer, o direito *substancial* afirmado: — um direito de *cautela*; em outros termos, fala-se de processo cautelar no

---

(1) Entre outros, Guthe e Rusenberg, citados por Calamandrei, ob. cit., pág. 138.

mesmo sentido, em que se fala, por exemplo, de processo «de reivindicação» ou «de servidão»; ou, em outra ordem de idéias, de processo administrativo ou penal (1).

Parece-nos que esta visão do *direito de cautela*, equiparado ao *direito de reivindicação* ou *de servidão*, é acanhada e que não se justifica a afirmação de que se fala de processo cautelar como se fala de processo administrativo ou penal, pois que o processo é administrativo ou penal consoante a natureza da relação jurídica, que se pretende efectivar, e o processo cautelar nada tem com ela, pois que pode haver um processo administrativo cautelar e um processo cautelar penal.

Nós entendemos que há um *direito substancial de cautela*, mas com outra natureza e outra amplitude, que não têm o direito de reivindicação ou de servidão.

Nós consideramo-lo como fazendo parte do *direito de acção*, colocando-o ao lado do direito de fazer declarar um direito ou de fazer efectivar um direito declarado; e fazêmo-lo derivar de um princípio geral, que, se não está por forma expressa consignado na generalidade das legislações, está na legislação portuguesa — no art. 12.º do Código Civil, segundo o qual — «tôda a lei, que reconhece um direito, legítima os meios indispensáveis para o seu exercício» (2).

Todavia, reconhecemos que, sob o ponto de vista adjectivo,

(1) Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, na *Riv. di dir. proc. civ.*, XIII, 1.936, págs. 18 e 19.

(2) Allorio (lug. cit., pág. 33) proclama que o princípio cautelar é um princípio geral: — a todo o direito principal corresponde uma sanção cautelar: regra, em certa medida, certificada pelos §§ 135 e 94 do Código de Processo Civil alemão, e mais claramente consignada no art. 324.º do Projecto Carneluti.

Chiovenda, em conformidade com as suas teorias processualistas, atribue ao Estado um direito de cautela à tutela jurídica: — «O poder jurídico de obter uma destas resoluções, diz o eminente processualista, é uma prova por si mesma da acção (*acção de segurança*); e é uma pura acção, que não pode considerar-se como acessória do direito garantido, porque existe como poder *actual* quando ainda se não sabe se o direito garantido existe; e, sem embargo, o demandado não tem obrigação alguma de cautela anteriormente à decisão do Juiz. Também aqui, o direito à providência cautelar é um direito do Estado fundado nas necessidades *gerais* da tutela do direito, e a parte interessada não tem senão o poder de provocar o seu exercício no caso concreto».

os processos conservatórios estão dependentes do processo declarativo ou executivo, que necessariamente pressupõem.

Calamandrei (1), que caracterizou os processos cautelares pela sua *instrumentalidade*, acentua essa relação entre o processo cautelar e o processo declarativo ou executivo, dizendo: — «Quando abbiamo trovato la caratteristica processuale dei provvedimenti cautelari nella loro strumentalità, abbiamo inteso con questo di porre in evidenza che la loro nota distintiva dev'esser ricercata, più che nella essenza del provvedimento in sè, *nel rapporto in cui esso si trova com un altro provvedimento*, dal quale nella definizione non può concepirsi disgiunto. Non sono rari nella sistemática processuale i casi in cui la esatta portata di una qualifica attribuita a un provvedimento non può esser colta a pieno se non in contrapposizione con una altra qualifica, che rappresenta il termine correlativo indispensabile per l'intelligenza della prima: si pensi, ad esempio, alla distinzione delle sentenze in *interlocutorie* e *definitive*, o a quella, adottata da altri, dei provvedimenti giudiziari in *istruttori* e *decisori*. Anche la qualifica di «cautelare», apposta ad un provvedimento, non può essere intesa da sola: bisogna necessariamente, per intenderne a pieno il significato, metterla in rapporto coll'altra qualifica di «principale», che, costituendo il suo contrario, serve a limitare ed a chiarire la prima».

E recorda que Carnelutti contrapõe ao *processo cautelare* o *processo definitivo* (2) e que Coniglio (3) quere dizer qualquer cousa de semelhante quando escreve que «nei rapporti tra la conferma e il processo di merito, la sentenza di conferma si presenta come un' *interlocutoria in senso largo*».

Assim, à autonomia do direito a obter providências conservatórias não corresponde uma autonomia processual, embora os processos conservatórios tenham o seu rito próprio diferente do da acção principal e tenham um lugar próprio no sistema processual geral.

(1) Ob. cit., pág. 140.

(2) *Lezioni di dir. proc. civ.*, vol. 2.º, pág. 107; *Ist. del nuovo proc. civ. ital.*, 3.ª ed., vol. 1.º, pág. 42.

(3) *Sequestro giudiziario e conservativo*, pág. 448.

No sistema do nosso Código, os processos preventivos têm, efectivamente, o seu lugar próprio, mas todos dependem da acção principal :

a) porque a ela são apensados (arts. 389.º e 391.º);  
 b) porque, depois da apensação, é o tribunal, onde pende a causa, que é o competente para os termos subseqüentes (art. 389.º, 2.ª parte).

c) porque a providência decretada fica sem efeito :

1.º — se o requerente não propuzer, dentro de 10 dias, a acção de que êle fôr preparação, ou se, tendo-a proposto, o processo estiver parado durante mais de 30 dias, por negligência do autor em promover os seus termos, ou os de algum incidente, de que dependa o andamento da causa ;

2.º — se a acção vier a ser julgada improcedente, por sentença transitada em julgado ;

3.º — se o réu fôr absolvido da instância e o autor não propuzer nova acção dentro de 10 dias ;

4.º — se o réu pagar a dívida ou prestar caução, quando seja caso disso.

Este regime não é applicável aos processos que o Código indevidamente considera conservatórios, isto é, aos que não supõem necessariamente uma acção a propôr ou já proposta. Estes são antes verdadeiras acções conservatórias e daqui surgem várias consequências importantes, entre elas, por exemplo, a de não lhes poder ser applicada a regra da alínea d) do art. 83.º.

13 — Deixando para outra oportunidade a classificação dos processos preventivos, não queremos deixar de aludir a esta distinção — uns há que tendem à realização de diligências vexatórias, violentas, por vezes, se não sempre, importando prejuízos para o requerido, quando não mesmo para terceiros — outros tendem à realização de diligências que não têm êsse carácter, tais como o arrolamento e o depósito de bens abandonados, o depósito de mulher casada e o de menores.

Esta distinção merece ser assinalada, quando se considere a actuação do Juiz na instrução e julgamento.

Requerendo-se, como acto preparatório uma providência preventiva antes de ter sido declarado o direito, que se pretende efec-

tivar, há que proferir no processo respectivo, *em regra*, duas decisões : — uma a declarar o direito e outra a constatar a necessidade da providência requerida.

Dizemos — *em regra*, — porque há casos em que essa primeira decisão é desnecessária, por exemplo, o de depósito de mulher casada e o de depósito e arrendamento de bens abandonados, e há, pelo menos, um caso, em que é desnecessária a outra decisão indicada, tal é êsse mesmo depósito da mulher casada.

Mas, ao passo que a primeira decisão, além de ser provisória, e porque o é, deve basear-se em mera prova informativa, sucinta e ligeira, que apresente uma *aparência de verdade* (*sumaria cognitio*), a segunda tem carácter definitivo e deve basear-se, em regra, numa prova, que seja, senão cabal e completa, pelo menos, suficiente para dar ao juiz a convicção da alegada necessidade da providência que se requereu.

Voltamos a dizer aqui — *em regra*, — porque quando se trate de providências, que não tenham carácter violento e vexatório, que evitem prejuízos a um interessado, sem os causar a ninguém, a prova da sua necessidade pode ser ligeira e simples.

14 — Para terminar : — acentuamos novamente : — nos processos preventivos, o Juiz não tem poderes discrecionários, como tem nos de jurisdição voluntária, em que pode exercer livremente, sem peias, o seu arbítrio ; — os seus poderes aqui são condicionados por preceitos legais, que estabelecem certas limitações, mais ou menos vagas, ou mais ou menos concretas, e, portanto, mais ou menos eficazes.

E a sua restrita descricionalidade deve ser exercida com prudência, com bom senso jurídico e comum, de forma que os meios preventivos, que a lei põe à disposição dos interessados, não se transformem em meios de vexame, de perseguição e de arbitrariedade.

*Barbosa de Magalhães*