

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A QUESTÃO DE MÉRITO NA TUTELA CAUTELAR

Rui Carlos Gonçalves Pinto

Tese orientada pelo Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa

Doutoramento em Ciências Jurídicas
Direito Processual Civil

2007

Laborando vices

Este livro é para ti Ana

Às Meninas: Mariana, Maria João

À minha Mãe e ao meu Pai

À minha Irmã Beta

Ao Joaquim Marujo

Agradecimentos

Ao Orientador, Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, com um forte abraço.

Orientar é mostrar o lado do Sol nascente e isso foi o que o Professor Teixeira de Sousa teve a amabilidade de nos conceder.

Não é fácil ajudar outrem a encontrar um caminho que se vai construindo. O Professor Teixeira de Sousa desempenhou essa tarefa de forma exemplar: foi decisivo na delimitação do tema, na busca das questões pertinentes, na leitura crítica dos resultados provisórios, nas sugestões materiais e formais. Presente quando foi necessário, dando tempo ao germinar das ideias em necessários períodos de recolhimento.

Dogmaticamente o pensamento do Professor Teixeira de Sousa foi ainda um constante padrão, de exigência e rigor, a que procurámos ser discípulos fiéis.

O desafio está agora do nosso lado. Desejamos estar à altura do esforço dispendido pelo Orientador.

A todas aquelas pessoas especiais que, por modos diferentes, me deram a sua ajuda, não devendo por isso serem graduados senão alfabeticamente: Ana Paula Costa e Silva, Carlos de Melo Marinho, Conceição Feiteiro, Duarte Vaz, Elsa Sequeira Santos, Fernando Loureiro Bastos, Jorge Duarte Pinheiro, Januário da Costa Gomes, José Gomes Ferreira, José Lebre de Freitas, José Pedro Ramos Ascensão, Manuel Tomé Gomes, Miguel Prata Roque, Paula Meira Lourenço, Rui Marício, Rui Verdial, Salomé.

**Sumário: Tutela preventiva / Providências cautelares / Acção inibitória /
Alterum non laedere / Regulação judicial**

É doutrinal e jurisprudencialmente dominante o entendimento de que as providências cautelares, por cumprirem uma função de salvaguarda da eficácia da acção ordinária, não apresentam um fundamento material específico. A análise do direito positivo mostra que apenas as medidas de tutela antecipatória estão funcionalmente desenhadas para alcançar aquele escopo e, bem assim, que lidam com uma questão de mérito que é a mesma da acção ordinária. Ao contrário, as providências cautelares, embora procedimentalmente sumárias, apresentam uma questão de mérito diversa da acção principal, tendo por escopo a realização dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos. Qual é essa questão de mérito específica? Negados um fundamento estritamente processual e a existência de um direito material à cautela, as providências cautelares emergem como meios de tutela preventiva que, ao lado da tutela inibitória, obstam aos efeitos danosos de ingerências ilícitas na esfera alheia. O seu objecto comporta, como elemento material, um poder potestativo à constituição/modificação provisória de uma situação jurídica na esfera jurídica do requerido, idónea a remover o perigo de dano a um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, ainda que por constituir, e como elemento funcional a constituição de uma situação jurídica acautelante, com finalidade fixada pelo requerente e conteúdo determinado pelo juiz. Aquele perigo de dano ao direito não é um *periculum in mora*. A parte activa é o titular do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido e a parte passiva é o sujeito autor do facto que é presuntivo de um dano futuro.

**Abstract: Preventiv protection / Interim injunctions / Inibitory action / Alterum
non laedere / Judicial regulation**

It is standard thought in law literature, as well in courts, that interim injunctions only exist in order to cope with normal procedural delay. Therefore they do not have their own merits. However, when one analyses the present legislation easily reaches to two conclusions: simplified and accelerated procedures do solve procedural delay, but not interim injunctions; interim injunctions deal with a specific matter that neither accelerated procedures, nor the normal procedure can deal with. Its scope is to protect rights, put in danger by someone, rather than to preserve the status quo. Its ground is a general obligation of not distress another person. The merits of interim measures has two elements: an unilateral right to change the legal situation of the demanded, able to remove a present danger of damage; the constitution of a interim status capable of regulate the situation between the parties. These parties are as follows: the subject who claims to have a right; the subject wich seems to be putting the right in danger.

ÍNDICE

Agradecimentos.....	3
ÍNDICE	5
§ 1º INTRODUÇÃO	15
1. Problema	15
1.1. Busca e enunciação.....	15
1.2. Resposta da doutrina	18
1.3. Relevância científica e prática.....	23
2. Investigação	27
CAPÍTULO I — FUNÇÃO CAUTELAR: DA CERTEZA À DÚVIDA	31
SECÇÃO I — POSIÇÃO DOMINANTE	31
§ 2º SALVAGUARDA DO EFEITO ÚTIL DO PROCESSO.....	31
1. Introdução: garantias processuais constitucionais e justificação cautelar	31
2. Alegada função de salvaguarda do efeito útil do processo.....	32
2.1. Doutrina estrangeira	32
2.2. Doutrina nacional	37
3. Instrumentalidade hipotética ou não autonomia na concretização processual	40
§ 3º EXERCÍCIO DA DÚVIDA METÓDICA.....	46
1. Quanto à função	46
1.1. Objecto: efeito útil da acção definitiva?	46
1.2. Utilidade: salvaguarda do efeito útil?.....	52
2. Quanto à instrumentalidade: tutela cautelar autónoma, definitiva e não instrumental?.....	53
3. Quanto aos conceitos	56
3.1. De que falamos, quando falamos de tutela cautelar e de acção principal?	56

3.2. Como se distingue de uma providência sumária ou de urgência? Como se distingue de uma acção inibitória?.....	57
SECÇÃO II — AVALIAÇÃO CRÍTICA.....	59
§ 4º EFECTIVIDADE TEMPORAL DA TUTELA JURISDICIONAL.....	59
1. Direito à tutela jurisdicional	59
1.1. Sede, definição e função.....	59
1.2. Conteúdo	69
1.2.1. Estrutura. Direito de acção	69
1.2.2. Processo equitativo.....	75
A. Conceito	75
B. Parâmetros	80
2. Funcionalidade temporal do processo	89
2.1. Tutela jurisdicional efectiva e efeito útil. Factores de efectividade.....	89
2.2. Efectividade temporal.....	97
2.2.1. Tempo e processo	97
2.2.2. Adequação temporal	102
§ 5º REMÉDIOS PARA A INEFECTIVIDADE TEMPORAL.....	112
1. Dados constitucionais	112
1.1. Razão de ordem. Celeridade processual	112
1.2. Celeridade processual quantitativa. Exclusão da tutela cautelar	119
1.3. Celeridade processual qualitativa	120
1.4. Tutela cautelar	124
2. Análise dos dados do direito positivo	127
2.1. Objecto e método.....	127
2.2. Previsões de perigo presumido.....	131
2.2.1. Tutela diferenciada.....	131
2.2.2. Tutela indiferenciada	149

A.	Relevância legal de um comportamento negativo das partes	149
B.	Relevância judicial de um comportamento negativo das partes	151
2.3.	Previsões de perigo concreto.....	153
2.3.1.	Tutela diferenciada.....	153
2.3.2.	Tutela indiferenciada	173
A.	Generalidades; enunciados normativos	173
B.	Âmbito	182
C.	Condições: matrizes italiana e alemã.....	186
D.	(Continuação): matriz francesa; a variante brasileira	190
E.	(Continuação): matriz anglo-saxónica.....	199
F.	Conteúdo: matriz italiana	200
G.	(Continuação): matriz alemã	210
H.	(Continuação): matriz francesa	215
I.	(Continuação): a versão brasileira da matriz francesa	218
J.	Sumariedade	220
K.	Decisão.....	226
L.	Eficácia.....	233
M.	Instrumentalidade: necessária e eventual	242
N.	Caducidade	247
§ 6º	APRECIÇÕES CONCLUSIVAS	251
1.	Primeira conclusão: no plano formal há duas tutelas sumárias; a importância do binómio verosimilhança/provisoriedade	251
2.	Segunda e terceira conclusões: no plano material há tutela de urgência com mérito idêntico ao da tutela plena e com mérito próprio; aparente presença de causa de pedir e de pedido cautelares	258
2.1.	Enunciado preliminar; fixação terminológica – tutela antecipatória e tutela cautelar	258
2.2.	Tutela antecipatória	259

2.2.1.	Identidade do mérito	259
2.2.2.	Consequências: antecipação e fungibilidade.....	263
2.3.	Tutela cautelar	267
2.3.1.	Não identidade do mérito	267
A.	Doutrina e jurisprudência	267
B.	Posição pessoal: causa de pedir.....	272
C.	(Continuação): pedido — providências condenatória/constitutivas, conservatórias/antecipatórias	276
D.	(Continuação): partes	285
2.3.2.	Consequências: não antecipação e infungibilidade	287
2.4.	Demonstração prática: duplo critério inidoneidade para aquisição de valor de caso julgado material / poder de adequação material.....	290
2.4.1.	Execução provisória de sentença e condenação in futurum.....	290
2.4.2.	Providências com dispensa de alegação de perigo; providências oficiosas; providências autônomas; urgência intrínseca e extrínseca	295
2.5.	Negação aparente da oposição tutela antecipatória/tutela cautelar.....	302
3.	Quarta conclusão: a tutela cautelar não é intrinsecamente instrumental.....	304
4.	Quinta e sexta conclusões: a tutela cautelar é permanente, mas não definitiva e é um modo de composição de litígios.....	305
5.	Síntese final: questões resolvidas e por resolver	306
CAPÍTULO II — RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA FUNÇÃO CAUTELAR		309
SECÇÃO I — TUTELA CIVIL DE DIREITOS.....		309
§ 7º HIPÓTESE DE TRABALHO		309
1.	Postulado: antecipação no plano dos efeitos práticos da procedência/improcedência do pedido deduzível na tutela plena	309
2.	Hipótese: uma posição substantiva autônoma.....	313
§ 8º FUNÇÃO PREVENTIVA DO PROCESSO		316
1.	Tutela civil de direitos	316
1.1.	Utilidade geral.....	316

1.2. Tripartição funcional específica.....	320
2. Tutela preventiva, em especial	325
2.1. Problema; conceito de ingerência; modalidades	325
2.2. Meios de prevenção abstracta	330
2.3. Meios de prevenção concreta	334
2.3.1. Dogmática subjacente.....	334
2.3.2. Extraprocessuais.....	335
A. Direito positivo	335
B. Ensinamentos do direito romano.....	338
C. Consequências teóricas.....	339
2.3.3. Processuais	343
A. Introdução. Acções de simples apreciação	343
B. Acções inibitórias. Contraposição com as acções repressinatórias	348
C. Providências cautelares. Remissão	357
D. Meios avulsos	360
SECÇÃO II — OBJECTO DA PREVENÇÃO CAUTELAR	362
§ 9º DOCTRINA	362
1. Efeito útil da acção principal	362
1.1. Enunciado.....	362
1.2. Apreciação crítica: refutação da instrumentalidade hipotética.....	365
1.3. (Conclusão): refutação de uma natureza pública da tutela cautelar	369
2. Pretensão processual à segurança.....	373
2.1. Enunciado.....	373
2.2. Aproveitamento e apreciação crítica	376
3. Direito material.....	380
3.1. Direito acessório à cautela.....	380

3.1.1.	Enunciado	380
3.1.2.	Aproveitamento e apreciação crítica	383
A.	Aproveitamento.....	383
B.	Crítica formal	385
C.	Crítica material.....	388
3.2.	Direito acautelando	391
3.2.1.	Ponto de ordem.....	391
3.2.2.	Enunciado	392
3.3.	Aproveitamento.....	393
3.4.	Apreciação crítica	395
3.5.	Dever acessório de respeito pelo direito alheio	396
3.5.1.	Enunciado	396
3.6.	Aproveitamento e apreciação crítica	399
§ 10º	REFORMULAÇÃO DOGMÁTICA.....	401
1.	Fundamento material da função preventiva: proibição de ingerência ilícita na esfera alheia (alterum non laedere, Vergehensverbot)	401
1.1.	Valor material autónomo	401
1.2.	Necessidade de tutela adequada.....	405
1.3.	Concretização normativa	407
1.3.1.	Sede positiva	407
1.3.2.	Negação de uma pretensão material à não ingerência	409
1.3.3.	Solução.....	413
A.	Discussão. Propostas de MINNEROP e de EVERS.....	413
B.	Obrigação genérica de não ingerência.....	416
1.4.	Consequência: natureza constitutiva da tutela preventiva.....	419
2.	Justificação funcional específica da tutela cautelar perante a acção inibitória: o perigo de dano, variante do perigo de ingerência	421

2.1.	Quadro geral	421
2.2.	Diferenciação entre perigo de ilícito e perigo de dano	424
2.2.1.	Monismo preventivo?	424
2.2.2.	Dualismo preventivo?	428
A.	Doutrina	428
B.	Posição adoptada	432
C.	Diferenciação processual entre perigo de ilícito e perigo de dano	436
D.	Diferenciação material entre perigo de ilícito e perigo de dano	439
E.	Relações entre o binómio perigo de ilícito/sentença condenatória e o binómio perigo de dano/medida adequada	442
F.	Conclusão: dualismo formal. Função residual, mas necessária, das acções de simples apreciação	444
3.	Distinção funcional específica do perigo de dano perante o periculum in mora... ..	447
3.1.	Posição tradicional	447
3.2.	Propostas doutrinárias de separação entre periculum in mora e perigo de dano ..	451
3.2.1.	CrITÉrio da anormalidade circunstancial	451
A.	Enunciação; dados históricos: periculum in mora foret versus perigo de damnum alias irreparabile emersurum sit	451
B.	Aproveitamento e apreciação crítica	454
3.2.2.	CrITÉrio da iminência ou perigo urgente. Crítica	458
3.3.	Construção pessoal	462
3.3.1.	Sinais externos da natureza extraprocessual do perigo de dano	462
A.	Autonomia do mérito e transversalidade do âmbito	462
B.	Independência temporal	464
3.3.2.	Separação material	469
A.	Periculum in mora como perigo de incumprimento da obrigação de tutela jurisdicional temporalmente eficaz	469
B.	Perigo de damnum alias irreparabile emersurum sit como perigo de ingerência ilícita	472

C. Demonstração: condenação in futurum e tutela antecipatória por perigo concreto como meios não adequados ao perigo de dano	475
D. Confirmação nas doutrinas de CONIGLIO e HENCKEL	479
3.3.3. Relações de concurso e não concurso entre perigo de dano e periculum in mora	482
§ 11º APRECIÇÕES CONCLUSIVAS	485
1. Primeira conclusão: a tutela cautelar cumpre uma função preventiva irrecondutível à função da tutela antecipatória	485
2. Segunda conclusão: a tutela cautelar exprime-se por acções jurisdicionais	486
3. Terceira conclusão: a acção cautelar não é materialmente excepcional, nem dependente, nem necessariamente sumária	491
4. Quarta conclusão: restrição legal a meras providências cautelares	495
4.1. Negação legislativa de uma plenitude jurisdicional preventiva do dano.	495
4.2. Racionalidade constitucional.....	498
5. Síntese final: questões resolvidas e por resolver	504
CAPÍTULO III — MÉRITO CAUTELAR	506
§ 12º OBJECTO E PARTES.....	506
1. Causa de pedir	506
1.1. Introdução.....	506
1.2. Factos relativos à titularidade de direito subjetivo ou interesse legalmente protegido acautelandos (fumus boni iuris/Arrest- ou Verfügungsanspruch)	510
1.2.1. Fundamento material	510
A. Normas de titularidade; não ingerência e mérito inibitório: o perigo como facto constitutivo	510
B. Normas mistas do art. 381º e preceitos sobre providências típicas.....	514
1.2.2. Poder potestativo; natureza constitutiva da acção cautelar; o mérito aberto	517
1.2.3. Admissibilidade de cautela condicional	521
1.3. Factos relativos ao perigo de dano (periculum in mora/Arrest- ou Verfügungsgrund).....	522
1.3.1. Função.....	522

1.3.2.	Delimitação	525
1.3.3.	Consequências	529
A.	Da qualidade futura do evento danoso: mutabilidade processual e material da causa de pedir	529
B.	Da função	532
1.4.	Conclusão: estrutura da causa de pedir cautelar; o poder potestativo à constituição/modificação provisória de uma situação jurídica acautelante	533
2.	Pedido	533
2.1.	Conteúdo pré-determinado e conteúdo aberto (pedido-quadro).....	533
2.2.	Perspectiva absoluta do conteúdo: bilateral, unilateral.....	537
2.3.	Perspectiva relativa do conteúdo: graduação da intensidade da ingerência....	539
2.3.1.	Refutação da oposição pericolo di infruttuosità/pericolo di ritardo	539
A.	Irrelevância extraprocessual	539
B.	Relevância processual; apreciação crítica	541
2.3.2.	Relevância material.....	544
A.	Observações de JAUERNIG, WENZEL, DAMM e SCHWONBERG	544
B.	Posição pessoal: refutação da oposição conservação/antecipação; indistinção intrínseca do periculum; graduação da intensidade	546
2.3.3.	Antecipação e segurança	549
A.	Conceito	549
B.	Refutação da instrumentalidade processual; substituição por uma instrumentalidade material, com concurso e prejudicialidade entre normas substantivas. Conceito de acção principal.....	552
3.	Partes. Eficácia erga omnes do efeito constitutivo cautelar.....	556
§ 13º	REGULAÇÃO JUDICIAL	561
1.	Funcionalidade e objecto	561
1.1.	Preliminares: estrutura comum perigo de dano/constituição de situação acautelante; a regulação como terceiro elemento; razão de ordem.....	561
1.2.	Funcionalidade: revelação da estatuição do art. 381º	563

1.3.	Objecto: parte disponível do mérito.....	566
2.	Parâmetros de adequação/revelação normativa	570
2.1.	Nexo virtual de funcionalidade	571
2.2.	Proporcionalidade	572
2.2.1.	Funcionalidade.....	572
2.2.2.	Objecto e conteúdo: juízos de comparação e de graduação de ingerência; exclusão de um juízo de compensação	576
2.3.	Reserva da acção principal (proibição de antecipação)	583
2.3.1.	Funcionalidade.....	583
A.	Visão dominante	583
B.	Posição.....	586
2.3.2.	Objecto e conteúdo	590
3.	Consequências	597
3.1.	Revelação/adequação como regulação judicial.....	597
3.2.	Relevância para o caso julgado cautelar.....	602
3.3.	Natureza mista do mérito cautelar.....	603
	EPÍLOGO: A CAUTELA NO SISTEMA DE ACÇÕES	605
1.	Plano sistémico horizontal	605
2.	Plano sistémico vertical	614
	TESES	620
	CITAÇÕES E ABREVIATURAS	621
	BIBLIOGRAFIA	636
	ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	690

§ 1º INTRODUÇÃO

1. *Problema*

1.1. *Busca e enunciação*

I. A introdução a uma dissertação de doutoramento assenta num paradoxo: sendo o primeiro texto que o destinatário lerá é, contudo, o último texto que o autor escreverá. E assim sucede, porque, em boa verdade, apenas a final sabe o mesmo autor qual foi o objecto que lhe ocupou o melhor dos seus recursos materiais e imateriais.

E assim também sucedeu com este nosso trabalho. Quando iniciámos os actos preparatórios da sua produção tínhamos em mente abordar o interessante mecanismo das *medidas de antecipação de tutela* por via cautelar: quais seriam os seus fundamentos, conteúdo e limites.

Para tal pensávamos que se compreendêssemos a função — *i.e.*, o *para o que é que serve* — da tutela cautelar teríamos os dados suficientes para achar a resposta às dúvidas que aquela matéria suscitasse.

Volvidos quatro anos, concluímos que esse mecanismo não era senão metade ou mesmo apenas uma parte de um *iceberg*. Efectivamente, a *antecipação* por via cautelar, ao contrário do que se nos afigurava inicialmente, não só não era uma realidade *a se*, independente ou oposta à *conservação* da situação litigiosa por via cautelar, como não era passível de ser feita essa dicotomia entre conservação e antecipação ¹. Por outro lado, o próprio sentido da *função* cautelar, no mínimo, era, contra a paz dominante, duvidoso ².

II. Teríamos, por isso, de reconstruir por completo a *função* da tutela cautelar em ordem a abordarmos já não apenas o mecanismo da antecipação mas algo mais extenso no âmbito, e ao mesmo tempo mais específico enquanto instrumento conceptual e legal: a globalidade do “**fundo ou mérito**” de uma providência cautelar ³, *i.e.*, a controversão sobre a qual o tribunal terá de decidir. Pois é o mérito que determina a tutela necessária como bem lembra o art. 2º, nº 2: “a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada”. Antecipação e conservação são qualidades funcionais dessa tutela adequada.

¹ Cf. § 12º 2.3.1. e 2.3.2.

² Cf. § 2º 2 e § 12º 2.3.1 e 2.3.2.

³ CASTRO MENDES, *DPCI* reimp. 1990, 1986, 47.

Ora, à luz da teoria geral do processo bem se pode afirmar, em conformidade com o art. 498º, nº 1, que o **mérito** de uma acção é estruturado em **partes processuais**, *i.e.*, por quem ou contra quem a pretensão de tutela é deduzida, e em **objecto processual**, *i.e.*, a *questão de direito* sobre a qual o tribunal terá de decidir, comportando um *elemento material* — a afirmação de uma situação jurídica no campo do direito material, individualizada pela **causa de pedir** — e um *elemento funcional* — a providência de tutela concretamente deduzida no **pedido**⁴. É um mérito assim estruturado que permite afirmar se há ou não uma *repetição de causa* (art. 497º, nº 1) ou *acção idêntica* (art. 498º, nº 1) para efeitos, tanto de litispendência, como de caso julgado (cf. ainda o art. 497º, nº 1).

Só que deste modo, o problema do mérito de uma acção começará por ser um problema no campo do direito material.

Como tal, haverá que ir à própria **questão de direito** — ao **fundamento substantivo da tutela cautelar**, se quisermos — sobre a qual o tribunal terá de decidir para apurar depois que utilidade ela pede ao processo — *i.e.*, a **função** — e, finalmente, ao **mérito**, *i.e.*, à causa de pedir, pedido e partes.

III. Ainda assim, todo este nosso percurso de investigação partia, porém, de um postulado: de que, em obediência ao princípio dispositivo, **aquilo sobre que o tribunal decidiria** — *i.e.*, o objecto da decisão cautelar — seria **não mais** e, seguramente, **não outra coisa** do que aquilo que o requerente colocou em discussão — pois a “sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir” (art. 661º, nº 1) — e incorporando já a necessária **participação contraditória** do requerido, também ela produzida no quadro objectivo e subjectivo posto pelo requerimento do autor — já que, “citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei” (art. 268º). E enfim, dentro desse postulado, seria esse mesmo objecto da decisão que, sucessivamente, seria objecto da **qualidade de caso julgado**, nos termos do art. 671º, nº 1, uma vez que a “decisão sobre a relação material controvertida fica tendo força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 497º e seguintes”.

⁴ Estamos a seguir a construção doutrinal de TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, BMJ 325 (1983), 104–111. Nas suas palavras o objecto processual pode ser definido como “a tutela jurisdicional requerida pelo autor para uma individualizada pretensão processual” (*Sobre a legitimidade processual*, sep. BMJ (1984), 14) ou a “afirmação jurídica de uma individualizada situação jurídica para a qual é requerida uma forma de tutela jurisdicional (*O objecto cit.*, 105).

A ser assim, parecia que a nossa tarefa de indagação do mérito ficaria cingida a uma indagação da aplicação dos conceitos clássicos de *causa de pedir, pedido e partes* no procedimento cautelar. No mais, todo o procedimento seguiria o seu sentido normal.

IV. Os avanços na investigação deitaram por terra este nosso *optimismo* intelectual. Aparentemente, nada haveria por onde se pudesse indagar: *nega-se correntemente que uma providência cautelar tenha um fundamento substantivo*⁵ e, por aí, *nega-se que seja uma acção com causa de pedir e pedido* de tutela para uma posição juridicamente relevante⁶. Ademais *o juiz faz uso de um poder discricionário*, não estando “adstrito à providência concretamente requerida” pelo autor (art. 392º, nº 3), e *a decisão é sempre provisória, modificável e revogável*, nos termos dos arts. 388º, nº 1, al. b) e 389º.

Finalmente, ainda que o requerente demonstre os pressupostos cautelares — que aparenta ser titular de um direito constituído ou constituendo e que este corre perigo de dano (cf. art. 381º) — e mesmo que se conclua que há uma medida adequada, que cabe dentro do pedido do autor, *nada garante o decretamento* daquela já que a “*providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar*” (art. 387º, nº 2).

Em suma: no *plano geral do processo* as providências cautelares, em vez de produzirem uma sentença sujeita, como as demais, à estabilidade absoluta do caso julgado e dotada de um conteúdo passível de ser previsto pelas partes, pelo contrário, produzem uma *decisão de decretamento* cujo conteúdo, além de variável no tempo, não é passível de ser previsto pela parte activa no tocante à medida de protecção que concretamente irá salvaguardar o seu direito. No estrito *plano particular do mérito*, a própria medida de tutela judicial que lhe fica consignada parece desempenhar um papel importante na sua própria individualização. Esta não é indiferente ou estritamente neutra perante o próprio mérito, ao contrário do que sucede numa acção *normal* onde juiz e partes lidam com normativas pré-fixadas — no quadro sempre maleável da interpretação e integração — e aquele se limita a aplicar a respectiva estatuição numa medida de tutela concreta.

Um paradoxo sem dúvida, pois parece conduzir à conclusão, simétrica à do art. 2º, nº 2, de que “a toda a acção cautelar corresponde um direito adequado”.

V. Será, assim, com muitas incertezas que nos propomos todavia responder à pergunta simples de **qual é a questão de mérito de uma providência cautelar?**

⁵ Cf. § 2º 2 e § 9º 1.

⁶ Cf. 1.2., neste parágrafo, e § 2º 3., III.

1.2. Resposta da doutrina

I. A resposta à nossa pergunta já foi dada doutrinariamente, mas de um modo que, salvo o devido respeito, nos parece insatisfatório.

É até certo ponto estranho o uso em sede cautelar de conceitos como *causa de pedir* e *pedido*, próprios de uma verdadeira acção, estatuto que correntemente é negado à providência cautelar. O problema coloca-se em particular quanto à existência de uma *causa de pedir cautelar*, já que um *pedido* é essencial para provocar a actuação do tribunal, tendo em conta que estamos perante uma providência produzida no final de um procedimento que não se inicia oficiosamente, por regra ⁷.

Se entre nós alguma jurisprudência já usa o termo *causa de pedir* ⁸ ou *fundamentos* em detrimento de *pressupostos* ⁹, e se LEBRE DE FREITAS ¹⁰ também fala em *causa de pedir*, o cenário dominante é aludir-se apenas a “requisitos” ¹¹ ou “pressupostos” ¹² em relação ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris* ¹³, à semelhança do que sucede em Espanha ¹⁴. Contudo, TEIXEIRA DE SOUSA, paradoxalmente, atribui *de facto* ao *periculum in mora* uma função próxima da função de causa de pedir, como se verá já de seguida: “elemento *constitutivo* da providência requerida, pelo que a sua inexistência obsta ao decretamento daquela” ¹⁵.

II. Já em Itália, excluindo AUTORES que não consideram o *periculum* como elemento da causa de pedir, reduzindo esta ao *fumus boni iuris* ¹⁶, COMOGLIO/FERRI/TARUFFO ¹⁷ têm dificuldade em qualificar o *fumus* e o *periculum*, mas concluem que eles não são *condizioni di azione* como a legitimidade ou o interesse em agir, mas antes verdadeiras *condizioni de la demanda*, i.e., “condições de obtenção da tutela cautelar”.

⁷ Cf. § 13º 1.3., I sobre o princípio dispositivo e § 6º 2.4.2., sobre providências cautelares oficiosas.

⁸ Assim, RP 28/2/1991, RP 12/12/1991, RP 8/2/1993, RP 14/11/1996, STJ 30/6/1998, STJ 6/6/2000, STJ 5/6/2003, RC 3/2/2004.

⁹ Assim, STJ 29/2/1996, BMJ 454 (1996), 663.

¹⁰ Com MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *CPCanot* 2, 2001, 17.

¹¹ MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não especificadas*, 1981, 18.

¹² TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, 232.

¹³ Cf. § 5º 2.3.2.C.

¹⁴ Assim, CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, 1992, 40 ss., alude a *pressupostos*.

¹⁵ *Estudos* cit., 232. Pois que no interior da causa de pedir a relação é entre *facto constitutivo* e *direito alegado pelo autor* e não entre *facto constitutivo* e *providência pedida pelo autor*.

¹⁶ CECHELLA, *Il processo cautelare. Comentario*, 1997, 6 e 7.

¹⁷ LDPC, 1998, 367.

É que, para “lá da simples afirmação ou alegação”, elas devem ser objecto de uma actividade demonstrativa no quadro das “provas inicialmente disponíveis”¹⁸. Na mesma linha VALETUTTI alude mesmo a uma *causa petendi* cautelar comportando um *fumus* e um *periculum*¹⁹.

Por seu lado, se CONSOLO nega expressamente que o *periculum* tenha a natureza de interesse processual ou a de uma mera condição de acção e conclui que, por isso, na falta do *fumus* ou do *periculum*, deve o juiz proferir uma decisão de rejeição do mérito do pedido²⁰, já SALVANESCHI qualifica o *periculum in mora* como uma das “manifestações mais seguras” do interesse em agir²¹, na linha do que já CALAMANDREI defendera²².

III. De igual modo, na doutrina de matriz francesa se discute se a *urgence* é uma simples condição de admissibilidade da pretensão (*condition de recevabilité*) ou uma condição de exercício (*condition de exercice*)²³, sendo certo que no primeiro caso a sua falta conduz à absolvição do pedido por falta de fundamento da causa²⁴. E na Bélgica enquanto vários acórdãos da *Cour de Cassation* vão no sentido de que há lugar à absolvição do pedido²⁵, o entendimento doutrinal e jurisprudencial prevalecente é o de que deve haver absolvição da instância²⁶.

IV. Finalmente, na Alemanha esta mesma questão tem sido posta a propósito da natureza jurídica dos requisitos de *Arrest* — ou *Verfügungsgrund*, i.e., do perigo ao direito, e de *Arrest* — ou *Verfügungsanspruch*²⁷, i.e., do direito aparente a tutelar, discutindo-se se são *Zulässigkeitsvoraussetzungen* ou *Begründetheitsvoraussetzungen*. O *Arrest* — ou *Verfügungsanspruch*, é invariavelmente qualificado como requisito de

¹⁸ LDPC cit., 367.

¹⁹ *I procedimenti cautelari e possessori* I, 2004, 66.

²⁰ *Consolo/Luiso/Sassani*, 1996, Art. 669–septies, 634.

²¹ *La domanda e il procedimento*, Il processo cautelare² (dir. TARZIA), 2004, 286.

²² *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* reimp. 1983, 1936, 17: o interesse em agir cautelarmente decorre da cumulação de um estado de perigo, com a iminência deste.

²³ Assim, ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*², 1998, 72.

²⁴ CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence*, Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 1998, 27.

²⁵ *Apud* CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence*, cit., 27, nota 59.

²⁶ CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 27.

²⁷ Veremos no § 5º 2.3.2.C., III que estes são os conceitos correspondentes ao *periculum* e ao *fumus* latinos.

fundamentação cuja falta gera a improcedência ²⁸, pelo que a discussão se tem centrado quanto ao *Grund*, estando a doutrina dividida.

Na doutrina clássica MERKEL aludia ao *Arrestgrund* como um lato e amplo “fundamento de justificação jurídica”, com a natureza de pressuposto material, mas que cabia às normas processuais fixar ²⁹. Hodiernamente, a doutrina é dogmaticamente rigorosa: uma parte significativa procede à qualificação do *Grund* como “uma espécie especial do interesse processual”, como afirma HEINZE ³⁰, enquanto outra parte é de opinião de que se trata de um fundamento de procedência, e, nesse sentido, uma verdadeira causa de pedir ³¹.

²⁸ ROSENBERG, *LdZPR* ⁴, 1961, 1088; GRUNSKY, *Stein/Jonas* ⁹ ²², 2002, § 916, Rdn. 5; WALKER, *Schuschke/Walker II* ³, 2005, *Vor § 916*, Rdn. 28 e 29.

²⁹ *Über Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden Deutschen Prozessrecht*, 1880, 43, pois nada teria a ver com os pressupostos materiais para a prestação de caução (*idem*, 43).

³⁰ *MukoZPO* ³ ², 2001, § 916 Rdn. 1. Identicamente: ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1089; LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil—, Verfassungs— und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1971, 19; PIEHLER, *Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht*, 1980, 28 e 29; TEPLITZKY, *Arrest und einstweilige Verfügung*, *JuS* 21/2 (1981), 123, 124 e *Streitfragen beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung*, *DRiZ* 60/2 (1982), 43; BRUNS/PETERS, *ZVR* ³, 1987, 323; DAMM, *AlternativKomm*, 1987, § 917, Rdn. 5; ARENS/W. LÜKE, *Arrest und einstweilige Verfügung*, *LxR* ², 1995, 7, 13 e 14; G. LÜKE, *ZVR* ², 1993, 347, 370; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung*, 1997, 178; HEINTZMANN, *ZPR II* ², 1998, 141; BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbssachen* ², 2003, Rdn. 45 e 48 ss; ENDERS, *[Die einstweilige Verfügung]*, Enders/Börstinghaus, 2003, Rdn. 60; KÖHLER, *Köhler/Bornkamm* ²³, 2004, 3. Kap. Einstweilige Verfügung, Rdn. 3.12.; PAULUS, *ZPR* ³, 2004, 316; SCHMUKLE, *Pastor/Ahrens* ⁵, 2005, Kap. 44. Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung, Rdn. 11–14 e Kap. 45. Verfügungsgrund (Dringlichkeit), Rdn. 1–4 e 56; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe–, Familien– und Kindschaftssachen* ⁴, 2005, Rdn. 17; W. LÜKE, *ZPR* ⁹, 2006, Rdn. 717; JAUERNIG/BERGER, *ZV–IR* ²², 2007, § 35, Rdn. 6.

³¹ K. BLOMEYER, *Arrest und einstweilige Verfügung*, *ZZP* 65/1 (1952), 61–62; F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, 76–77; J. BLOMEYER, *Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder eine einstweiligen Verfügung*, *ZZP* 81/ 1–2 (1968), 45; MINNEROP, *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, 1973, 36 ss., esp. 38 e 39; SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung. Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechsschutz*, 1976, 124; EVERS, *Die Begründung der Vormerkung nach § 885 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes*,

V. Perante este quadro doutrinal, o nosso objecto de estudo pode, no limite, reconduzir-se a uma pergunta ainda mais específica: **o perigo de dano a um direito é um pressuposto da procedência do pedido**, porquanto constitutivo do direito do autor e, como tal, integrante da causa de pedir, ou é um **pressuposto da admissibilidade do pedido**, porquanto um **pressuposto processual da sua apreciação**?

Fixe-se, a este propósito, que pontos centrais da diferenciação admissibilidade/procedência são, na síntese de J. BLOMEYER: a “*diferente localização dos [respectivos] pressupostos*, aqui no direito processual, ali, por regra, no direito material” e a “*diferente eficácia no processo*, a saber, o impedimento da afirmação ou negação da procedência se existir inadmissibilidade da acção (prioridade da apreciação da admissibilidade)” ou essa mesma afirmação/negação da procedência, acrescentamos ³².

Correlativamente, no plano procedimental, enquanto o interesse processual são “condições nas quais uma parte pode recorrer aos tribunais, quando o direito por ela alegado não lhe atribui por si só a faculdade de requerer a tutela judicial” (TEIXEIRA DE SOUSA ³³), a causa de pedir integra os “factos constitutivos da situação jurídica

1990, 57; LORITZ, *Rechtsnachfolge und Umschreibung der Vollstreckungsklausel in den Verfahren des Einstweiligen Rechtsschutzes*, ZVP 106/1 (1993), 7 e 8; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993, Rdn. 209–211, *Vor § 916* cit., Rdn. 29 e *Schuschke/Walker II* cit., § 917 cit., Rdn. 1; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, *ZVR* ¹¹, 1997, § 75, Rdn. II 2; U. GOTTWALD, *Einstweiliger Rechtsschutz in Verfahren nach der ZPO*, 1998, § 917, Rdn. 2; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung*, 1998, 50; DUNKL, *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier* ³, 1999, Teil. A. Der einstweilige Rechtsschutz bei allgemeinen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Rdn. 149, 153, 504; SCHMITZ/ENERMANN/FRISCH, *Die Station in Zivilsachen — Grundkurs für Rechtsreferendare* ⁶, 2002, 49, 51 e 52; GRUNSKY, § 916 cit., Rdn. 5 e *Stein/Jonas* 9 cit., § 917, Rdn. 2; HUBER, *Das Zivilurteil* ², 2003, Rdn. 520, implicitamente; REICHOLD, *Thomas/Putzo* ²⁷, 2005, § 916, Rdn. 3 e *idem*, § 935, Rdn. 4; VOLKKOMMER, *Zöller/Vollkommer* ²⁵, 2005, § 917, Rdn. 3; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ⁶⁴, 2006, § 917, Rdn. 5;

³² *Die Unterscheidung* cit., 22. Não é aqui a sede para discutirmos a existência e o alcance deste dogma da prioridade da apreciação dos pressupostos processuais sobre as condições de procedência, sendo certo que a lei, por influência doutrinal, já presentemente o maleabiliza por meio do disposto no art. 288º, nº 3.

³³ *As partes, objecto e a prova na acção declarativa*, 1995, 106. Maior elaboração sobre o conceito pode ser compulsada no § 12º 1.1., IV.

invocada pela parte” e que “devem preencher uma determinada previsão legal” (TEIXEIRA DE SOUSA ³⁴), para se obter um juízo de procedência.

Em suma: a **causa de pedir** integra os factos que se subsumem à norma material que estatui o direito alegado; o **interesse processual** integra os factos que se subsumem à norma processual que estatui a accionabilidade desse direito.

VI. Daqui resulta, que se o perigo de dano constituir uma **condição material ou de fundo** — “*eine materiellrechtliche Voraussetzung für die Begründetheit*” (WALKER ³⁵) — a sua falta conduzirá a uma decisão de mérito (*Sachentscheidung*) ³⁶ e poderá fazer-se uso dos instrumentos da *litispendência* e de *caso julgado* — e não apenas da *repetição* como a que se lança mão no art. 381º, nº 4 — entre diferentes providências cautelares.

Um tal uso da estrutura do objecto cautelar, embora não qualificado como tal, já foi, entre nós, levado a cabo por alguma jurisprudência que laborou como se houvesse litispendência. Assim, o ac. STJ 5/6/2003 que decidiu que “**não há identidade** entre uma providência **cautelar** de “suspensão de deliberações sociais”, cujo **pedido** foi reportado às deliberações tomadas numa assembleia geral da aí requerida sociedade, sendo a respectiva **causa de pedir** uma aventada irregularidade da convocatória, e uma acção em que se impetrava o decretamento de uma “providência **cautelar** não especificada”, na qual o **pedido** formulado tenha por objecto a suspensão dos direitos de um dado sócio, a nomeação de uma gerência provisória e a intimação do requerido a abster-se de exercer a actividade concorrente enquanto sócio da requerente, ancorando-se a respectiva **causa de pedir** em diversos factos (causa complexa)”.

E mais: será sobre esse binómio *factos constitutivos do direito do autor/pedido de tutela cautelar* que o tribunal elaborará, por seu lado, o conteúdo da medida de tutela e que, adicionalmente, se fixarão os limites objectivos da instância, nos termos gerais do art. 268º ³⁷.

Diversamente, se o perigo de dano constituir um **pressuposto processual**, aquela mesma falta da sua alegação ou falta da sua demonstração apenas pode levar a uma decisão de forma de absolvição da instância, com valor de caso julgado formal.

VII. Quem pugne pela inexistência de um fundamento material para a tutela cautelar poderá facilmente recusar que uma tal diferenciação admissibilidade/procedência possa

³⁴ *As partes* cit., 123.

³⁵ § 917 cit., Rdn. 1.

³⁶ WALKER, § 917 cit., Rdn. 1.

³⁷ Neste sentido, implicitamente, CARPI, *La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, RDP 40/1 (1985), cit., 707–709: valem as regras gerais de que é na petição inicial que se indica o direito a tutelar.

sequer ter lugar em sede cautelar ³⁸, negando que haja uma verdadeira causa substantiva para se pedir uma providência cautelar. Por isso, a defesa da existência dessa diferenciação pressupõe, antes de mais, a indagação do mérito cautelar, precisamente o nosso objecto de investigação.

Resolver a questão da natureza jurídica do *periculum* é resolver a questão da existência e conteúdo de um eventual mérito cautelar e, inversamente, resolver a questão do mérito cautelar é resolver a questão da natureza jurídica do *periculum*.

1.3. Relevância científica e prática

I. Portanto, permanece uma incerteza quanto à questão do mérito cautelar, pelo que se pode dizer que *é um problema que permanece em aberto*. Ora, não se trata de uma questão menor; pelo contrário, a sua resolução — nas conclusões parciais que vai gerando e nas conclusões finais — terá consequências sobre matérias como as da natureza, objecto, limites e efeitos da tutela cautelar, em geral.

Deste modo, parece-nos *pertinente* do ponto de vista da Ciência do Direito Processual Civil que o estudemos e lhe demos uma resposta — eventualmente imperfeita, mas intelectualmente humilde —, seja ela qual for e seja qual for o seu sentido.

Essa resposta será enunciada nas *Teses*.

II. Acresce, finalmente, que é um problema actual, porquanto importa dar a devida ossatura dogmática a um instrumento de tutela que, dada a necessidade de obtenção de uma composição judicial em tempo razoável — utilidade que as formas processuais comuns não parecem assegurar —, tem, por isso, conhecido um aumento da importância legislativa e prática. Entre nós, tal aumento de importância tem-se manifestado no extraordinário desenvolvimento do estudo das medidas cautelares na doutrina nacional do Direito Administrativo ³⁹ estimulada pela recente reforma do

³⁸ É a essa negação que J. BLOMEYER, *Die Unterscheidung* cit., 37 ss., procura dar resposta, precisamente como nós.

³⁹ Esta afirmação impõe, sob pena de ficar indemonstrada, que se notem como bons exemplos, de entre vários, as doutrinas de: M. AROSO DE ALMEIDA, *Contributo para a reforma do sistema do contencioso administrativo*, DirJ 9/I (1995), 103–121, *Medidas cautelares no ordenamento contencioso. Breves notas*, DirJ 11/I (1997), 139–159, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos* ⁴ reimp. 2007, 2005, 283–285 e 289 ss, e com C. FERNANDES CADILHA, *ComCPTA* ², 2007, 645–780; FREITAS DO AMARAL, *As providências cautelares no novo contencioso administrativo*, CJA 43 (2004), 4–15, com M. AROSO ALMEIDA, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo* ³, 2004, 59–61 e 114; TIAGO AMORIM, *As providências cautelares no CPTA: um primeiro*

balanço, CJA 47 (2004), 41–44; VIEIRA DE ANDRADE, *Tutela cautelar*, CJA 34 (2002), 45–53 e *A justiça administrativa (Lições)* ⁸, 2006, 341–373; C. FERNANDES CADILHA, *Intimações*, CJA 16 (1999), 62–66; GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, RJUA 1 (1994), 55–66; SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo I*, 2005, 691 ss; CLÁUDIO FERREIRA, *A estrutura da tutela cautelar no contencioso administrativo português. Uma leitura acerca das principais alterações*, 2006; I. CELESTE FONSECA, *A Urgência na Reforma do Processo Administrativo*, Scl 49/283–285 (2000), 85–104, *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, 2002, *O Processo Cautelar Comum no Novo Contencioso Administrativo: Por Novos Caminhos de Tempo Dividido*, Scl 53/299 (2004), 237–286 e *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo (Função e estrutura)*, 2004; LEBRE DE FREITAS, *As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa*, CJA 33 (2002), 21–24; M. GLÓRIA GARCIA, *Os meios cautelares em direito processual administrativo*, DirJ 9/I (1995), 33–46, *Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo*, DirJ 10/I (1996), 195–212, *Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do direito e do Estado*, CJA 16 (1999), 74–81, *Suspensão da eficácia de um acto administrativo ou norma regulamentar e As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares*, constantes da compilação do Ministério da Justiça que dá pelo nome de *Reforma do contencioso administrativo. O debate universitário I*, 2003, 147–156 e 431–448, respectivamente; C. AMADO GOMES, *Todas as cautelas são poucas no contencioso administrativo*, CJA 18 (1999), 31–40, *À espera de Ulisses. Breve análise da Secção I do Capítulo VI do Anteprojecto de Código dos Tribunais Administrativos/II (As Medidas Cautelares)*, RMP 21/84 (2000), 49–93, *O regresso de Ulisses. Um olhar sobre a reforma da justiça cautelar*, CJA 39 (2000), 3–13 e *Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*, Est. Galvão Telles V, 2003, 541–577; M. FERNANDA MAÇÃS, *A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos*, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, 1993, 325–369, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, 1996, *Providências cautelares e tutela judicial efectiva. Os incontornáveis obstáculos da suspensão judicial da eficácia [Comentário ao ac. Supremo Tribunal Administrativo. 1ª Secção, 26/07/95]*, RCDOUA, 2/1 (1999), 115–122, *Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas*, CJA 16 (1999), 52–61, e *As medidas cautelares*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 449–465; P. ROMANO MARTINEZ, *Intimação para um comportamento. Providência cautelar [anotação ao ac. STA (1ª secção) de 5.11.1996]*, CJA 1/2 (1997), 58–61; A. GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo (Em especial, nos procedimentos de formação de contratos)*, 2005; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *CPTA* reimp. 2006, 2004, 108 e 109, 115 e 116; R. LEITE PINTO, *Intimação*

processo administrativo e por igual desenvolvimento ao nível comunitário ⁴⁰ e processual civil internacional ⁴¹.

Contudo, estranhamente, não tem ocorrido idêntico e suficiente interesse no nosso processo civil.

Aqui são frequentes abordagens mais ou menos gerais nas lições, manuais e considerações pré-legislativas quer anteriores a 1961 ⁴², quer na vigência do actual

para um comportamento. Contributo para o estudo dos procedimentos cautelares no contencioso administrativo, 1995, 32-49; FAUSTO DE QUADROS, *Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo. Em especial as providências cautelares*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 211-229; M. PRATA ROQUE, *A urgência tem limites (!). Breve apontamento sobre os poderes do juiz cautelar [anotação ao ac. do TCA-Sul, de 28/10/2004, P. 273/04]*, CJA 50 (2004), 44-54 e *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, 2005 = *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo*, 2005, 527-621; V. PEREIRA DA SILVA, *Vem aí a reforma do contencioso administrativo*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 92 e 93, *Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2005, 429-430; J. TIAGO SILVEIRA, *O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo*, Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976 III, 1998, 401-422; LOPES DE SOUSA, *Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares*, CJA 47 (2004), 45-58. No campo escolar há ainda meritórios relatórios de mestrado como os de: J. VIEIRA FONSECA, *O contencioso administrativo português e as providências cautelares atípicas. Algumas dimensões fundamentantes e problemáticas*, 1996, e *Os procedimentos cautelares atípicos no contencioso administrativo português*, 1996; SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção provisória dos direitos dos particulares pelos tribunais nacionais em aplicação do direito comunitário. Contributo para o estudo do princípio da tutela jurisdicional efectiva na jurisprudência comunitária*, 1998; TIAGO ANTUNES, *A tutela cautelar antecipatória no novo contencioso administrativo*, 2004.

⁴⁰ Notando este desenvolvimento, ENTERRÍA, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ambito de la Unión Europea*, RTDP 1 (1999), 1-14; FAUSTO QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, 1999, 29 ss; QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, RTDPC 55/2 (2001), 522 ss.; I. CELESTE FONSECA, *Introdução cit.*, 137-209.

⁴¹ Assim, o art. 24º CBrux, sem prejuízo do art. 39º CBrux em sede especial de execução, prevê a existência de “medidas provisórias ou cautelares” — cf. TEIXEIRA DE SOUSA/MOURA VICENTE, *ComCBrux*, 1994, 136, 163 e 164; QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, RTDPC 54/3 (2000), 805-844, esp. 809 ss., 824 ss.

Código de Processo Civil ⁴³. Raras foram ou são as obras dedicadas especialmente às providências cautelares, mas mesmo a maior parte dessas parecem, com o devido respeito, ser pouco satisfatórias quando comparadas com os avanços em sede administrativa, pois ou repisam doutrina já formada e caem muito na referência à casuística das decisões ⁴⁴ ou inovam apenas sobre um aspecto particular de uma

⁴² Na vigência da Nova Reforma Judiciária, CORRÊA TELLES, *MPC* ³, 1849, 201–202, 219–220, 246–247. Com o Código de Processo Civil de 1876: DIAS FERREIRA, *CPCanot* I, 1887, 5, 384–385, 452–503 e *idem* II, 1888, 40–49, 60–62, 67–68, 137, 159–163; NEVES E CASTRO, *Manual do processo civil especial em primeira instância* ¹, 1883, 88 ss. e edição de 1901, 443 ss; ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário. Civil e comercial*, 1907, 79 ss. e *Processo ordinário e sumário* I ², 1928, 226 ss; PAULO CUNHA, *Lições de Processo Civil e Comercial*, 1936, 147 e 148, 165–168. Na vigência do CPC/39, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Processo civil e comercial* I, 1940, 103–106, *idem* II, 1940, 73–80, e *Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil*, ROA 5/III–IV (1945), 14–35; PALMA CARLOS, *CPCanot* I, 1942, 70 e 71, *DPC*, 1951, 8–12 e *DPC* I, 1956, 60–70; ALBERTO DOS REIS, *A figura do processo cautelar*, sep. BMJ 3 (1947), 5–69 e *CPCanot* I ³ reimp. 1982, 1948, 22 e 23, 619–702 e *CPCanot* II ³ reimp. 1981, s.d., 1–140.

⁴³ PALMA CARLOS, *Projecto de alteração de algumas disposições dos Livros I e II do Código de Processo Civil*, 1961, 5–16 e *Linhas gerais do processo civil português* reimp. 1991, 1972, 70–72; ERIDANO DE ABREU, *Das providências cautelares não especificadas*, Dir 94 (1962), 110–119; *Código de Processo Civil [versão da 1ª revisão ministerial]*, BMJ 122 (1963), 151–173; SANTOS SILVEIRA, *Processos de Natureza Preventiva e Preparatória*, 1966, em geral; RODRIGUES BASTOS, *NtCPC* II, 1971, 217–245; ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I, 1981, 129–146; ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *MPC* ², 1985, 22–27; LUSO SOARES, *PCDecl*, 1985, 211–220; CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 251–263; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 226–255; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *CPCanot* 2 cit., 1–173; J. RAMOS PEREIRA, *Prontuário de formulários e trâmites* II, 2003; LOPES DO REGO, *ComCPC* I ², 2004, 341–383; ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil* III ³, 2003 e IV ³, 2006, em geral; PAIS DE AMARAL, *DPC* ⁴, 2003, 25–50; REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código revisto*, 2007, 104–136.

⁴⁴ Assim, MANUEL RODRIGUES, *Lições de Processo Conservatório em Geral*, 1930; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Pode levantar o arrolamento mediante caução?* Estudos sobre o novo Código de Processo Civil I, 1940, 281–303; CARLOS OLAVO, *impugnação das deliberações sociais*, CJ 13/III (1988), 19–31; as várias obras de MOITINHO DE ALMEIDA: *Os processos cautelares em geral*, JF 28 (1964), 21–35, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis*, JF 31 (1967), 49–58, *Providências cautelares* cit., *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis (Decreto-Lei nº 54/75, de 12 de Fevereiro)* ³, 1988, *Embargo ou nunciação de obra nova* ³, 1994, *Restituição de posse e ocupação de imóveis* ⁵, 2002, *Anulação e suspensão de deliberações sociais* ⁴, 2003,

eventual teoria geral da tutela cautelar ⁴⁵ ou, quando muito, inovam nas considerações introdutórias sobre as providências cautelares ⁴⁶.

As melhores obras, por conjugarem algumas destas vertentes, em maior ou menor grau, serão, salvo melhor opinião, os volumes I e II do clássico *Código de Processo Civil anotado* de ALBERTO DOS REIS, a síntese feita em 1997 por TEIXEIRA DE SOUSA em *Estudos sobre o novo processo civil*, o volume 2º do recente *Código de Processo Civil anotado* de LEBRE DE FREITAS *et alia*, o volume III dos *Temas da reforma do processo civil* de ABRANTES GERALDES.

Em consequência, não se pode dizer com propriedade que as achegas que nelas se acham constituam massa crítica suficiente para uma teoria geral da cautela.

III. Torna-se necessário à Ciência do Direito Processual Civil portuguesa receber estes influxos e reencontrar o centro, o eixo, da tutela cautelar. E no entanto o problema está lá, pressente-se quando, por exemplo, LOPES DO REGO fala, em sede de art. 381º, de “um *poder genérico* de requerer as medidas cautelares mais adequadas à garantia de efectividade de todo e qualquer direito ameaçado” ⁴⁷.

Percebe-se que há qualquer coisa diferente que justifica o pedido de tutela cautelar e que é objecto de apreciação judicial, mas com uma grande indefinição e insegurança de conceitos e completa ausência da respectiva *armação* teórica.

2. Investigação

I. Um plano de investigação é um roteiro de perguntas e respostas prejudiciais à resposta final para a pergunta inicial. Ou seja: é em si mesmo um *processo de investigação*.

Por paradoxal que possa parecer, apesar da crescente relevância teórica e prática, a matéria das providências cautelares presta-se a alguns equívocos teóricos que não tornam fácil o delineamento de um tal plano de investigação.

177 ss; M. ALEXANDRA LOPES, *O Conteúdo da Providência Cautelar de Suspensão de Deliberações Sociais*, 1996.

⁴⁵ Assim, TITO ARANTES, *Emprego abusivo de providências cautelares*, RT 66 (1948), 114-116, 130-132; o parecer de PALMA CARLOS, *Procedimentos cautelares antecipadores*, Dir 105/III (1973), 236-251; M. PRAZERES BELEZA, *Impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir nos procedimentos cautelares*, Dir 11/I (1997), 337-350.

⁴⁶ É o que se constata nas abordagens introdutórias de CURA MARIANO, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, 2003, 13-43 e CÉLIA PEREIRA, *Arbitramento de reparação provisória*, 2003, 16-70.

⁴⁷ *ComCPC* I cit., 341.

Em primeiro lugar, e como iremos constatando, reina uma grande **instabilidade terminológica** nesta sede: fala-se em *tutela de urgência*, em *tutela sumária*, em *tutela cautelar*, em *tutela antecipatória*, em *tutela sumária não cautelar*, em *tutela provisória*. E isto tanto em sinonímia variável entre alguns destes termos, quanto em antinómia igualmente variável.

Em segundo lugar, no campo do *direito positivo*, o uso desses instrumentos de efectividade da tutela apresenta, consoante as ordens jurídicas, uma ocorrência numérica variável, mas parece haver um **sentido de crescimento e complexificação**. Depois, esse crescimento tende a ser irregular no tempo, suportado em *reformas legislativas* mais maturadas ou mais súbitas, não raro sujeitas a novas reformulações, e tende a ser irregular no âmbito, tendendo mais para *remendar* as falhas de efectividade que os ordenamentos processuais tradicionais denotam em certos pontos e menos para a revisão global desses mesmos sistemas.

Em terceiro e último lugar, mesmo no campo da jurisprudência e da prática há **problemas de delimitação** em termos absolutos — o que é que o legislador terá querido efectivamente que pudesse ser pedido e resolvido por cada instrumento? — e relativos — como delimitar o âmbito de aplicação de cada instrumento em contraponto com os outros e com as soluções processuais tradicionais e comuns ainda vigentes? Assim, é corrente a doutrina dar notícia de alegados abusos na utilização dos procedimentos cautelares⁴⁸ e, ao mesmo tempo, não é fácil distinguir em concreto e/ou relacionar uma solução de tipo sumário de uma solução de tipo cautelar, sendo certo que se trata de vias aparentemente diferentes na função e regime.

Por fim, mas não menos importante, a despeito de avanços doutrinários pontuais, tende a manter-se um certo **unanimismo dogmático** sobre a função e o objecto cautelares.

São circunstâncias que devemos ter em conta com algum cuidado neste nosso trabalho. Elas podem induzir o investigador a cair num certo casuismo de abordagem, em que as árvores que nascem e morrem do direito positivo não deixam ver o quadro global da floresta que se mantém. Elas podem conduzir a concluir por uma equivalência ou indistinção, senão dogmática, ao menos concreta, entre figuras.

⁴⁸ Meros exemplos em Itália: LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, I processi speciali. Studi offerti a Vergilio Andrioli dai suoi allievi, 1979, 151-171, esp. 168-171; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse*, I processi speciali cit., 430 ss; MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, RDP 40/4 (1985), 657 ss.; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, RDP 43/3 (1988), 772. Na Bélgica, falando também do uso e abuso do *référé-provision*, KRINGS, *La jurisprudence récente de la Cour de Cassation de Belgique en matière de référé*, Mél. Perrot, 1996, 209-210.

Sobretudo, impõe-se não cair na sociologia do Direito e manter a investigação no estrito domínio da teoria geral do processo civil — afinal, o grande desafio deste trabalho é o de reconduzir a tutela cautelar aos princípios processuais e aos conceitos operativos desse mesmo processo.

II. Apontados estes condicionalismos, podemos, enfim, enunciar que num **Capítulo I** iremos laborar em simultâneo em duas linhas diferentes de pensamento.

A linha primária será apresentar e fazer a crítica ao entendimento dominante sobre qual é a função da tutela cautelar. Efectivamente, uma vez que o referido *unanimismo dogmático* associa a cautela à mora temporal do processo ⁴⁹, teremos de apurar o que é que a Constituição pede ao processo civil em *termos temporais* e de *analisar os direitos positivos* mais importantes. Ou seja: iremos repisar o caminho já trilhado pela doutrina e apurar se dele resulta uma inequívoca relação entre efectividade e tutela cautelar. Concluiremos, a final, por uma *exposição, seja crítica, seja de adesão, consoante os resultados*, ao modelo dominante, a partir dos dados obtidos.

Mas, ao mesmo tempo, esse mesmo excursus vai permitir-nos fixar conceitos que são de uso corrente quando se aborda a temática da função cautelar e que são indispensáveis de fixar, mesmo que provisoriamente, para avançar numa investigação. A saber: tutela cautelar, tutela sumária, tutela antecipatória, tutela plena, providência conservatória, providência antecipatória.

Estaremos, então, em condições para num **Capítulo II**, proceder à elaboração de um *modelo alternativo* para a função cautelar que passará, nomeadamente, pela determinação do respectivo fundamento — processual? material? Exporemos, então, as propostas doutrinárias sobre a questão do fundamento e construiremos a nossa própria, se necessário for. Depois disso, iremos num **Capítulo III** proceder à fixação do *mérito cautelar*, isolando quer o pedido e a causa de pedir em que se exprime aquele fundamento, quer o papel que quanto a ele o juiz terá.

Finalmente, a título de **Epílogo**, iremos atentar nas consequências que os resultados da nossa investigação têm tanto no plano sistémico horizontal, do sistema de acções, como no plano sistémico vertical da relação entre providência cautelar e acção principal.

III. Não se espere — pois seria desconhecer a economia própria de uma dissertação de doutoramento — encontrar neste nosso trabalho uma abordagem metodológica de *tipo sistemático* ⁵⁰. Essa abordagem extensiva de um objecto científico poderá ser adequada num manual ou em teses de mestrado, mas não é própria de uma dissertação de doutoramento.

⁴⁹ Cf. § 2º 2.

⁵⁰ A obra de I. CELESTE FONSECA, *Introdução* cit., é um bom exemplo dessa opção.

A esta luz, deve alertar-se que estudos históricos e comparativos estão daqui arredados e, bem assim, preocupações específicas e exaustivas com os aspectos estruturantes do regime das *providências* cautelares ou com o respectivo *procedimento* ou com os vários regimes e soluções de *tutela sumária*. Não: essas questões serão abordadas se forem relevantes e sempre na estrita medida do necessário para o nosso escopo intelectual.

Pela mesma razão, procuraremos usar a jurisprudência com conta, peso e medida: apenas aquela que é verdadeiramente iluminadora do sentido das normas. Não se encontrará, por isso, neste trabalho um repetitório de toda a jurisprudência produzida em Portugal sobre as providências cautelares.

Daí que tenhsmos optado por nos concentrar nos arestos posteriores a 1967 quanto ao Supremo Tribunal de Justiça e posteriores a 1990, quanto às Relações. Acórdãos anteriores a essa data serão citados apenas se forem importantes.

CAPÍTULO I — FUNÇÃO CAUTELAR: DA CERTEZA À DÚVIDA

SECÇÃO I — POSIÇÃO DOMINANTE

§ 2º SALVAGUARDA DO EFEITO ÚTIL DO PROCESSO

1. *Introdução: garantias processuais constitucionais e justificação cautelar*

Por mais criativa que pretenda ser, qualquer abordagem de fundo sobre o significado, conteúdo e função da tutela cautelar terá de ser ela mesma uma reflexão *no quadro do modelo processual* resultante da Constituição, *no sentido mais conforme ou maximizador dos respectivos princípios constitucionais*. Por outras palavras, uma reflexão sobre o sistema processual concreto, em geral, e a tutela cautelar, em especial, deve partir de *sólidos alicerces nos direitos fundamentais*.

É que apenas dentro das garantias processuais se pode buscar e encontrar, eventualmente, uma *justificação* funcional — uma necessidade, poder-se-á mesmo dizer — para a existência de um tipo de tutela autónomo como a tutela cautelar, com os caracteres que a distinguem da tutela definitiva. Mas, por inerência, será também dentro dessas garantias processuais que a mesma tutela cautelar, como toda a tutela processual, conhecerá os seus *referenciais-limite*: os parâmetros, positivos e negativos, da sua estruturação e do seu conteúdo.

Deste modo, *a tutela cautelar apenas se pode justificar quer do ponto de vista teleológico — a sua função —, quer do ponto de vista ontológico — o que é e o que não pode ser — nas garantias processuais*.

Esta afirmação preliminar é tanto mais importante quanto, com clara visibilidade desde os anos 60 do século passado, o processo civil tem sofrido os efeitos de forças significativas de mudança, como são a massificação quantitativa da litigiosidade e a aceleração do tráfego económico e, logo, do tráfego jurídico. Estes efeitos colocam novos desafios ao processo quanto à sua aptidão para, com respeito daqueles *referenciais-limite*, realizar efectivamente a sua função de exercício de direitos subjectivos litigiosos por via não privada — função cuja existência, constitui ela própria, e muito justamente, um direito fundamental como veremos nas páginas seguintes.

Justiça com as mesmas garantias e mais depressa — ou se quisermos, *depressa e bem* — assim se tem pedido ao processo, em geral, e, no que nos interessa, às providências cautelares em particular.

Cabe então apurar se a função constitucionalmente cometida à tutela cautelar se explica neste movimento evolutivo.

2. Alegada função de salvaguarda do efeito útil do processo

2.1. Doutrina estrangeira

I. KARPEN em curto estudo dedicado à tutela provisória no processo constitucional alemão escreve que o “fim principal da medida provisória [*einstweilige Anordnung*] é (...) em todas as espécies de processos a **salvaguarda da realização do processo ordinário**”, não sendo “nenhum tipo de processo especial e autónomo, mas apenas um **processo auxiliar** (...) da acção principal”⁵¹. E, entre nós o recente acórdão da Relação de Évora de 16/1/2006 proclama, de modo não inusual, que os “procedimentos cautelares visam uma composição provisória e instrumental que garanta a utilidade da tutela definitiva”⁵². Fazem-no, segundo o ac. RP 11/1/1996, ao impedir a “alteração da situação de facto existente entre as partes até que o litígio seja definitivamente solucionado na acção principal”, já que essa alteração pode provocar ao “presumível titular do direito (...) danos e prejuízos”⁵³.

Eis uma boa síntese do entendimento dominante quanto à função da tutela cautelar no quadro das exigências constitucionais, supranacionais e nacionais: a tutela cautelar justificar-se-ia, em termos *imediatos*, como **instrumento de salvaguarda do efeito útil de uma futura e eventual tutela principal e definitiva perante os prejuízos provocados pela passagem do tempo processual sobre o litígio**.

Desse modo, acrescentamos, prosseguiria em termos *mediatos* a **garantia de efectividade da tutela jurisdicional** afirmada entre nós no art. 20º, nº 4⁵⁴, conjugado com o seu nº 1 CRP⁵⁵.

⁵¹ *Der einstweilige Rechtsschutz im Verfassungsprozeß*, JuS 24/6 (1984), 456.

⁵² Ou ainda: os “procedimentos cautelares visam obter uma composição provisória do litígio, quando ela se mostre necessária para assegurar a utilidade da decisão, a efectividade da tutela jurisdicional, o efeito útil da acção” (RE 25/11/2004). No mesmo sentido associando as providências cautelares à eficácia da sentença final: STJ 23/2/1995.

⁵³ RP 28/9/1993. Também é paradigmática a declaração de que no “processo de providência cautelar não especificada apenas se pretendem evitar os prejuízos resultantes da demora inerente ao natural decurso das acções” (STJ 28/11/1996).

⁵⁴ Para “defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura (...) procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

Várias linhas convergem nesse sentido.

II. Assim, a nível comunitário, na sequência de um movimento jurisprudencial ⁵⁶, foi-se esboçando e consolidando o princípio de que a “*garantia jurisdicional plena e eficaz*” ⁵⁷, “*pressupõe, entre outras coisas, o direito a uma tutela cautelar*” pelo que esta “é uma exigência inerente à plena eficácia do Direito” ⁵⁸ e, por conseguinte, também “dos direitos subjectivos conferidos pelo Direito Comunitário” ⁵⁹. Para I. CELESTE FONSECA caminha-se, assim, para um *ius commune europeum* no âmbito das medidas

⁵⁵ “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”.

⁵⁶ Marcos miliários: TJCE *The Queen/Secretary of State for Transporte*, ex parte *Factortame* (C-213/89-19/6/1990) (cf. M. FERNANDA MAÇÃS, *A relevância cit.*, 344 e *A suspensão cit.*, 285; FERNANDEZ MARTIN, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjectivos derivados del derecho comunitario. Evolucion y alcance*, RIE 21/3 (1994), 861 ss.; BOYRON/BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, RFDA 10/1 (1994), 70-79; CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, 1995, 299 ss.; CONSOLO, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi, 1998, 289-298 = *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne*, DPAdm (1991), c. 261 ss; SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção cit.*, 120 ss.; M. GLÓRIA GARCIA, *Da exclusividade cit.*, 76; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão cit.*, 30-33; I. CELESTE FONSECA, *Introdução cit.*, 186-192), TJCE *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest/Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn* (143/88-21/2/1991) (cf. CAVALLINI, *Le juge cit.*, 362 ss.; SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção cit.*, 135 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão cit.*, 34-38; I. CELESTE FONSECA, *Introdução cit.*, 192-196) e TJCE *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH et alia (I)/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (C-465/93-9/11/1995) (cf. SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção cit.*, 149 ss.; M. GLÓRIA GARCIA, *Da exclusividade cit.*, 76; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão cit.*, 38-42; I. CELESTE FONSECA, *Introdução cit.*, 196-199).

⁵⁷ FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão cit.*, 44. Segundo o mesmo AUTOR, *idem*, 44, a tutela cautelar comunitária é imposta pelos princípios do primado, da interpretação e aplicação uniformes do Direito Comunitário na ordem interna e da interpretação conforme dos Direitos estaduais com a Ordem Jurídica comunitária.

⁵⁸ M. FERNANDA MAÇÃS, *A relevância cit.*, 344.

⁵⁹ FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão cit.*, 42; também, I. CELESTE FONSECA, *O processo cit.*, 246.

cautelares ⁶⁰, como aliás processualistas como BIAVATI ⁶¹ e NORMAND ⁶² têm defendido de *iure condendo*.

Identicamente, em Itália desde 1985 ⁶³ prevalece o entendimento de que o direito à tutela jurisdicional do art. 24º CRIt exige, na sua dimensão de efectividade temporal, um direito à tutela cautelar em que o “juiz possa decretar quaisquer procedimentos que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idóneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito” ⁶⁴, desempenhando uma *função instrumental da efectividade da tutela jurisdicional* ⁶⁵.

⁶⁰ *Introdução cit.*, 202. O próprio art. 39º RegTEDH enuncia que uma boa administração da justiça inclui o direito a medidas provisórias — cf. I. CELESTE FONSECA, *O processo cit.*, 247.

⁶¹ *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, 2003, 35 ss.e 147 ss.

⁶² *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea*, RDP 53/3 (1998), 690 e 691.

⁶³ Pelo ac. CCost 190 (28/6/1985), FI 108/I (1985), 1881 — cf. CARPI, *La tutela cit.*, 694 e 695; MONTELEONE, *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva “civilizzate” dalla Corte Costituzionale*, RDP 44/1 (1989), 12 ss; P. PISANI, [Anotação ao ac. CCost 190 (28/6/1985)], FI 108/I (1985), 1881 e P. PISANI, *LDPC* ⁵, 2006, 596 e 631; M. FERNANDA MAÇÃS, *A relevância cit.*, 340–341 e *A suspensão cit.*, 278–281; ANDOLINA/VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano* ², 1997, 68–69. Antes disso a jurisprudência constitucional, salvo o aresto CCost 284 (27/12/1974) — cf. CARPI, *La tutela cit.*, 688–689; M. FERNANDA MAÇÃS, *A suspensão cit.*, 278; P. PISANI, *LDPC cit.*, 596 — considerava que o “poder cautelar não constitui uma componente essencial para a tutela jurisdicional (...) mas a sua disciplina é pedida à lei ordinária, à qual compete regular a matéria” (CCost 63 (1/4/1982), FI 105/I (1982), 1215 = CCost 80 (29/3/1983), FI 106/I (1983), 1789 e CCost 8 (25/1/1984), FI 107/I (1984), 640.

⁶⁴ É a doutrina do dito ac. CCost 190 (28/6/1985) *apud* ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 69, com continuidade jurisprudencial em CCost 253 (23/6/1994), FI 117/I (1994), 2005, CCost 318 (13/7/1995), FI 118/I (1995), 3092 e CCost 249 (16/7/1996), FI 118/I (1996), 2607. A esta luz a tutela cautelar é vista como “condição de efectividade da noção constitucional de *processo equitativo* (sic)” (ANDOLINA/VIGNERA, *idem*, 71. Já MONTELEONE, *DPC* ³, 2002, 1096, tinha antes da reforma de 2005/2006 do CPC/It (cf. § 5º 2.3.2.M., II) visão dissonante: o art. 24º CRIt prefere e deseja a acção ordinária, e não a acção sumária ou a acção cautelar; estas, porque são diminuições de garantias, são admitidas apenas por serem, e na medida em que o sejam, conexas e coordenadas com a acção ordinária.

⁶⁵ R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 2001, 365. No mesmo sentido, P. PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generali*, FI 114/V (1991), 94; FAZZALARI, *IDP* ⁸, 1993, 50; ATTARDI, *DPC I* ³, 1999, 152; TARZIA,

Tal corresponde a pontos de vista processuais clássicos como os de CARNELUTTI e CALAMANDREI. No primeiro qualificava-se o processo cautelar como um processo que não tem uma função imediata de composição da lide, mas de “*imediatamente garantir o decurso ou resultado de um processo diverso*”⁶⁶, e apenas desse modo *mediato* conduzir aquela composição; no segundo falava-se em “*garantias da garantia*”⁶⁷.

Em Espanha, num quadro constitucional semelhante⁶⁸, o art. 721º, nº 1 LEC é claro na enunciação de que a parte activa poderá requerer ao Tribunal a “*adopção das medidas cautelares que considere necessárias para assegurar que a efectividade da tutela judicial possa conceder-se na sentença de mérito*”⁶⁹.

E, mais distante no espaço, TEORI ZAVASCKI escreve no Brasil que a “tutela cautelar tem por objecto peculiar a salvaguarda da utilidade do processo em que se presta a tutela cognitiva e executiva”⁷⁰.

Providências cautelares atípicas (Uma análise comparativa), RFD 40/1-2 (1999), 244; VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori* I, 2004, 45; ARIETA, *TDPC* III/1, 2005, 18, 23; F. VERDE, *I provvedimenti di urgenza*, 2005, 4 ss.; LUISO, *IDPC* 2, 2006, 12 e 289, 290. Por isso, segundo LUISO, *DPC* IV 3, 2000, 154, são inconstitucionais as normas que proíbem a tutela cautelar.

⁶⁶ *INPCI* I 3, 1942, 42. Visão reproduzida entre nós por RODRIGUES BASTOS, *NtCPC* II cit., 218 e 219.

⁶⁷ *Introduzione* cit., 22 (“strumenti dello strumento”).

⁶⁸ O direito à tutela jurisdicional efectiva previsto no art. 24º CE incluiria um direito fundamental à tutela judicial cautelar — cf. M. FERNANDA MAÇÃS, *A relevância* cit., 342-344; DÍEZ-PICAZO, *ComCE* III, 1996, Art. 24, 47 e 48; GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional* 3, 2001, 369; VALLESPÍN PEREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, 2002, 99-101 — o qual tem por função *assegurar a eficácia normal da eventual sentença* que se possa vir a obter na acção — cf. DÍEZ-PICAZO, *Art. 24* cit., 47 e VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 100.

⁶⁹ Funcionalidade repetida no art. 727º, al. 11ª LEC quando, após se arrolarem medidas cautelares específicas, diz-se que podem ser acordadas as “medidas legalmente previstas para a protecção de certos direitos ou que se estimem necessárias para assegurar a efectividade da tutela judicial que se possa conceder na sentença de mérito”. Já na vigência do art. 1428º LEC de 1881 também se associavam as cautelas à eficiência das decisões judiciais — cf. CUADRADO, *Las medidas* cit., 32.

⁷⁰ *Antecipação da tutela no processo civil* 4, 2005, 12. Também, FADEL, *Antecipação de tutela no processo civil* 2, 2002, 82, na linha de BERMUDEZ, *A reforma do Código de Processo Civil* 2, 1996, 28 (“a “medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra”) e de DINAMARCO, *A reforma do processo civil* 5, 2001, 330, 333 (“medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo (sic) de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da

III. Finalmente, também na Alemanha o *Bundesverfassungsgericht* tem defendido que a tutela provisória deve ser assegurada quando *sem ela prejuízos desrazoáveis e de outro modo não evitáveis se desenvolveriam* ⁷¹.

Por seu lado, na doutrina processualista são correntes afirmações de que a *einstweiliger Rechtsschutz* é parte integrante do direito à tutela jurisdicional (WALKER ⁷²), cumprindo uma “função de serviço ou instrumental [*dienende Funktion*] perante a tutela jurisdicional principal” ⁷³ ou de que ela é uma consequência de o Estado ter chamado a si o monopólio da jurisdição e da execução ⁷⁴, passíveis de não auxiliar o cidadão quando tardias ⁷⁵.

Essa função será, então, segundo WALKER, a de *garantir uma tutela jurisdicional efectiva* ⁷⁶ — “a celeridade e efectividade do processo” no dizer de TEPLIZKY ⁷⁷ — e, assim, indirectamente, a “realização do direito material” ⁷⁸.

A efectividade da tutela pode precisar de ser salvaguardada quando o credor corre perigo de prejuízos [“*Nachteilein*”] em resultado da passagem do tempo, segundo GRUNSKY ⁷⁹ e WALKER ⁸⁰, entre outros ⁸¹. A tutela cautelar surge assim, no dizer de

jurisdição”), afirma que a “finalidade ontológica do processo cautelar é a garantia e a segurança do resultado útil da prestação, que há-de ser efetiva, evitando-se que se torne inócua, pelo desaparecimento ou delapidação ou alienação ou deterioração do bem da vida, que é o objeto da pretensão das partes”. Cf., no mesmo sentido, MIRANDA GUIMARÃES, *A ação cautelar inominada*, 2001, 31 e 33 e 34.

⁷¹ Cf. DENNINGER, *[Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung]*, Isensee/Kirschhof V ², 2000, 311–312; PAPIER, *[Justizgewähranspruch]*, Isensee/Kirschhof VI ², 2001, 1230.

⁷² WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 1. identicamente, STARCK, *Mangoldt/Klein/Starck* I, Art. 19, 1999, Rdn. 483; HEINZE, *MüKoZPO* 3 cit., *Vor § 916*, Rdn. 10 ss.; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., *Vor § 916*, Rdn. 1.

⁷³ *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

⁷⁴ SCHLOSSER, *ZPR* II, 1984, Rdn. 236; ARENS / W. LÜKE, *Arrest* cit., 5; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 54; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 1. SCHWONBERG, em especial, coloca como dois pratos da mesma balança a proibição da autotutela e inerente monopólio judicial do Estado, de um lado, e a garantia de tutela jurisdicional efectiva, do outro lado, esta servindo-se da tutela cautelar (*idem*, 54).

⁷⁵ ARENS / W. LÜKE, *Arrest* cit., 5.

⁷⁶ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2, 3. No mesmo sentido, HORST, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG*, 1973, 97 e MICHALSKI, *ZPR* ², 2003, 268.

⁷⁷ *Arrest und einstweilige Verfügung*, *JuS* 20/12 (1980), 883.

⁷⁸ *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 65 e *Vor § 916* cit., Rdn. 3.

⁷⁹ *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, *JuS* 16/5 (1976), 277.

HEINZE, como “salvaguarda do *status quo* processual perante modificações que possam prejudicar ou colocar em perigo a realização do direito na acção principal”⁸² ou como “defesa dos direitos do autor perante a dimensão temporal do processo ordinário de mérito”⁸³.

Mas também actos processuais dilatórios por parte do réu justificariam ainda a necessidade de salvaguarda, segundo WALKER⁸⁴.

2.2. Doutrina nacional

I. Entre nós, a função cautelar de salvaguarda do efeito útil de uma acção foi classicamente afirmada por ALBERTO DOS REIS nos seguintes termos: “as providências cautelares visam a garantir a eficácia de uma decisão judicial a proferir, ou já proferida”⁸⁵. Tal entendimento terá até recebido reconhecimento expresso na nossa Constituição, segundo alguns. Assim, o art. 268º, nº 4 CRP garante, em sede de justiça administrativa aos “administrados *tutela jurisdicional efectiva* dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, *incluindo*, nomeadamente, (...) *a adopção de medidas cautelares adequadas*”⁸⁶, o que para RUI MEDEIROS e, menos expressamente GOMES CANOTIHO⁸⁷, significaria o seguinte: “tutela jurisdicional efectiva postula a adopção de um sistema de providência cautelares que *acautele o efeito útil da acção*, impedindo uma lesão grave e dificilmente reparável do direito ou interesse legalmente protegido que se pretende defender em tribunal”⁸⁸.

Já no campo ordinário, o art. 2º, nº 2 enuncia que a “todo o direito (...) corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele

⁸⁰ *Vor § 916 cit.*, Rdn. 2: a duração é tal que, de facto, o direito não é mais realizável.

⁸¹ Assim, LÜKE, *ZVR cit.*, 343; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz cit.*, 31; GEHRLEIN, *ZPR* 2, 2003, § 13, Rdn. 1.

⁸² *Vor § 916 cit.*, Rdn. 13.

⁸³ *MükoZPO* 3 cit., § 940, Rdn.2.

⁸⁴ *Vor § 916 cit.*, Rdn. 3.

⁸⁵ *A figura cit.*, 19.

⁸⁶ Esta referência à tutela cautelar foi colocada na Constituição no final dos anos 90 depois de vários acórdãos do TC concluírem, na área do contencioso administrativo, pela mera eventualidade da tutela cautelar, sem resultar do direito à tutela jurisdicional efectiva — cf. M. FERNANDA MAÇÃS, *A suspensão cit.*, 286–289, M. GLÓRIA GARCIA, *Os procedimentos cit.*, 205 e 206; A. DUARTE ALMEIDA/CLÁUDIO MONTEIRO/J. L. MOREIRA DA SILVA, *A caminho da plenitude da justiça administrativa*, CJA 7 (1997), 3–7.

⁸⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7 reimp. 2007, 2003, 499 e 503.

⁸⁸ *CPanot* 1, 2003, Art. 20º, XIII.

e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para *acautelar o efeito útil da acção*”, assim como os dele próximos arts. 2º, nº 1, e 112º, nº 1 CPTA ⁸⁹.

II. Por seu turno, as escassas reflexões civilistas feitas após ALBERTO DOS REIS sobre a função desempenhada pela tutela cautelar tendem também a ir no mesmo sentido.

Na doutrina menos recente, ANSELMO DE CASTRO referia a “função de *garantia de outra acção*” ⁹⁰, enquanto que para BARBOSA DE MAGALHÃES se tratava de “evitar que as decisões judiciais possam ser frustradas por aqueles contra quem se pretende propôr ou já se propôs uma acção ou uma execução” ⁹¹.

Actualmente, TEIXEIRA DE SOUSA justifica a tutela cautelar “sempre que seja necessário *assegurar a utilidade da decisão e a afectividade*” e, por isso, “na medida em que contribui decisivamente para o êxito dessa tutela, encontra o seu fundamento constitucional na garantia de acesso ao direito e aos tribunais” ⁹², enquanto MOITINHO DE ABREU, em sede de embargo de obra nova, considera que se “visa apenas *acautelar o efeito útil da acção* que tenha por fundamento o direito, ofendido ou ameaçado” ⁹³. Por seu turno, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA afirmam visar-se “*impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo a que a sentença nela proferida, sendo favorável perca toda a sua eficácia ou parte dela*” e, assim, que a “*sentença se não torne numa decisão puramente platónica*” ⁹⁴, expressão recentemente utilizada ⁹⁵.

⁸⁹ Art. 2º, nº 1 CPTA: o “*princípio da tutela jurisdicional efectiva* compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial (...) bem como a possibilidade (...) de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, *destinadas a assegurar o efeito útil da decisão*”; art. 112º, nº 1 CPTA: pode ser feita a solicitação da “providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se *mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo*”.

⁹⁰ DPCD I cit., 136.

⁹¹ *Processo* I cit., 104.

⁹² *Estudos* cit., 227. Já em 1989 este AUTOR escrevia em *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, 34 que só há interesse processual numa providência cautelar “se houver fundado receio de que o réu possa obstar, através da sua conduta, à utilidade prática de uma sentença favorável ao autor”.

⁹³ *Embargo* cit., 20.

⁹⁴ *MPC* cit., 23.

⁹⁵ Por PAIS DE AMARAL, *DPC* I cit., 25 e pelo ac. RL 9/12/1993.

Finalmente, REMÉDIO MARQUES fala numa função não autónoma de prevenção dos “perigos que, antes da propositura de uma acção ou durante o tempo em que esta se encontra pendente, possam comprometer os seus resultados”⁹⁶.

III. Também no campo do *processo administrativo* esta ideia é absolutamente central na respectiva doutrina.

Assim, para VIEIRA DE ANDRADE cabe-lhes “assegurar a utilidade da lide”⁹⁷, o que M. FERNANDA MAÇÃS propugna quando escreve que a “tutela judicial não será efectiva sem medidas cautelares adequadas que *garantam a utilidade de uma eventual sentença final favorável*”⁹⁸, já que elas “asseguram provisoriamente a integridade dos bens ou a situação jurídica litigiosa e têm como objectivo evitar que o tempo necessário para obter a sentença final não termine por esvaziar (...) o conteúdo do direito exercido, garantindo, consequentemente, a execução real e efectiva das sentenças”⁹⁹.

No mesmo sentido, vão: M. GLÓRIA GARCIA, que as refere como as “providências necessárias para *acautelar o efeito útil*” das acções destinadas ao reconhecimento dos direitos e interesses legítimos”¹⁰⁰, I. CELESTE FONSECA — a tutela cautelar “é um tipo de tutela que serve, primeiro que tudo, para *garantir efectividade a uma forma de tutela jurisdicional principal*”¹⁰¹, ao impedir “que se formem situações de facto definitivas, consumadas e irreversíveis para o futuro” e, assim, obstando a que a “passagem do tempo, só por si mesma, decida definitivamente a questão”¹⁰², ao “assegurar interinamente a efectividade de uma sentença principal”¹⁰³ — e C. AMADO GOMES, que, acolhendo a doutrina processualista de ALBERTO DOS REIS, entende que a “medida cautelar suporta uma decisão de carácter provisório que permitirá ao autor *assegurar o conteúdo útil da sentença final*” ou processo principal, sendo acessória desta pois “depende materialmente da existência deste último, cuja utilidade do resultado final salvaguarda”¹⁰⁴.

⁹⁶ *Acção* cit., 104–105.

⁹⁷ *Tutela cautelar* cit., 46 = *A justiça* cit., 343.

⁹⁸ *As medidas* cit., 450.

⁹⁹ *A relevância* cit., 330 = *Tutela* cit., 52.

¹⁰⁰ *Os procedimentos* cit., 206.

¹⁰¹ *A Urgência* cit., 88; ainda, relacionando o processo cautelar comum do CPTA com a tutela judicial efectiva, *O Processo* cit., 239 ss. e 261 ss.

¹⁰² *A Urgência* cit., 89 ou, ainda, na sua *Introdução* cit., 66 onde escreve que a “urgência cautelar decorre da ameaça de perda irreparável do *status quo* sob que incide esse processo e cuja sentença final poderá ser provavelmente inútil, por inexistência do objecto, devido à sua demora”.

¹⁰³ *Dos novos processos* cit., 45.

¹⁰⁴ *À espera* cit., 51 e 52.

Os procedimentos cautelares fariam, por isso, “parte do conteúdo essencial do direito à tutela judicial efectiva” (M. FERNANDA MAÇÃS ¹⁰⁵) — seriam “exigidos”, segundo M. AROSO ALMEIDA ¹⁰⁶ —, do qual são “uma dimensão particular” para M. GLÓRIA GARCIA ¹⁰⁷, o que M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA defendem também quando escrevem que o direito à tutela judicial efectiva se desdobra em tutelas declarativa, executiva e cautelar, esta como “*garantia do efeito útil da decisão*” ¹⁰⁸.

3. Instrumentalidade hipotética ou não autonomia na concretização processual

I. A alegada função de garantia do efeito da futura acção que estaria reservada às providências cautelares é tradicionalmente referida na doutrina e jurisprudência como **instrumentalidade** ¹⁰⁹ **entre a medida cautelar e acção final** consistindo na existência de uma relação *meio/fim* ¹¹⁰, *acessoriedade* ¹¹¹, *complementaridade* ¹¹², *pré-ordenação*

¹⁰⁵ *A relevância* cit., 339. Ideia repetida em *A suspensão* cit., 271 ss, 291 ss, 291, *Providências* cit., 115–122 e *A tutela* cit., 52, 54.

¹⁰⁶ *O novo regime* cit., 295.

¹⁰⁷ *Os procedimentos* cit., 206.

¹⁰⁸ *CPTA* cit., 109. Além dos AUTORES referidos no texto principal, vão ainda neste sentido: R. LEITE PINTO, *Intimação* cit., 37; P. ROMANO MARTINEZ, *Intimação* cit., 59; TIAGO SILVEIRA, *O princípio* cit., 415; C. FERNANDES CADILHA, *Intimações* cit., 62; M. REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo I*, 1999, 482; BARBOSA DE MELO, *Parâmetros constitucionais da justiça administrativa*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 387 e 389; RIBEIRO DE ALMEIDA, “*Crítica da razão legislativa*”: *a reforma das medidas cautelares na justiça administrativa*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 737 e 738, implicitamente; TIAGO AMORIM, *As providências* cit., 44; FERMIANO RATO, *Contencioso administrativo. Novo regime explicado e anotado*, 2004, 289.

¹⁰⁹ ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 21. Na jurisprudência: RL 30/1/1990; STJ 11/3/1992, STJ 9/6/1992, STJ 20/5/1993, STJ 13/10/1993, STJ 28/10/1993, STJ 18/2/1999, STJ 23/9/1999, STJ 19/10/1999, RP 28/10/1999, STJ 18/11/1999.

¹¹⁰ CUADRADO *Las medidas* cit., 39; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO *LDPC* cit., 368 e 369; COURTNEY, *Mareva injunctions and related interlocutory orders*, 1998, 121. Tratam-se de uma forma de *tutela acessória ou dependente (ancillary relief)* para um direito substantivo que será causa de pedir de uma acção de mérito (*pre-existing cause of action*), escreve ainda COURTNEY, *idem*, 122, citando a jurisprudência.

¹¹¹ TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, RDP 40/2 (1985), 245: as providências cautelares “têm uma função acessória, subsidiária da futura jurisdição de mérito, instrumental à futura estatuição judicial”.

¹¹³, subordinação ¹¹⁴, vinculação ¹¹⁵, dependência ¹¹⁶ ou serventia funcional ¹¹⁷ entre as providências cautelares e a acção em que se conhecerá de modo completo e definitivo o objecto do litígio.

O “procedimento cautelar é instrumental, (...) não apenas no sentido em que se diz que todo o processo é instrumental (...) mas além disso como instrumental em relação aos restantes processos (definitivos)” escreve CASTRO MENDES ¹¹⁸, glosando uma afirmação que se encontra em PALMA CARLOS ¹¹⁹, recentemente retomada por CURA MARIANO ¹²⁰. Ele “pressupõe outra acção — a acção principal ¹²¹ — instaurada ou a instaurar” ¹²² o que leva LEBRE DE FREITAS a falar de “**instrumentalidade em**

¹¹² LIEBMAN, *MDPC* 7, 2007, 202.

¹¹³ FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, RDP 43/3 (1988), 894; ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, 2004, 165.

¹¹⁴ MANUEL RODRIGUES, *Lições* cit., 15; LUSO SOARES, *PCDecl* cit., 214. Identicamente: RL 1/7/1993, STJ 12/5/1994.

¹¹⁵ CUADRADO, *Las medidas* cit., 34-35 e 39, fala em “relación de servicio”.

¹¹⁶ SANTOS SILVEIRA, *Processos* cit., 21; RL 15/1/1991, RP 27/5/1993, RL 1/7/1993, RL 29/1/2004, RL 29/9/2005, Falando em interdependência, M. DINI, *La denuncia de nuova opera* 5, 1985, 76 e E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro* 7, 1997, 66.

¹¹⁷ ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 20 “o processo cautelar é posto ao serviço (sic) dum outro processo”; M. DINI, *La denuncia* cit., 50: a providência cautelar “nasce ao serviço” da providência definitiva; P. PISANI, *LDPC* cit., 600: “as providências cautelares nascem como institucionalmente serviços (...) em relação ao processo de cognição plena”. Na jurisprudência: RL 20/6/1991 = RL 11/3/1997 (o “procedimento cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal”).

¹¹⁸ *DPC* I cit., 253.

¹¹⁹ Se “todo o processo é instrumental, esta característica não é específica do proceso cautelar” (*Procedimentos* cit., 240).

¹²⁰ Ele tem uma “função meramente instrumental que as distingue das providências definitivas (...) não a instrumentalidade que qualquer processo reveste perante o direito substantivo (...), mas uma instrumentalidade relativa a essa tutela de cariz definitivo” (*A providência* cit., 15 e 16).

¹²¹ VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça* cit., 344, a instrumentalidade é “dependência, na função e não apenas na estrutura, de uma acção principal”; ac.TC 739/98 (16/12/1998): “o procedimento cautelar é um meio processual de natureza transitória, sempre dependente da “*causa que tenha por fundamento o direito acautelado*”.

¹²² PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 240. Identicamente, PAIS DE AMARAL *DPC* cit., 27: o “procedimento cautelar pressupõe sempre um processo definitivo”.

segundo grau”¹²³, enquanto BARBOSA DE MAGALHÃES aludia a uma “função de garantia *subsidiária*”¹²⁴.

E porque essa dependência ou conexão apenas se estabelece porque se baseia “na hipótese de uma futura composição definitiva, favorável ao requerente”¹²⁵, trata-se de uma **instrumentalidade** que é **hipotética**¹²⁶, “pois através do processo cautelar se tomam medidas de segurança de um direito, *admitindo* que na acção principal ele será dado por existente”¹²⁷.

II. Pela instrumentalidade se explicariam a *necessidade de ser instaurado ou de ter de vir a ser instaurado um processo principal* — o “procedimento cautelar é sempre dependência da causa [declarativa ou executiva] que tenha por fundamento o direito acautelado” (art. 383º, nº 1) —, a *sumariedade da prova e a sua não influência sobre a prova futura* — cf. arts. 384º, nº 1 e 383º, nº 4, respectivamente — e a *mera necessidade de demonstração de probabilidade séria da existência do direito e da suficiência do receio*, de acordo com o art. 387º, nº, nº 1.

Pela instrumentalidade se explicaria, ainda, a *provisoriedade intrínseca* das providências cautelares — “a providência cautelar (...) só dura enquanto não é proferida a decisão final” dizia ALBERTO DO REIS¹²⁸ — formalizada em regras gerais de caducidade por falta de propositura ou de prosseguimento da acção principal, como o art. 389º¹²⁹ ou o art. 669 *novies*, 1ª al. CPC/It¹³⁰.

¹²³ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 48.

¹²⁴ *Natureza* cit., 25.

¹²⁵ CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 254.

¹²⁶ ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 21. No mesmo sentido, LUSO SOARES, *PCDecl* cit., 214 e LEBRE DE FREITA, *SRepetição de providência e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar*, ROA 57/I (1997), 471. Na jurisprudência: RL 15/1/1991 (a providência é “emitida na pressuposição ou na previsão da hipótese de vir a ser favorável ao autor a decisão a proferir no processo principal

¹²⁷ PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 240.

¹²⁸ *CPC* I cit., 626. Identicamente, CARNELUTTI, *Durata del provvedimento cautelare*, Studi di diritto processuale civile IV, 1939, 179; SANTOS SILVEIRA, *Processos* cit., 16 e 17; PAIS DE AMARAL, *DPC* cit., 29. Na jurisprudência: STJ 11/3/1992.

¹²⁹ Identicamente fundando a duração da providência cautelar e o seu regime de caducidade na natureza instrumental, ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 136. A propósito de regime semelhante do CPTA, visto precisamente como “instrumentalidade estrutural”, vide VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça* cit., 362.

¹³⁰ Neste sentido, associando provisoriedade e instrumentalidade: MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 333–334; CECHELLA *I processo* cit., 112; MONTESANO/ARIETA *DPC* III³, 1999, 358.

Enfim: o que for *decidido* cautelarmente não pode vincular ou esvaziar, de direito ou de facto, o que possa ser *decidido* na acção principal, como se procura expressar no nº 4 do art. 383º. Ou seja: inversamente à providência cautelar, a acção principal é “logicamente independente”¹³¹, o que em França se resume na regra da proibição de a decisão do juiz dos *référés* de “causar prejuízo à acção principal [faire préjudice au principal]”¹³², equivalente ao *Verbot des Vorwegnahmes der Hauptsache* alemão¹³³.

Como diz CURA MARIANO, o “seu nascimento, a sua vida e sua morte estão dependentes do processo do qual são dependentes”¹³⁴.

III. No limite, bem se pode dizer com MONTELEONE¹³⁵ que “se não existisse a acção ordinária, a providência cautelar seria desprovida de qualquer função e consistência”. Ou, como escreveu CARNELUTTI¹³⁶ “o processo cautelar, ao contrário do processo definitivo, não pode existir por si próprio; o processo definitivo não supõe o processo cautelar, mas o processo cautelar supõe o processo definitivo”.

Por isso, não são de estranhar conclusões como as de que da providência cautelar é de excluir a “natureza jurídica de acção”¹³⁷, ou de que não é uma acção autónoma de tutela autónoma de direitos, mas uma “mera acção”¹³⁸, enquanto tutela formal de um direito cuja existência ainda é incerta, que por sua vez será objecto da acção principal, e, logo, uma *mera garantia do direito de acção*, esse, sim, previsto constitucionalmente¹³⁹. Ou ainda de que “não é (...) um processo autónomo”¹⁴⁰ ou “não tem existência a se”¹⁴¹.

¹³¹ LUSO SOARES, *PCDecl* cit., 214.

¹³² ESTOUP, *La pratique* cit., 28.

¹³³ Cf. § 5º 2.3.2.K., II.

¹³⁴ *A providência* cit., 15 e 16.

¹³⁵ *DPC* cit., 1150. Na nova edição de 2007, posterior à reforma de 2005/2006 o autor suprime a afirmação.

¹³⁶ *INPC/I* cit., 43.

¹³⁷ LEBRE DE FREITAS, *Repetição* cit., 473, dado o seu carácter instrumental. Neste sentido, RL 1/2/1994: os “procedimentos cautelares não são acções e não têm autonomia”.

¹³⁸ CHIOVENDA, *IDPC I* reimp. 1960, 1933, 250; Identicamente, ZANZUCCHI, *DPC I* 6, 1964, 165.

¹³⁹ MONTELEONE, *DPC* cit., 1150; LUISO, *DPC IV* cit., 155. Ainda, no sentido de ser uma mera acção, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 14 e 15.

¹⁴⁰ PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 240. Identicamente, LOPES CARDOSO, *Projectos de revisão do Código de Processo Civil I*, 1958, 99 e SOUSA PINHEIRO, *O procedimento cautelar comum no direito processual do trabalho*², 2007, 24–25.

¹⁴¹ MOITINHO DE ALMEIDA, *Os processos* cit., 23.

Mais radicalmente ainda, tratar-se-ia de um “simples instrumento” das “decisões definitivas”¹⁴² ou de uma “mera [...] medida [...]”¹⁴³, “mero preliminar” ou “mero incidente”¹⁴⁴, ou mesmo de meros “expedientes jurídicos”¹⁴⁵.

¹⁴² CURA MARIANO, *A providência* cit., 15–16.

¹⁴³ ANSELMO DE CASTRO, *DPCD I* cit., 130.

¹⁴⁴ ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *MPC* cit., 24.

¹⁴⁵ J. RAMOS PEREIRA, *Prontuário II* cit., 15, terminologia justificada pelo AUTOR em face da “descaracterização conceitual que tem sofrido” esta tutela, o que é inequívoco: há uma *constante linha de despromoção nominal* desta tutela desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1961. Efectivamente, as antigas *acções conservatórias* dos art. 2º, § 3º do Código de Processo Civil de 1876 — expressamente, nos arts. 357º ss.(conciliação, depósitos e protestos, embargo ou arresto, embargo de obra nova, alimentos provisórios) e avulsamente, segundo ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário* cit., 80 = *Processo ordinário e sumário I* cit., 227 e 228 (ainda *A figura* cit., 39–41) na acção de prevenção contra o dano (art. 487º), na acção possessória de prevenção (art. 492º), na acção destinada a exigir a prestação de caução (art. 510º), na acção de reforço de hipoteca, penhor ou fiança (arts. 518º ss), nas citações cominatórias dos arts. 638º, na imposição de selos (art. 675º), no arrolamento (art. 680º) e na providência cautelar incidental de acção sobre bens imóveis (STJ 7/2/1941, RLJ 74 (1941), 79), prevista no art. 288º CPC/1867 de tutela de direitos reais e depois mantida no art. 407º CPC/39 — que eram até então tidas como *actos preventivos e preparatórios* com a função de “manter a posse ou fruição de direitos ameaçados” segundo ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário* cit., 79 e 80 = *Processo ordinário e sumário I* cit., 226), foram a partir daí relegadas para meras *providência cautelares*, como ainda se constata, acompanhadas da supressão no art. 4º da referência às acções conservatórias como espécie autónoma. Outro tanto sucedeu com as *acções conservatórias* do art. 4º, corpo e al. c) CPC/39 — reguladas expressamente como *processos preventivos e conservatórios* nos arts. 386º a 455º CPC/39 (alimentos provisórios, restituição provisória de posse, suspensão de deliberações sociais, providências cautelares, embargo de obra nova, imposição e selos e arrolamento, cauções, depósitos e protestos) e avulsamente previstas ainda, segundo BARBOSA DE MAGALHÃES, *Processo I* cit., 105–106, enquanto “acções de prevenção de posse e contra o dano, a suspensão do poder paternal e o depósito de menores”.

Esta mudança teve lugar porque a “apreciação e o julgamento das providências preventivas obedecem a uma estrutura muito diferente das verdadeiras acções, principalmente no que respeita à fase instrutória de uma e outras” (ANTUNES VARELA, *Do Anteprojecto ao Projecto do Código de Processo Civil*, RLJ 122 (1989–1990), 297), algo também implícito em ALBERTO DOS REIS para quem a imposição de selos, o arrolamento, o embargo de obra nova, e os depósitos e protestos “não são propriamente acções” (*Processo ordinário* cit., 228) por serem “actos preparatórios dum acção, podendo apresentar-se sob a forma de incidentes” (*CPC I* cit. 23).

Por isso, as providências cautelares são, em última instância, *terra desconhecida*: “não são verdadeiras acções, nem comuns nem especiais, nem declarativas nem executivas” ¹⁴⁶. No dizer de HEINZE ¹⁴⁷, não comportariam, sequer, objecto processual, pois o seu exercício é o mero exercício do próprio direito à tutela jurisdicional, despido de específico objecto substantivo, sendo a questão do seu objecto “obsoleta” ¹⁴⁸, em particular se a acção principal já está pendente.

¹⁴⁶ M. DOS PRAZERES BELEZA, *Impossibilidade* cit., 342. identicamente, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2, 1: “não se trata, rigorosamente, de acções”.

¹⁴⁷ *Vor § 916* cit. Rdn 33 e 34.

¹⁴⁸ *Idem*, Rdn. 34.

§ 3º EXERCÍCIO DA DÚVIDA METÓDICA

1. Quanto à função

1.1. Objecto: efeito útil da acção definitiva?

I. A bondade e o conteúdo deste entendimento sobre a função cautelar não podem ser dadas como certas, carecendo de serem demonstradas por nós mesmos. A este propósito surgiram-nos duas dúvidas respeitantes ao objecto e à eficácia da tutela cautelar.

A primeira dessas dúvidas reside em que a doutrina e jurisprudência antes referidas colocam sempre como *objecto da tutela cautelar* a própria tutela jurisdicional, algo que se poderia considerar como constituindo uma ***perspectiva objectivista***, usando a terminologia administrativista usada recentemente por TIAGO ANTUNES ¹⁴⁹, ou ***perspectiva processual***, usando terminologia nossa. Nesta perspectiva a tutela cautelar só existiria porque existe uma tutela plena ou definitiva que é insuficiente na sua gestão do tempo, sentindo-se os efeitos da tutela cautelar na efectividade dessa tutela jurisdicional. Nesta perspectiva, dir-se-á com DINAMARCO que as medidas cautelares “são medidas de apoio ao *processo*”, por contraposição às medidas antecipatórias, de apoio “às *pessoas*” ¹⁵⁰; ou, com ARIETA ¹⁵¹, em termos semelhantes, que enquanto na tutela cautelar é “dominante o perfil *objectivo*, já que deve assegurar-se a efectividade da futura tutela jurisdicional”, na normal tutela das acções a “efectividade da tutela se caracteriza sob o perfil eminentemente *subjectivo*”.

Ora, será mesmo assim?

É que, o que se lê no nosso art. 381º, nº 1, é completamente diferente: admite-se a concessão de “providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do *direito ameaçado*”. Ou seja, a lei processual civil coloca o acento tónico no direito *subjectivo*, naquilo que pode qualificar-se, sem grande compromisso, como uma ***perspectiva subjectivista*** ou ***perspectiva material*** ¹⁵²: a

¹⁴⁹ *A tutela cit.*, 53: a tutela cautelar prossegue o interesse público da “autoridade dos tribunais enquanto órgãos de soberania (...) bem como o respeito pela legalidade objectiva”.

¹⁵⁰ *A reforma cit.*, 334. O AUTOR está a referir-se às acções de tutela antecipatória, como uma injunção, por exemplo.

¹⁵¹ *TDPC III/1 cit.*, 18.

¹⁵² Terminologia de TIAGO ANTUNES, *A tutela cit.*, 52.

tutela cautelar existe, porque o direito está em situação de ameaça e os efeitos da tutela cautelar sentem-se na efectividade do direito em si mesmo. Mais: no Código de Processo Civil de 1939 o art. 2º, que era o correspondente ao actual art. 2º, nº 2, estatuiu que a “todo o direito (...) corresponde uma acção, destinada a *fazê-lo acautelar* ou reconhecer e torná-lo efectivo”. É agora no art. 2º, nº 2 que se passa a aludir a “*acautelar o efeito útil da acção*”.

Por outro lado, em sede de providência cautelar típica de embargo de obra nova constata-se que o próprio sujeito interessado pode, segundo o nº 2 do art. 412º, “também fazer directamente o embargo [de nova obra] por via extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o dono da obra, ou, na sua falta, o encarregado ou quem o substituir para a não continuar”. Se assim for é difícil não defender que **o que sujeito está a salvaguardar**, por via de um meio legalmente admitido de *autotutela*, **é o próprio direito subjectivo**. Ora, se é assim, então será contraditório que essa actuação privada, uma vez ratificada pelo tribunal (cf. nº 3 do art. 412º), passe a ter como objecto o efeito útil da acção que se haja de instaurar como sucederia — única consequência coerente por passar a valer como providência cautelar de embargo de obra nova?

II. Mais: mesmo ao nível constitucional pode dizer-se que, em termos meramente literais, *em nenhum ponto do nº 4 do art. 268º CRP se garante uma tutela cautelar que seja, por sua vez, uma garantia do efeito útil da tutela jurisdicional*.

Não: o que se diz simplesmente é que se garante a tutela jurisdicional efectiva de direitos e interesses legalmente protegidos, “*incluindo* [itálico nosso], nomeadamente” nessa tutela a “adopção de medidas cautelares adequadas”. Ou seja: *as medidas cautelares adequadas a cumprirem uma função de meio de tutela jurisdicional*, como os demais.

Este aspecto foi, aliás, muito bem notado por TIAGO ANTUNES que afirma precisamente que “até a própria Constituição parece favorecer um entendimento subjectivista, colocando a tutela cautelar ao serviço da defesa e protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados”, sendo “inegável que — embora o preceito não o diga expressamente — as medidas cautelares deverão ser adequadas à tutela jurisdicional efectiva” destes direitos e interesses e não adequadas às sentenças e, em geral, às acções judiciais ¹⁵³.

Tal é, aliás, conforme a jurisprudência que dá a entender que *a tutela proporcionada nas medidas provisórias é para os direitos e não para a acção de fundo em si mesma* ¹⁵⁴.

¹⁵³ A *tutela* cit., 52.

¹⁵⁴ Assim, o ac. TJCE *Reichert et Kockler/Dresdner Bank* (C-261/90-26/3/1992) que declarou que para efeitos do art. 24º CBruX são medidas provisórias ou cautelares “as

III. Esta mesma centralidade do direito subjectivo, enquanto objecto da tutela cautelar, colhe-se em alguma da doutrina, umas vezes de modo expreso e inequívoco, outras de modo equívoco, em conjunto com uma perspectiva objectivista.

Exemplos de perspectivas subjectivistas claras são as posições de CALVOSA quando afirma que “as providências cautelares (...) não têm como sua específica função garantir a realização eficaz da decisão definitiva de mérito” ¹⁵⁵ e de ARIETA para quem a função da tutela cautelar atípica é a “*salvaguarda da situação jurídica acautelanda* (...) por tudo o tempo necessário para propor a a tutela ordinária” ¹⁵⁶.

Mas, cristalina é a posição de OVÍDIO BAPTISTA: “a tutela cautelar não tem por objectivo a protecção da função jurisdicional, e sim do direito da parte que (...) não poderia legalmente ser satisfatoriamente tutelado por meio da jurisdição ordinária” ¹⁵⁷.

Já entre os nossos processualistas há que recuar até 1907 quando ALBERTO DOS REIS distinguia as acções, quanto ao fim, entre conservatórias e persecutórias, sempre centrado na tutela do direito: “*se o direito está apenas ameaçado, a acção destinada a protegê-lo é conservatória*; se o direito já foi violado, a acção tendente a obter a sua reparação é persecutória” ¹⁵⁸. Identicamente, BARBOSA DE MAGALHÃES, já em sede de Código de 1939, a propósito da “jurisdição conservatória” ¹⁵⁹ ou acções conservatórias do art. 4º, al. c) CPC/39 — e que o AUTOR preferia denominar de *acções* ¹⁶⁰ ou *processos* ¹⁶¹ *preventivos* — admitia que esta além de evitar a frustração das decisões judiciais servia em geral para “prevenir ou acautelar um prejuízo “ ou ainda “evitar a continuação de actos ofensivos do direito, de que o autor se arroga” ¹⁶².

Finalmente, na doutrina administrativista observam-se posições bastante afirmativas neste sentido: M. GLÓRIA GARCIA fala da tutela cautelar como “forma de *garantir a*

medidas que (...) se destinam a manter uma situação de facto ou de direito a fim de *salvaguardar direitos* cujo reconhecimento é, por outro lado, pedido ao juiz da questão de fundo (cf. TEIXEIRA DE SOUSA/MOURA VICENTE, *ComCBruX*, cit., 136); por seu turno o ac. STJ 7/11/1990 alude a um “justo receio [no arrolamento] de ver extraviados ou dissipados os bens ou documentos, e, portanto, *esvaziado de conteúdo útil o seu direito*”.

¹⁵⁵ CALVOSA, *Provvedimenti d’urgenza*, NssDI XIV (1967), 448.

¹⁵⁶ *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, RDP 39/2 (1984), 591.

¹⁵⁷ *Do processo cautelar* ³, 2006, 31.

¹⁵⁸ *Processo ordinário* cit., 80 = *Processo ordinário e sumário* I cit., 227 = *CPCanot* I cit., 23. No mesmo sentido, PAULO CUNHA, *Lições* cit., 166.

¹⁵⁹ *Processo* I cit., 104.

¹⁶⁰ *Processo* I cit., 105.

¹⁶¹ *Natureza* cit., 15.

¹⁶² *Processo* I cit., 104.

efectividade da posição jurídica” do autor ou “efeito útil do direito a tutelar em juízo” ¹⁶³, justificada no “princípio da plenitude da tutela dos direitos e interesses dos particulares” ¹⁶⁴; A. PEDRO CAFÉ vai mais longe e afirma que a “providência cautelar não é uma forma secundária ou acessória de tutela do direito” mas “a *única e definitiva possibilidade da realização do direito do requerente*” impossibilitado “de o efectivar se não tiver acautelado em tempo e forma úteis” ¹⁶⁵.

IV. Simetricamente, exemplos de uma perspectiva subjectiva mista ou, pelo menos, implícita, acham-se com mais frequência no processo civil.

Por exemplo, na Alemanha os mesmos WALKER e GRUNSKY que vimos defender que a *einstweiliger Rechtsschutz* é parte integrante do direito à tutela jurisdicional ¹⁶⁶, cumprindo uma “função de serviço ou instrumental perante a tutela jurisdicional principal”, entendem, porém, que, desse modo, ao mesmo tempo faz-se *indirectamente* a “realização do direito material” ¹⁶⁷. E mais: qualificam o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* como verdadeiras acções declarativas ¹⁶⁸, pois o “*Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* também servem a aplicação dos direitos subjectivos materiais” ¹⁶⁹ estando, por isso, por exemplo, sujeitos às mesmas regras de distribuição do ónus da prova ¹⁷⁰.

Mas mesmo na doutrina italiana se afirma algo de parecido quer na abordagem clássica — as medidas cautelares retiravam a sua razão de ser da existência de um “*perigo de dano jurídico*, derivado da demora da providência jurisdicional definitiva” ¹⁷¹ ou do “temor de um dano jurídico, ou seja a *iminência de um possível dano a um direito ou um possível direito*” ¹⁷² — quer na abordagem moderna — a “*potestá cautelar [tem] o papel de componente necessária da função jurisdicional, senão mesmo a capacidade de ser uma condição essencial de efectividade (sic) da tutela jurisdicional*”, ao “remover ao direito o temor de um incumbente dano jurídico” escrevem

¹⁶³ *Da exclusividade* cit., 74 e 76, respectivamente.

¹⁶⁴ *Os meios cautelares* cit., 44.

¹⁶⁵ *O processo dos tribunais administrativos. Unidade ou pluralidade de formas processuais*, Reforma do contencioso administrativo I cit., 754.

¹⁶⁶ *Vor § 916* cit., Rdn. 1 e *Vor § 916* cit., Rdn. 1, respectivamente.

¹⁶⁷ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

¹⁶⁸ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 74 = *Vor § 916* cit., Rdn. 7; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 5.

¹⁶⁹ GRUNSKY, *Stein/Jonas 9* cit., § 920 cit., Rdn. 10.

¹⁷⁰ GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 10.

¹⁷¹ CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 15, para logo de seguida, *idem*, 21, afirmar que instrumentalidade ou serviço da tutela cautelar perante o processo final não são um fim em si mesmo.

¹⁷² CHIOVENDA, *IDPC* I cit., 250.

COMOGLIO/FERRI/TARUFFO ¹⁷³) e o sequestro conservativo, correspondente ao nosso arresto, “por um lado é expressão de um poder substantivo conferido ao credor para tutela do direito de garantia geral” e “por outro, como qualquer outra medida cautelar, (...) é instrumental da acção dirigida a fazer valer o direito [à garantia geral] em juízo” para CANTILLO/SANTANGELI ¹⁷⁴.

V. Uma tal perspectiva emerge mesmo na doutrina anglo-saxónica onde COURTNEY a propósito do uso da *Mareva Injunction* ¹⁷⁵ no direito irlandês, muito próximo do britânico, escreve que uma *interlocutory injunction* ou *interim remedy* serve para garantir a preservação “do *status quo* pendente durante a apreciação pelo tribunal dos direitos das partes” e a “*protecção a que tem direito para a sua causa de pedir*” [na acção principal] ¹⁷⁶, enquanto nos Estados Unidos, as semelhantes *temporary restraining orders* (TRO) e *preliminary injunctions* ¹⁷⁷ são vistas por O’CONNELL como tendo um objecto “preventivo, por natureza” ¹⁷⁸: *preservação da propriedade ou direitos litigiosos, i.e.*, manter o *status quo* entre as partes ¹⁷⁹.

Enfim em França ESTOUP escreve que foi “porque o processo ordinário perante o tribunal era *demasiado lento* para permitir tomar, em tempo útil, as medidas requeridas pela urgência de certas situações que foi criado o procedimento rápido do *référé*” ¹⁸⁰.

VI. Entre nós, parece ser também essa a ideia de LOPES DO REGO ¹⁸¹, ao afirmar que a redacção do preceito do nº 1 do art. 381º “inculca expressamente que a matriz essencial da justiça cautelar é o *asseguramento do princípio da efectividade da tutela jurisdicional*, de modo a permitir que o *titular de todo e qualquer direito possa obter*, em tempo útil e na medida do possível, *o que o respectivo conteúdo o autoriza a fruir*”. Mais: as providências cautelares não especificadas dos arts. 380º ss. são, para aquele AUTOR, “uma verdadeira ‘acção cautelar geral’”, como “tutela provisória do direito controvertido”, correspondente ao exercício “um poder genérico de requerer as medidas

¹⁷³ LDPC cit., 366.

¹⁷⁴ *Il sequestro nel processo civile*, 2003, 70 e 71.

¹⁷⁵ Cf. § 5º 2.3.1., I A).

¹⁷⁶ *Mareva* cit., 122, citando jurisprudência.

¹⁷⁷ Cf. § 5º 2.3.2.A, VI.

¹⁷⁸ *Remedies in a nutshell* ², 1985, 34.

¹⁷⁹ Expressão muito corrente na jurisprudência e doutrina americanas, usada por BROOKS/SCHWARTZ, *Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine*, SLR 58 (2005), 389, num estudo crítico desta visão tradicional.

¹⁸⁰ *La pratique* cit., 28.

¹⁸¹ *ComCPC I* cit., 343.

cautelares mais adequadas à *garantia de efectividade de todo e qualquer direito ameaçado*”¹⁸².

Mas já LEBRE DE FREITAS é claramente ambivalente quanto ao objecto da tutela cautelar quando escreve que o *periculum in mora* leva a que a lei faculte ao autor “a solicitação de providências de natureza provisória, que acautelem o seu direito ou, mais latamente, o *efeito útil da acção* (sic)”¹⁸³.

Essa ambivalência é mais clara em CÉLIA PEREIRA¹⁸⁴ para quem se a “segurança jurídica apela a que os efeitos das medidas cautelares sejam reduzidos à *função de garantia da utilidade da decisão definitiva*, previndo-se os prejuízos de difícil reparação, ou até mesmo irreparáveis”, contudo esta função não é um fim em si mesmo pois as providências cautelares são “meios que *permitem acautelar o direito* invocado na acção principal, procurando *evitar-se o risco de lesão do mesmo ou a atenuação dos prejuízos* provenientes da demora natural da decisão definitiva”¹⁸⁵.

E, finalmente, também para M. FERNANDA MAÇÃS a providência cautelar da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos desempenha “uma *função instrumental* de garantia do efeito útil de uma eventual decisão jurisdicional favorável (...) e, ao mesmo tempo, uma *função substantiva* de tutela provisória das posições jurídico-subjectivas materiais”¹⁸⁶.

VII. Cabe, pois, perguntar se a função da tutela cautelar é *processual* — *i.e.*, salvaguarda da efectividade da tutela jurisdicional —, se é *material* — *i.e.*, salvaguarda da efectividade do direito subjectivo, como qualquer acção ou meio de tutela jurisdicional — ou se é *mista* — *i.e.*, salvaguarda da efectividade do direito subjectivo ao proceder à salvaguarda da efectividade da tutela jurisdicional¹⁸⁷.

¹⁸² *ComCPC* I cit., 341e 342. De certo modo, é isso mesmo que o ac. RP 18/5/1995 declara: o que “a providência visa assegurar não são os efeitos da decisão de mérito mas a conservação do *statu quo* de facto e de direito relativamente a uma situação da qual resultam interesses tutelados pelo direito relativamente aos quais o seu titular disponha do direito de acção”.

¹⁸³ *CPCanot* 2 cit., 1.

¹⁸⁴ *Arbitramento* cit., 30.

¹⁸⁵ Na jurisprudência civil é também frequente uma inocuidade de declarações quanto à função cautelar — STJ 3/3/1998 os “procedimentos cautelares destinam-se a procurar colmatar os inconvenientes [materiais? processuais ?] *das demoras naturais das acções*”.

¹⁸⁶ *A suspensão* cit., 128.

¹⁸⁷ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 25: “Se todas as acções exercem (...) uma função de garantia” esta “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 (sic) reconhecido”; TIAGO ANTUNES, *ob. cit.*, 54:

Se a opção correcta for a de que a tutela cautelar salvaguarda a efectividade do direito subjectivo cabe ainda perguntar se a função cautelar é *materialmente não autónoma* porque corresponde a uma certa e determinada necessidade que *também* a tutela final daria ou se é *materialmente autónoma* porque corresponde a uma certa e determinada necessidade que só ela é adequada a dar. Nesta última hipótese, *que necessidade específica é essa?*

1.2. Utilidade: salvaguarda do efeito útil?

I. A segunda dúvida é, até certo ponto, independente da primeira, mas pode, em simultâneo ajudar a responder a ela e enunciarmo-la de modo redundante: *é mesmo seguro que a tutela cautelar seja capaz de salvaguardar a eficácia da tutela principal?*

Para alguns AUTORES a resposta é clara e causadora de perplexidades perante quem dê a função da tutela cautelar como um dado adquirido. Assim, SCHLETTE no seu estudo sobre o direito constitucional a uma decisão em prazo razoável ¹⁸⁸, conclui que a *einstweiliger Rechtsschutz* — equivalente funcional das nossas providências cautelares ¹⁸⁹ — é “por várias razões inadequada [*ungeeignet*] para resolver [*zu entschärfen*] no essencial o problema temporal” do processo ¹⁹⁰. Essas razões são, pelo menos três:

- a *einstweiliger Rechtsschutz* “não deve antecipar de modo prejudicial a decisão da questão principal [*Hauptsache*]” ¹⁹¹ — o já referido *Verbot des Vorwegnahmes der Hauptsache* ou de *ne faire pás préjudice ao principal* na doutrina francesa do *référé*;
- a *einstweiliger Rechtsschutz* “em muitos casos não altera em geral nada [*i.e.*, não impede] que ao autor permaneça até à decisão na questão principal numa situação de pendência [*Schwebelage*] jurídica insegura, permanente, impeditiva de decisões de planeamento e de investimento” ¹⁹² porque o deferimento de uma medida cautelar “nem sempre antecipa [*präjudiziert*] uma vitória na questão principal”, mais a mais com eventual responsabilidade civil sua ¹⁹³;

“pode sempre dizer-se que a protecção efectiva dos direitos dos particulares também é conseguida, de forma mediata, por via da utilidade da sentença”.

¹⁸⁸ *Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist. Verfassungsrechtliche Grundlagen und praktische Durchsetzung*, 1999.

¹⁸⁹ Cf. § 5º 2.3.2.A., IV.

¹⁹⁰ *Idem*, 42.

¹⁹¹ *Idem*, 42.

¹⁹² *Idem*, 43.

¹⁹³ *Idem*, 43.

- a *einstweiliger Rechtsschutz* é “em geral incapaz de reduzir a importância do factor temporal na questão principal em causas com a participação de terceiros [co-interessados] pois a tutela cautelar “para uma parte (...)”¹⁹⁴ gera para os co-interessados onerados um considerável efeito negativo”.

Por isso, a *einstweiliger Rechtsschutz* “não consegue [apenas] por si mesma preencher o direito à tutela jurisdicional efectiva e actual”¹⁹⁵, conclui SCHLETTE.

Identicamente OVÍDIO BAPTISTA escreve que os procedimentos cautelares nem sequer servem para atender a necessidade de celeridade de certas demandas que pedem logo o próprio resultado final e não outro¹⁹⁶.

II. Bem se poderia dizer que se trata apenas de reflexões doutrinárias. Só que em boa medida o próprio legislador tem isso presente, nomeadamente quando o art. 16º RPE estatui que “quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, *antecipar o juízo* sobre a causa principal”. O mesmo sucede no contencioso administrativo em que uma providência cautelar pode ser convolada em providência final “quando a *manifesta urgência* na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a *situação não se compadece* [pois precisa logo do próprio resultado final] *com a adopção de uma simples medida cautelar*” (art. 121º, nº 1 CPTA).

Claramente há uma contraposição entre a tutela cautelar e uma tutela, chamemos-lhe *antecipatória* ou de *urgência*. Esta resolve mais depressa o próprio litígio da acção principal.

Pergunta-se, por isso: o que tem a tutela antecipatória de melhor para o autor? Em face aquela justifica-se uma tutela cautelar?

E, no entanto, porque é que não há uma tutela antecipatória inominada, de âmbito material genérico e irrestrito, mas há, ao invés, uma tutela cautelar inominada com esses caracteres?

2. Quanto à instrumentalidade: tutela cautelar autónoma, definitiva e não instrumental?

I. A visão dominante suscita-nos um segundo grupo de dúvidas adicionais. Mais uma vez trazemos apenas à colação alguns dados, nesta fase meramente preliminar. Atente-se às observações de alguns AUTORES a este respeito.

¹⁹⁴ *Idem*, 43.

¹⁹⁵ *Idem*, 43.

¹⁹⁶ *Do processo* cit., 31.

BARBOSA DE MAGALHÃES escrevia em 1940, em conformidade, aliás com a letra do art. 4º CPC/39, que os processos preventivos admitidos no CPC/39 “são verdadeiras acções” ¹⁹⁷ com a função de “acautelar um prejuízo que se receia” ¹⁹⁸, ao lado das acções possessórias de prevenção contra o dano [actual art. 1276 CC], pois acção significa “meio judicial destinado a acautelar ou reconhecer em juízo qualquer direito”, segundo o art. 3º CPC/39 ¹⁹⁹. Também PAULO CUNHA tinha o mesmo entendimento, à época ²⁰⁰.

Posteriormente, PALMA CARLOS defendeu sem sucesso, aquando dos trabalhos que conduziram ao Código de Processo Civil de 1961, que o art. 4º mantivesse uma distinção entre acções cautelares, declarativas e executivas, apesar de conceder que o processo cautelar não é um processo autónomo; aquelas visariam “assegurar, em caso de urgência, a efectivação do direito”. Idêntica crítica foi feita depois por ANSELMO DE CASTRO que entendia de modo semelhante tratarem-se de acções “já que dependem igualmente de pedido, e a actividade do tribunal só pode ser exercida dentro dos seus limites — características fundamentais da acção” ²⁰¹. Identicamente, em Itália LUISO ²⁰² escreve que a “tutela cautelar é uma das três formas de tutela do ordenamento, em conjunto com a declarativa e a executiva”. Por fim, já vimos que para LOPES DO REGO as providências cautelares não especificadas do art. 380º são “uma verdadeira `acção cautelar geral” ²⁰³.

Comparativamente, na área administrativa, FAUSTO DE QUADROS vai mais longe, tendo recentemente escrito que ao lado de providências cautelares “acessórias ou dependentes”, em que se “não pode pré-julgar o litígio principal”, “pode e deve haver providências *principais* ou *independentes*”, definitivas, de que aquele Ilustre AUTOR dá o exemplo da “intimação para a passagem de certidões e consulta de documentos e da intimação judicial para a emissão de alvará de construção ou de loteamento urbano” ²⁰⁴.

¹⁹⁷ *Processo* II cit., 74; com idêntica expressão literal, MOITINHO DE ALMEIDA, *Os processos* cit., 21.

¹⁹⁸ *Processo* II cit., 75.

¹⁹⁹ *Processo* II cit., 76.

²⁰⁰ *Processo Comum de Declaração*, 1940, 9 ss, dividindo as acções em declarativas — meramente declarativas, condenativas e constitutivas — conservativas e executivas, e descobrindo as acções conservativas quer em alguns processos especiais — maxime, a acção possessória de prevenção do art. 1032º CPC/39 = art. 1276º CC — quer, e sobretudo, no capítulo dedicado aos Processos preventivos e conservatórios, onde “encontramos a regulamentação de verdadeiras acções — principalmente acções conservatórias” (*idem*, 27).

²⁰¹ *DPCD* I cit., 131.

²⁰² *DPC* IV cit., 153.

²⁰³ *ComCPC* I cit., 341, 342, tal como MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 58.

²⁰⁴ *Algumas considerações* cit., 223.

Por isso não se deve chamar às providências cautelares “meios acessórios, porque elas podem ser também meios principais”, nem tampouco “meios provisórios, porque as providências cautelares podem ser definitivas e não só provisórias” ²⁰⁵.

II. E no direito processual civil estrangeiro há, de facto, *providências cautelares autónomas, ou seja, sem instrumentalidade formal*.

Assim, note-se que desde 1 de Março de 2006 tornou-se desnecessária a propositura de acção principal após a obtenção de uma *provvidenza d’urgenza* do art. 700º CPC/It ou de qualquer outra *providência cautelar idónea a antecipar os efeitos da sentença de mérito* e, mesmo a extinção dessa eventual acção de mérito, não determina a ineficácia das providências. É isso que sempre sucedeu com o *reféré* francês ou com as *einstweilige Verfügungen* alemãs (cf. § 926º ZPO) ²⁰⁶.

O que sucede com estas últimas é particularmente elucidativo.

Há a constatação na doutrina alemã ²⁰⁷ de que as *einstweiligen Verfügungen* *tendem a valer como finais*, já que frequentemente as partes perdem o interesse em colocar a acção principal, pela sua duração e custos, e aceitam a decisão provisória como viável para o seu litígio, não apenas quando houve *antecipação* da realização do direito, mas mesmo quando apenas foi proferida uma medida de *segurança* ou *regulação* do *status quo*. Mais: quando sucede ser instaurado o processo principal quer o tribunal da acção principal, quer o tribunal de recurso tendem a limitar-se a confirmar a decisão cautelar.

Enfim, outro exemplo, meramente literal: o art. 2409º, 3ª al. CC/It estatui que “se houver *suspeita fundada de graves irregularidades no cumprimento dos deveres* dos

²⁰⁵ Um dado meramente de história legislativa mas indiciário: se nominalmente as providências cautelares foram sendo desvalorizadas desde 1876 até ao actual Código, contudo, passou-se do casuísmo que se vivia sob o Código de 1876 para, com o início da influência italiana em ALBERTO DO REIS em 1939, uma situação de grande arrumação e autonomização sistemática, com uma providência inominada e subsidiária — arts. 381º ss. — e depois várias providências diferenciadas — arts. 393º ss. — unidas sob a categoria de *procedimentos cautelares* com que se designa o Capítulo respectivo. Mais: o Projecto Varela dos anos 80 prupunha um livro próprio para as providências cautelares como sucederia com os processos declarativo e executivo, pois ANTUNES VARELA, *Do Anteprojecto* cit., 296 e 297, acarinhava o instituto designando-o de “justiça cautelar” — cautelar por as providências serem “apostadas em remover o chamado *periculum in mora*”.

²⁰⁶ Vide § 5º 2.3.2. M., III.

²⁰⁷ Neste sentido, FRITZE, *Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung im Bereich der gewerblichn Schutzrechte und im Wettbewerbsecht*, GRUR 5 (1979), 291; TEPLITZKY, *Arrest* cit., 162; SCHUSCHKE, *Schuschke/Walker II* cit., Vor § 935, Rdn. 1 e 17; WALKER, *Schuschke/Walker II* cit., § 926, Rdn. 2.

administradores e gestores, os sócios que representem de um décimo do capital social podem denunciar os factos ao tribunal” o qual pode *decretar as “providências cautelares oportunas* [v.g., inibições] e *convocar a assembleia* para as subseqüentes deliberações” e “nos casos mais graves pode *destituir os administradores e gestores e nomear um administrador judiciário, fixando-lhe os poderes e a duração*”. Estas medidas não são formalmente instrumentais ²⁰⁸.

III. Por tudo isto, e a despeito de uma quase *soberana displicência* com que a doutrina clássica constatou a existência de sistemas cautelares sem instrumentalidade necessária ²⁰⁹, pode e deve perguntar-se, se *não poderá haver tutela cautelar autónoma e definitiva*. No limite e em termos curtos: *a tutela cautelar existirá mesmo que, por hipótese, não haja insuficiência temporal da tutela plena?*

3. Quanto aos conceitos

3.1. De que falamos, quando falamos de tutela cautelar e de acção principal?

As afirmações acabadas de produzir conduzem-nos, enfim, a uma última e decisiva dúvida: *de que falamos, quando falamos de tutela cautelar?* Perante a afirmação de que as providências cautelares “não são verdadeiras acções, nem comuns nem especiais, nem declarativas nem executivas”, como escreve M. PRAZERES BELEZA, o que são afinal?

A centralidade da questão sendo inegável num trabalho científico como pretendemos que o nosso seja, é acicatada se colocarmos duas perguntas-teste:

- *qual o grau de correcção ou fiabilidade de qualificações legais expressas de uma medida como sendo cautelar* — v.g., a qualificação legal de que as medidas do arts. 393º ss. ou as dos arts. 32º ss. CPT são *procedimentos cautelares* ou mesmo, no sistema processual paralelo do CPTA, de que nos arts. 112º ss. constam efectivamente *processos cautelares*? É que, como adiante veremos, alguma doutrina até recusa para alguns desses casos, — v.g.,

²⁰⁸ Vide § 5º 2.3.1. IV, B).

²⁰⁹ Perante o § 926 ZPO ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 49, limitava-se a considerar que “também aqui não se tomam precauções contra a negligência do requerente em promover o andamento da acção. Mais perfeito nos parece, por isso, o sistema da lei portuguesa”. Mais perfeito em quê? Por pressupor que o réu deve ser sempre garantida uma tutela plena, mesmo que lhe seja indiferente ou, mesmo, desnecessário?

- alimentos provisórios, arrolamentos especiais, restituição provisória de posse — a natureza cautelar legalmente afirmada ²¹⁰;
- *há equivalência de natureza e função entre as nossas providências cautelares e os institutos designados em termos formalmente semelhantes no Brasil — medidas cautelares —, na língua italiana — provvedimenti cautelari — e na língua castelhana — medidas cautelares?*;
 - *há equivalência de natureza e função entre as nossas providências cautelares e os institutos designados em termos absolutamente diversos como os référés de língua francesa, as einstweiligen Verfügungen alemãs ou as interim injunctions anglo-saxónicas?*

Claramente há que destilar e firmar um conceito único que permita exprimir o que é *ser-se cautelar*: uma *language convention* na expressão de COMOGLIO ²¹¹. Mas, conexamente, embora de modo menos importante, bem se pode colocar outra questão: se alegadamente a tutela cautelar serve a acção principal, *o que é uma acção principal?*

3.2. Como se distingue de uma providência sumária ou de urgência? Como se distingue de uma acção inibitória?

I. Acresce ainda que para a garantia de efectividade da tutela jurisdicional concorrem outras soluções técnicas como a *celeridade* e *sumariedade* processuais, de modo que a tutela cautelar pode muito bem não estar só na prossecução daquela garantia, se essa for a sua função: “a garantia da tutela efectiva não se esgota na tutela cautelar” ²¹². Aliás acabámos de constatar isso mesmo quando atrás vimos que a par das providências cautelares surgem providências proferidas ao abrigo de uma *tutela de urgência ou sumária*, se quisermos.

A questão complica-se se tivermos em linha de conta que, tal como parecem existir *procedimentos cautelares sem instrumentalidade* ou dependência, talvez — não afirmamos — o inverso possa ser verdadeiro: *procedimentos urgentes ou sumários com instrumentalidade* perante as acções de tutela plena.

Exemplo: a restituição provisória de posse, que é uma tutela sumária para alguma doutrina italiana e também entre nós para ALBERTO DOS REIS por lhe faltar a característica do *periculum in mora* ²¹³; mais discutivelmente bem poderão ser os casos, se quisermos, de toda a tutela sumária quando *antecipa materialmente, embora*

²¹⁰ Cf. § 6º 2.4.2., IV.

²¹¹ *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, RDP 45/4 (1990), 963.

²¹² M. FERNANDA MAÇÃS, *As medidas cit.*, 453.

²¹³ *Processo ordinário I cit.*, 229 = *A figura cit.*, 42 = *CPCanot I cit.*, 670.

provisoriamente, o resultado da acção principal — assim, as *ordinanze* de condenação antecipada dos arts. 186 bis e 186 quater CPC/It ²¹⁴ — já que certa doutrina vê aí uma *função ou nexo de instrumentalidade* com a decisão final de mérito ²¹⁵.

Em que se distingue, então, um procedimento cautelar de um procedimento antecipatório? Serão ambos sumários ou urgentes, em sentido lato?

O que é a instrumentalidade? Há diversas acepções de instrumentalidade?

II. Finalmente, *será uma providência cautelar a acção de prevenção ou de inibição de um facto ilícito prevista no art. 1276º CC, ou conservatória* ²¹⁶ pela qual “se o possuidor tiver *justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem*, será o autor da ameaça, a requerimento do *ameaçado, intimado para se abster de lhe fazer agravo*, sob pena de multa e responsabilidade pelo prejuízo que causar”? É que, é inegável uma certa similitude literal e provavelmente funcional, que não pode ser ignorada, com o enunciado do art. 381º: “ Sempre que alguém mostre *fundado receio* de que outrem *cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito*, pode requerer a *providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*”.

Se o meio previsto no art. 1276º CC não for uma providência cautelar ²¹⁷, o que é que distingue, então, uma *acção inibitória* e uma *providência cautelar*?

²¹⁴ Cf. § 5º 2.2.1., I A) e B).

²¹⁵ Assim, CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, escutorietà e tutela delle parti*, RTDPC, 31/2 (1977), 629.

²¹⁶ ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário* I cit., 229.

²¹⁷ É um meio de tutela preventiva e não uma providência cautelar: cf. § 8º 2.3.3. B., III.

SECÇÃO II — AVALIAÇÃO CRÍTICA

§ 4º EFECTIVIDADE TEMPORAL DA TUTELA JURISDICCIONAL

1. *Direito à tutela jurisdiccional*

1.1. *Sede, definição e função*

I. O problema tratado na nossa dissertação constitui uma das estrelas de uma vasta galáxia de questões que, na actualidade, se colocam ao processo civil no universo mais vasto de mudança de paradigmas e soluções.

Esse universo de mudança resultou da reorientação após a II Guerra Mundial ²¹⁸ do processo para a total *instrumentalidade* perante os direitos fundamentais em especial, ou seja, os direitos que visam a prossecução do valor da dignidade da pessoa humana, e perante os direitos subjectivos, em geral ²¹⁹. Como escreve DENNINGER no “centro do ordenamento jurídico constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa, que em livre autodeterminação actua enquanto elemento de uma sociedade livre”. *Autonomia, auto--responsabilidade e liberdade de decisão da pessoa constituem não apenas a base das instituições do direito material, mas definem também a subsequente realização da posição subjectiva do cidadão no direito processual*” ²²⁰.

Este recentramento traduziu-se em dois fenómenos: a **constitucionalização do direito processual** ²²¹ pois este deixou de ser tido como um corpo jurídico isolado, um

²¹⁸ Cf. PINHEIRO FARINHA, *O processo equitativo garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Dir 122/ II (1990), 239–247; DíEZ-PICAZO, Art. 24 cit., 24 e 25; COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto)*, RTDPC 52/3 (1998), 892, 893 e 897; QUILLERÉ-MAJZOUB, *La defense du droit à un procès équitable*, 1999, 16 e 17; TROCKER, *Il nuovo articolo della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, RTDPC 55/2 (2001), 384; VALLESPÍN PEREZ, *ob. cit.*, 47–58; TABARES/J. RAMOS, *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*, 2004, 19 e 20.

²¹⁹ Esta revalorização da instrumentalidade do processo corresponde àquilo que JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional* IV ³, 2000, 32, seguindo HÄBERLE, designa de “dimensão participativa e procedimental” ou “*status activus processualis*”.

²²⁰ [Staatliche Hilfe] cit., 307 e 308.

²²¹ Falando também em “constitucionalización de la defensa del los derechos fundamentales”, VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 47. Esta tendência enquadra-se no fenómeno jusconstitucional mais amplo da *relevância constitucional das regras relativas*

direito formal, no mais puro sentido do termo — *i.e.*, valorativamente neutro — e como tal incapaz de ser justo ou injusto — pois limitar-se-ia a aplicar as normas de direito material — e passou a ser visto como “direito constitucional aplicado” ²²² ou “*Grundrecht durch verfahren*” ²²³; a **internacionalização** ²²⁴ ou **globalização do direito processual** através de uma contínua *clonagem* em modelos internos de um mesmo *corpo de garantias processuais* ²²⁵, correlativa com extensão da ideia de primado dos direitos fundamentais no quadro do Estado de Direito.

Este corpo de garantias processuais é um verdadeiro **modelo** ²²⁶ **supranacional de garantias processuais** ²²⁷, que serve de padrão-mínimo (“*Mindestandard*” ²²⁸) falando-

às organizações destinadas à produção de um resultado — administrativo, legislativo, judicial — em exercício das funções do Estado (cf. STERN (colab. SACHS), *Staatsrecht* III/2, 1994, 953 ss, DENNINGER, [*Staatliche Hilfe*] cit., 295 ss.e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* ³, 2004, 150 ss). Relevância no sentido da efectividade, mediante uma neutra instrumentalidade (STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 956 e DENNINGER, [*Staatliche Hilfe*] cit., 297) e do respeito dos direitos fundamentais.

²²² HABSCHEID, *Les grands principes de la procedure civile. Nouveaux aspects*, Sc. Fazzalari II, 1993, 4.

²²³ DENNINGER, [*Staatliche Hilfe*] cit., 297.

²²⁴ Identicamente, DÍEZ-PICAZO, *Art. 24* cit., 25; VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 136.

²²⁵ Nomeadamente, nos arts. 24º, al. 1ª e 111º CRIt — cf. *La Costituzione Esplicita* (col. DI IORIO), 2005, 60–64, 248–251 —, nos arts. 19º, al. 4ª, 20º, 92º, 97º, 101º e 103º, al. 1ª GG, no art. 24º, nº 1 CEs e, em França, nos arts. 1º, 6º, 9º e 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a alínea 1ª do Preâmbulo da Constituição de 1946, por força da remissão efectuada pelo Preâmbulo CRFr. Já no direito anglo-saxónico, devem considerar-se os ordenamento inglês e 5ª e 14ª Emendas, secção 1 CFEUAm — cf. JOLOWICZ, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation/Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil* (dir. CAPPELLETTI/TALLON), 1973, 121–174. Finalmente, é útil, pela proximidade linguística e cultural, a leitura do art. 5º, inciso XXXV, LIV e LXXVIII CRFBr — cf. LEWANDOWSKI, *A protecção dos Direitos Humanos no MERCOSUL*, Portugal–Brasil Ano 2000, 2000, 75.

²²⁶ Pois é um *complexo de garantias comuns ligadas de forma lógica e coerente* (ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 7, vão nesse sentido), *não rígido* (ANDOLINA/VIGNERA, *idem*, 9 e VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 65–66) e *não totalmente exclusivo da actividade processual do Estado* (cf. STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 956, sobre a aplicação do direito à audição do interessado nas demais actividades estatais).

²²⁷ Neste sentido: COMOGLIO, *Valori* cit., 901 (“*modello internazionale di processo e di giustizia*”); TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., 391 (“*modello processuale sopranazionale*”); VALLESPÍN PEREZ, *ob. cit.*, 65 (*modelo de processo* justo a nível nacional e

se numa “**modelização na mundialização**”²²⁹, e que surge como imanação do **direito positivo internacional** tanto dos *instrumentos e textos de âmbito global*²³⁰ — os arts. 8º e 10º DUDH²³¹ e o art. 14º, nº 1 PIDCP — quanto dos *instrumentos e textos de âmbito regional* — o art. 6º, nº 1 CEDH²³² e o art. 47º CDFUE²³³, esta com uma relevância jurídica indirecta ao nível da actuação das instituições comunitárias e no

supranacional); GUINCHARD *et alia*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*², 2003, 335 e 337 ss. (“modelo universal de processo equitativo”. Enquanto modelo interno: COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 22 e ANDOLINA/VIGNERA, *I fondamenti* cit., 7 ss; falando em *naturalia processus*, dentro de tendência histórica de um *processus iudiciarius naturalis*, DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, Sistema e riforme. Studi sulla giustizia civile, 1999, 59.

²²⁸ PAPIER, *[Justizgewähranspruch]* cit., 1225; também BIAVATI, *Europa* cit., 70 ss. e *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, RTDPC, 56/3 (2002), 753, aponta “*standards* mínimos de tutela” para a União Europeia.

²²⁹ GUINCHARD, *Droit processuel* cit., 322.

²³⁰ Cf. o seu arrolamento em GUINCHARD *et alia*, *Droit processuel* cit., 59–222. Não são relevantes para o nosso ordenamento textos como a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos = Pacto de S. José da Costa Rica*, de 22 de Novembro de 1968, e que, por exemplo, está em vigor no ordenamento jurídico do Brasil desde 25 de Setembro de 1992 — cf. LEWANDOWSKI, *A protecção* cit., 72 e 73 — nem, tampouco, a *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* (CADHP) de 1981 — cf. MARIA JOSÉ PIRES, *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, DDC 78–80 (1999), 333–350.

²³¹ Parte integrante na nossa ordem jurídica interna *ex vi* arts. 8º, nº 1 e 16º, nº 1 CRP e com um papel adicional na interpretação e integração dos nossos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais (art. 16º, nº 2 CRP) — cf. JORGE MIRANDA, *Manual*/IV cit., 156 ss. e *CPanot* 1 cit., Art. 16º, VII.

²³² Também vigente na nossa ordem interna e parte integrante da mesma, *ex vi* arts. 8º, nº 2 e 16º, nº 1 CRP

²³³ Cf. JORGE MIRANDA, *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve*, RFD 41/1 (2000), 17–21; R. MOURA RAMOS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais*, Est. Rogério Soares, 2001, 963–989; C. SAMPAIO VENTURA, *Contexto e justificação da Carta*, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2001, 43 e 44; VITAL MOREIRA, *A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia (EU)*, Est. Cardoso da Costa, 2003, 725–728; A. MARIA MARTINS, *O Projecto de Constituição Europeia. Contributo para o Debate sobre o Futuro da União*², 2004, 100, 140 e 141. Com alterações veio a constituir a Parte II, *ex vi* art. 7º, nº 1 da Parte I, do frustrado *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* (TCE) de 29 de Outubro de 2004, cujo texto pode ser confrontado em GORJÃO–HENRIQUES, *Constituição Europeia*, 2004.

evidenciar dos princípios gerais de Direito perante o nosso ordenamento, *ex vi* art. 16º, nº 2 CRP ²³⁴.

II. Funcionalmente, este modelo de garantias processuais não é senão o conteúdo do direito à *tutela jurisdicional* ²³⁵ ou à *protecção jurídica* ²³⁶, no seguimento das terminologias alemãs do *Recht auf Justizwährung, das Justizwährungsanspruch* e

²³⁴ RUI MEDEIROS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras, 2001, 241e 242; M. LUÍSA DUARTE, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Natureza e meios de tutela*, Est. Magalhães Colaço I, 2002, 733-742 e *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem — uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, Est. Marques Guedes, 2004, 748-750; VITAL MOREIRA, *A “constitucionalização” cit.*, 720. Isto sucede porque a Carta é um “catálogo que reflecte os direitos contidos em diversas constituições nacionais e acordos europeus e internacionais a que o TJE tem vindo a recorrer” (HILF, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Europeia*, Uma Constituição para a Europa, 2004, 182).

²³⁵ Assim, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 58 e 59; JORGE MIRANDA, *Manual IV cit.*, 259; GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 495. Essa tutela sendo *jurisdicional* não tem que ser *judicial*, ou seja, não tem de provir de um tribunal estadual, mas, sim, e sempre, de uma entidade, estadual ou privada — cf. art. 202º, nº 4 CRP — que cumpra com os requisitos constitucionais do art. 20º CRP — cf. JORGE MIRANDA, *idem*, 261-264, *maxime* 263. Note-se que se GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, identifica o *direito à tutela jurisdicional* com *todo* o conteúdo do art. 24º CES e, portanto, com todas as garantias que se incluem no modelo processual supranacional, já uma parte da doutrina de língua castelhana usa essa terminologia num sentido mais *restrito* para se referir apenas às garantias do art. 24º, nº 1 CEs como “direito ao processo considerado de forma genérica” (S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ComC* ³, Art. 24º, 2001, 545). Embora funcionalmente ligado àquele nº 1, seria o nº 2 do mesmo art. 24º CES que conteria as garantias do *debido proceso legal* ou processo equitativo as quais, embora “mais orientadas *a priori* para o processo penal”, são “porém realmente aplicáveis a todo o tipo de processos” (S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. e loc. cits.*). Essa é a doutrina, nomeadamente de SEGADO, *El sistema constitucional español* reimp. 1995, 1992, 265, VALLESPÍN PEREZ, *ob. cit.*, 69 e B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 22. Já DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 27, ainda vai mais longe e restringe o direito à tutela efectiva apenas à primeira parte do art. 24º, nº 1 CEs. Pelas razões que se vão expondo no texto principal deste nosso trabalho essa arrumação não corresponde totalmente ao nosso direito positivo, apesar dele também conter preceitos dispersos pelos vários números do art. 20º CRP e pelo art. 32º CRP.

²³⁶ Assim, TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818; GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 273 (“protecção jurídico-judiciária individual”).

*Justizwährungsanspruch*²³⁷ ou *Rechtsschutzgarantie*²³⁸. Sinónimos terminológicos desta garantia são *direito à jurisdição*²³⁹, *direito de acesso aos tribunais*²⁴⁰ ou *direito a um tribunal*²⁴¹ ou *ao juiz*²⁴² ou *direito ao procedimento*²⁴³ *lato sensu*.²⁴⁴

²³⁷ Assim, F. BAUR, *Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil en République Fédérale d'Allemagne*, Fundamental guarantees (CAPPELLETTI/TALLON) cit., 13 ss; GRUNSKY, *GVR* 2, 1974, 2; SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß*, *ZZP* 96/ 2 (1983), 170; SCHWAB/GOTWALD, *Verfassung und Zivilprozeß*, Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Krongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983 (dir. HABSCHEID), 1983, 31 ss; STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 963, 1139, 1438 e 1440; HEINTZMANN, *ZPR* I 2, 1997, 18; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 19; STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 363; PAPIER, *[Justizgewähranspruch]* cit., 1221 e 1232; JARASS, *Jarass/Pieroth* 7, 2004, Art. 20, Rdn. 90; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* 16, 2004, 13 ss; MUSIELAK, *GKZPO* 8, 2005, Rdn. 11; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 1, 4.

²³⁸ STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 348 ss.

²³⁹ Assim, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, 2006, 82 e com J. REDINHA/R. PINTO, *CPCanot* 1, 1999, 3. Usando o termo em sinonímia com direito à tutela jurisdicional efectiva, S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 527 ss; VALLESPÍN PEREZ, *ob. cit.*, 112 ss.

²⁴⁰ Assim, TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610, e TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818. Este sentido amplo surge-nos em LOPES DO REGO, *Acesso ao direito e aos tribunais*, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, 1993, 55 e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 368.

²⁴¹ Assim, na jurisprudência do TEDH fala-se em “droit à un tribunal” — *v.g.*, TEDH *Golder/Reino Unido* (21/2/1975), TEDH *Ashingdane/Reino Unido* (28/5/1985), TEDH *Philis/Grécia* (27/8/1991), TEDH *Hornsby/Grécia* (19/3/1997) — e, bem assim, na respectiva doutrina — cf. P. LAMBERT, *Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, 2001, 57-66 e BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 9, 2004, 161-163, 275-279.

²⁴² Assim, na Alemanha por via do art. 101/I segunda parte GG — cf. HÖMIG, *Seifert/Hömig* 7, 2003, Art. 101, 639-643 — e, na doutrina de língua francesa, usando a expressão *direito ao juiz* no mesmo sentido do nosso *direito de acesso aos tribunais*, GREWE, *L'accès au juge: le droit processuel d'action*, Procédure(s) et effectivité des droits (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 2003, 29-42. Mas na jurisprudência do TEDH também se usa o termo “accès ao juge” como sinónimo de “droit à un tribunal” — por exemplo, em TEDH *Golder/Reino Unido* (21/2/1975).

²⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 150, de certo modo; cf., ainda, JORGE MIRANDA, *Manual* IV cit., 94 e 95.

²⁴⁴ Alguns AUTORES referem-se-lhe como o *direito a um processo equitativo* — assim, QUILLERÉ-MAJZOUB na sua já citada obra *La defense* cit., inspirado pelo do art. 6º, nº 1

Esse direito é recebido no direito constitucional do art. 20º, nº 1 CRP (acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva) que garante que a “todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”, à semelhança de outras constituições ²⁴⁵ e no Direito supranacional ²⁴⁶. A

CEDH — ou a um processo justo — assim, VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 61 ss. Em nosso ver, essa não é a terminologia mais adequada ao nosso direito constitucional, muito arreigada à ideia de acesso aos tribunais (cfr. art. 20º, nº 1 CRP), e na qual o processo equitativo é uma coloração daquele direito aos tribunais (cfr. art. 20º, nº 4 CRP). Além disso, pensamos que existe real utilidade científica em separar – e não, identificar – os dois conceitos pois referem-se a funções algo diferentes em face do processo: enquanto o direito à tutela jurisdiccional é, antes demais, uma *justificação* da existência do próprio processo civil; a exigência de que esse processo seja equitativo é um *limite* às configurações possíveis dos respectivos procedimentos.

²⁴⁵ Em Itália o art. 24º, al. 1ª CRIt contém uma similar garantia de acesso aos tribunais para tutela de direitos e interesses legítimos — cf. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, 1974, 189 ss. e COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, RTDPC 48/3 (1994), 1070–1078 —, enquanto em Espanha o art. 24º, nº 1 CE contém termos muito semelhantes aos nossos — “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...”, cf. SEGADO, *ob. cit.*, 263–277 — e em França o direito de acesso aos tribunais enquanto *droit à un recours effectif* decorre da cláusula geral de garantia dos direitos constante do art. 16º da Declaração de 1789 (“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution.”) — DEBBASCH, *Constitution. V République. Textes – jurisprudence-pratique* ⁴, 2004, 75–79.

Já na Alemanha não pode dizer-se que o direito à tutela jurisdiccional esteja consagrado de modo expresso num só preceito: é certa a sua existência mas controversa a sua base legal, escreve F. BAUR, *Les Garanties* cit., 13. Efectivamente, se é verdade que o art. 19/IV primeira parte GG garante que se alguém for lesado nos seus direitos por acto de autoridade pública pode recorrer à via judicial (“Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen”) contudo, salvo doutrina restrita — assim, BÖTTICHER, *Bettereman–Nipperdey–Scheuner: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, in Verbindung mit...*, ZJP 74/4 (1961), 317 — aquela é uma garantia objectivamente limitada actos do poder público: FECHNER, *Kosten Risiko und Rechtswegssperre — Steht der Rechtsweg offen?* JZ 21/11 e 12 (1969), 349; TROCKER, *Processo* cit., 163 ss, citando mais doutrina e jurisprudência concordantes; STÜRNER, *Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß*, NJW 32/46 (1979), 2336; VOLLMKOMMER, *Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren in Zivilprozeß*, GS Bruns, 1980, 202–204. Por isso, não é de estranhar que, após ter tentado arranjar apoio no art. 103/I GG em *Der*

Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 396 ss, F. BAUR acabe por interrogar-se em *Les Garanties* cit., 13, se a base constitucional deverá ser o art. 101/I GG — assim, TROCKER, *idem*, 180–185, conjugando com a reserva de jurisdição do art. 92 GG — ou o art. 103/I GG (garanria a ser ouvido em tribunal) ou o art. 20 GG (Estado de Direito), conjugado com o art. 2/I GG. Recentemente, em jurisprudência referida por STÜRNER, *Die Einwirkungen* cit., 2336 e *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*, FS Baur, 1981, 649, o BVerfG terá elaborado uma cláusula geral de garantia de tutela jurídica processual efectiva e equitativa (“Gewährleistung eines effektiven und fairen Rechtsschutzverfahrens”), com base em vários preceitos constitucionais e no princípio do Estado de Direito e do Estado Social de Direito; identicamente, deduzindo o fundamento do direito à tutela jurisdicional do princípio do Estado de Direito: STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 363; FECHNER, *Kosten* cit., 349; PAPIER, [*Justizgewähranspruch*] cit., 1222 e 1224; JARASS, *Art. 20* cit., Rdn. 90; SCHULZE-FIELITZ, *Dreier*², 2004, Art. 19 IV, Rdn. 36. Já STERN parece ter uma posição mista: se considera a *Justizgarantie* como sendo “imanente ao Estado de Direito” (*Staatsrecht* III/2 cit., 1189), entende considerar que para ela concorrem ainda o art. 19/IV primeira parte GG — *idem*, 1438 e 1443 — e o art. 6º CEDH — *idem*, 1438 —, acabando por desenvolver o conteúdo dessa garantia a partir desse art. 19/IV primeira parte GG. Para tal considera a dimensão objectiva, formatadora da organização processual, deste preceito junto de toda a ordem jurídica, mesmo a de direito privado — *idem*, 1441 — o que não pode, na verdade, deixar de ser: é que se essa tutela contra o Estado deve ser eficaz (*wirksam*), sem lacunas (*lückenlos*) e temporalmente adequada (*rechtzeitig*) — *idem*, 962 — tal vale como padrão para a tutela jurisdicional em geral (*Rechtsschutzstandards*) — *idem*, 962.

Fora da Europa, no Brasil o art. 5º, inciso XXXV CRFBr estabelece que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; garantias de teor semelhante acham-se, por exemplo, no art. 18º da Constituição da Argentina — cf. C. VARELA, *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*, 1999, 90 e 91 — e no art. 26º da Constituição Bolivariana da Venezuela — cf. B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.* em geral. Nos Estados Unidos a 14ª Emenda, secção 1 CFEUAm garante um processo equitativo em sede não penal “No state (...) shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...”, o que pressupõe a existência de um tribunal ou, pelo menos, de uma tutela de tipo jurisdicional; enquanto a 5ª Emenda CFEUAm faz o mesmo para o processo penal: “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”.

²⁴⁶ Assim, o art. 10º DUDH declara que “qualquer pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida” e que, em especial, “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou

pela lei” (art. 8º DUDH). No essencial, o art. 14º, nº 1 PIDCP dispõe algo de sentido semelhante e o mesmo sucede com o art. 6º CEDH (“direito a um processo equitativo”): “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada (...) por um tribunal (...) o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela” (nº1, primeira parte), o que tem sido confirmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em sucessivos acórdãos — cf. BERGER, *ob. cit.*, 161–180 e *idem*, 180–189. Este exame deve ser “equitativo e público”, em tribunal “independente e imparcial, estabelecido pela lei” e o respectivo julgamento “deve ser público” (nº1, segunda parte).

Por seu lado, a União Europeia, culminando um movimento jurisprudencial de reconhecimento de que os direitos fundamentais faziam parte integrante da ordem jurídica comunitária — cf. M. LUÍSA DUARTE, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de Protecção*, Portugal–Brasil Ano 2000, 2000, 34–40 = Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias I, 2000, 19–26 e *O Direito cit.*, 740–744; CRUZ VILAÇA, *A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*, Est. Rogério Soares cit., 415–421; GORJÃO–HENRIQUES, *A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário*, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2001, 17–38; VITAL MOREIRA, *A “constitucionalização” cit.*, 697–705 — veio declarar no art. 6º, nº 1 TUE que a “União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados–Membros” — cf. FAUSTO DE QUADROS, *O conteúdo e os valores da Constituição Europeia*, Uma Constituição para a Europa, 2004, 190–192. Adicionalmente, atribuiu pelo art. 6º, nº 2 TUE, o valor de “princípios gerais do direito comunitário” aos direitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consagrando a jurisprudência do Tribunal de Justiça em que se reafirmava que “o Tribunal inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados–membros bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem aos quais os Estados–membros tenham cooperado ou aderido. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...) reveste, quanto a isto, um significado particular.” (TJCE *Emesa Sugar/Aruba* (C–17/98–4/2/2000)). Mais recentemente, pelo art. 47º, § 1º CDFUE (= art. II–107º § 1º TCE) reconheceu o “direito a uma acção perante um tribunal” para a tutela de “direitos e liberdades garantidos pelo direito da União violados”, em causa “julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável”, devendo o tribunal ser “independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei”, abrangendo todo o campo do direito comunitário correspondente à funcionalidade da própria União — cf. CRUZ VILAÇA, *idem*, 423 e 424 e M. LUÍSA DUARTE, *O Direito cit.*, 743 e 744 — e, por isso, configurando um âmbito objectivo em parte idêntico mas menor do que o dos arts. 10º DUDH ou 6º, nº 1 CEDH, aplicáveis subsidiariamente *ex vi* art. 6º, nº1 TUE. Daqui resulta uma tutela dual, que somada com a tutela nacional, assume geometria triangular — M. LUÍSA DUARTE, *O Direito cit.*, maxime, 735–739 e 750–59.

norma tem uma clara tradução ordinária no art. 2º, nº1 do Código de Processo Civil onde se garante, pelo prisma objectivo da situação jurídica e não pelo prisma do sujeito titular, de que a “*todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente*”.

III. Sobre este enunciado tem o Tribunal Constitucional produzido um rico universo de acórdãos, definindo-o como “**direito a uma solução jurídica dos conflitos**”²⁴⁷. Este surge como garantia *imane*nte²⁴⁸ ao *princípio do Estado de Direito* quando este implica uma “garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 2º CRP), assumida como uma das tarefas fundamentais do Estado na al. a) do art. 9º CRP²⁴⁹. Não cabe aos particulares, salvo em termos residuais e excepcionais, chamarem a si a *dirimicção de conflitos*, ainda mesmo que não se fizesse uso da força. O Estado tem assim o *monopólio* da *dirimicção de conflitos*, sendo certo que na enunciação constitucional legitimatória da actividade dos órgãos jurisdicionais estes administram a justiça em nome do povo, nos termos do art. 202º, nº 1 CRP²⁵⁰.

Esta função dita *jurisdiccional* está reservada, efectivamente, aos tribunais porque apenas a garantia pública dos direitos subjectivos — a garantia *jurisdiccional de justiça* a cargo do Estado da via judiciária no dizer de GOMES CANOTILHO²⁵¹ — pode aspirar a manter a sociedade nos quadros do primado do valor absoluto da dignidade da pessoa humana, concretizado em direitos fundamentais, e num quadro de paz jurídica, em razão da sujeição à lei (cfr. arts. 202º, nº 2 e 203º CRP), ou seja, do uso de um

²⁴⁷ TC 163/90 (23/5/1990), DR 240/II (18/10/1991), 10430 = BMJ 397 (1990), 77 e TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818.

²⁴⁸ LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 44; STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1189 e 1222; COMOGLIO, *Valori* cit., 898; STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 363; JORGE MIRANDA, *Manual IV* cit., 257; PAPIER, *[Justizgewähranspruch]* cit., 1222 e 1224; JARASS, *Art. 20* cit., Rdn. 90; SCHULZE-FIELITZ, *Dreier*², 2004, Art. 19 IV, Rdn. 36. Na jurisprudência: TC 163/90 (23/5/1990), DR 240/II (18/10/1991), 10430 = BMJ 397 (1990), 77 e TC 210/92 (3/6/1992) DR 211/II (12/9/1992) = BMJ 418 (1992), 335.

²⁴⁹ Nisto é absolutamente lapidar o art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, integrante da Constituição material francesa: “Uma sociedade na qual a *garantia dos direitos* não seja *assegurada*, nem a separação de poderes determinada *não tem constituição*”. Identicamente: TC 962/96 (11/7/1996), DR 239/IA (15/10/1996), 3602 (a “tutela judicial como *direito à garantia dos direitos*”) e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 368 (“o meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias continua a ser (...) a *garantia* (sic), a todas as pessoas, de acesso aos tribunais”).

²⁵⁰ Cf. ORLANDO AFONSO, *Poder Judicial. Independência in Dependência*, 2004, 49–62.

²⁵¹ *Direito* cit., 497.

instrumento formal que prevalece sobre outros e que é aplicada segundo critério de igualdade e racionalidade ²⁵². É neste quadro que, correlativamente surge o direito à tutela jurisdicional como “compensação do Estado pela renúncia à autotutela que ele exige aos seus cidadãos” ²⁵³.

Nessa função material de garantia acha este direito fundamental a sua causa ou razão de existência. *Garantia de todos os demais direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos* incluindo os *interesses difusos*, sem exclusão de algum, configurando o que GOMES CANOTILHO chama de “*protecção jurídico-judiciária individual (sic) sem lacunas (sic)*” — “*lückenlos*” ²⁵⁴ — de todo “o círculo de situações juridicamente protegidas (sic)” ²⁵⁵ e DIÉZ-PICAZO de tutela de “âmbito universal, no sentido de que abarca todas as situações juridicadas” ²⁵⁶. E garantia que, do ponto de vista formal, se traduz numa *dupla relação de instrumentalidade ou de serviço* — “*dienende Funktion*” ²⁵⁷ — quer entre esse acesso à tutela e as situações jurídicas subjectivas, ou seja, todo e qualquer direito subjectivo ou interesses legítimos ²⁵⁸, quer, em última palavra, e ao mesmo tempo, entre esse acesso à tutela e os fins da ordem jurídica — um “meio para atingir os fins” da ordem jurídica como escreve TEIXEIRA DE SOUSA ²⁵⁹.

²⁵² GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 496 e 497 vê aqui um dever que resulta também de “um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”).

²⁵³ STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1452.

²⁵⁴ STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 962. Identicamente, STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 471.

²⁵⁵ *Direito* cit., 273 e 277. Identicamente: LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 46 “protecção judicial integral e sem lacunas” de “todas as situações jurídicas judicialmente protegidas”.

²⁵⁶ *Ob. cit.*, 30.

²⁵⁷ SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 153; identicamente, WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2, com desenvolvimento em Rdn. 1, p. 4.

²⁵⁸ Por isso é que GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 496 e 497, afirma que o direito de acesso aos tribunais é um “*direito fundamental formal (sic)*” – ele só pode dar o que o direito material lhe der, dizemos nós: “os direitos e interesses do particular determinam o próprio fim do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a realização daqueles direitos e interesses”. Identicamente, qualificando-o como “*formelles Grundrecht*”, KNEMEYER, [*Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren*], Isensee/Kirschhof VI cit., 1277. Mais reflexões sobre a relação entre este direito fundamental e os direitos substantivos em DENNINGER, [*Staatliche Hilfe*] cit., 292–309.

²⁵⁹ *O fim do processo declarativo*, sep. RDES 25/3–4 (1980), 272.

1.2. Conteúdo

1.2.1. Estrutura. Direito de acção

I. O direito à tutela jurisdicional apresenta *natureza análoga* ²⁶⁰ à dos direitos fundamentais ²⁶¹ ou, segundo alguns, é mesmo um puro direito fundamental ²⁶².

²⁶⁰ Por isso, aplica-se-lhe o regime dos direitos, liberdades e garantias, *ex vi* 17º, *in fine* CRP, o que, nomeadamente, significa que os respectivos preceitos são directamente aplicáveis e vinculam o Estado e os particulares entre si, como decorre do art. 18º, nº 1 CRP — cf. JORGE MIRANDA, *Manual* IV cit., 215 ss.e *CPanot* 1 cit., Art. 18º.

²⁶¹ Assim, JORGE MIRANDA constrói, em razão do “seu significado no contexto constitucional” (*CPanot* 1 cit., Art. 17, II, 144), o quadro dos direitos de natureza análoga aos enunciados no título II da Constituição para efeitos do art. 17º *in fine* CRP, onde inclui o art. 20º, nºs 1 (acesso a tribunal) e 2 (direitos à informação jurídica, ao patrocínio, e a fazer-se acompanhar por advogado) (*idem*, 144 e 145). Contudo não vemos razão para que os nºs 4 (decisão em prazo razoável e mediante processo equitativa) e 5 (tutela efectiva) também não sejam direitos fundamentais de natureza análoga, pois estamos *perante aspectos do mesmo direito à tutela jurisdicional* e que podem ser vistos como verdadeiros direitos subjectivos ou como princípios estruturantes, consoante sejam encarados na sua dimensão subjectiva ou na sua dimensão objectiva. Na jurisprudência, o ac. TC 62/91 (13/3/91), DR 91/IA (19/4/1991), 2245 enunciou que o “direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental *de natureza análoga* à dos direitos, liberdades e garantias”.

Na Alemanha os direitos constitucionais processuais dos arts. 101, 103 e 104 GG são tidos como “grundrechtsgleiche” ou como “objektive Verfahrensgrundsätze” para STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1448 e RÜFNER, [*Grundrechtsträger*], ISENSEE /KIRSCHOF V cit., 486, enquanto o art. 19/IV primeira parte GG será um direito fundamental puro — STERN, *idem*, 1440. Contudo, segundo STERN, *idem*, 1463–1465 permanece alguma ambivalência na jurisprudência do BverfG.

A fundamentalidade de um direito constitucional assenta na sua ligação ao valor da pessoa humana — VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 112 ss, *maxime* 140; diversamente, com uma concepção menos material e mais formal da fundamentalidade segue JORGE MIRANDA, *Manual* IV cit., 8 e 9 (“toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental* (sic)” e remetendo a ligação à dignidade para o campo do Direito Natural, limite transcendente ao próprio poder constituinte (*idem*, 53).

²⁶² SEGADO, *ob. cit.*, 265; LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 43; DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 24; STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 378; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 40 ss; A. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *Art. 24º* cit., 529. Implicitamente, GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 396 e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 150.

Dentro dos tipos de direitos fundamentais, a doutrina encara o direito à tutela jurisdicional como um *direito-garantia* ou, simplesmente, como *garantia*²⁶³, como *direito a uma (pluralidade de) prestações*, porque impõe ao Estado o dever de promover as condições jurídicas e materiais do gozo efectivo do bem jurídico afectado através dele²⁶⁴. Esse bem jurídico é a tutela: é o *resultado, obtido junto dos órgãos jurisdicionais pelo titular de uma situação juridicamente protegida necessário para a prossecução do bem jurídico que é objecto desta*. Que resultado — tutela — possa ser esse é algo que apenas pode ser aferido pela verificação do *conteúdo material da situação juridicamente protegida*.

Por ser um direito análogo aos direitos fundamentais, o direito à tutela jurisdicional comporta uma dupla dimensão, *subjectiva* e *objectiva*, como é dominante na doutrina constitucional dos direitos fundamentais²⁶⁵.

²⁶³ VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, 177. Este AUTOR, *idem*, 187 ss, ensina-nos que os direitos fundamentais podem arrumar-se em *direitos cujo conteúdo principal é determinado ou determinável pela Constituição* e em *direitos cujo conteúdo principal é determinado ou determinável pelo legislador ordinário*; se estes são os direitos económicos, sociais e culturais, os primeiros são os direitos-direitos ou *stricto sensu*, direitos-liberdade (liberdades), direitos-garantia (garantias); no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual* cit., t. IV, 113. “Os direitos-garantia “têm uma função instrumental , contendo normas de competência ou regras de acção estadual para protecção de outros direitos (...), em regra, os direitos-*direitos* (sic)” (VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, 121).

²⁶⁴ Estamos a usar a definição de VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, 194, quanto ao que sejam direitos a prestações. Por seu turno, GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 49, se reconhece uma “dependência” do direito à protecção judicial de prestações do Estado (criação de tribunais, processos jurisdicionais) contudo distingue no direito de acesso aos tribunais dimensões garantísticas e dimensões prestacionais: aquelas traduzem-se nas garantias processuais específicas como, por exemplo, uma protecção eficaz e temporalmente adequada ou, ainda, o direito à execução das decisões dos tribunais; as segundas na criação de órgãos judiciais e processos adequados e prestações específicas como o apoio judiciário (*idem*, 501). Em nosso modesto entendimento, todas estas dimensões são reconduzíveis a prestações do Estado ao cidadão, em diferentes níveis: legislativo, administrativo, judiciário. Se assim não fosse estaríamos ou no plano das relações de facto ou de boas intenções.

No mesmo sentido, configurando, o direito à tutela jurisdicional como um direito prestacional, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 53; STERN, *Staatsrecht* III/1, 1988, 706–707; STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 381; JARASS, *Art. 20* cit. Rdn. 90.

²⁶⁵ Nomeadamente, GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 1255 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 114 ss. Por todos, na Alemanha, STERN, *Staatsrecht* III/1 cit., 709 ss.e PAPIER, *ob. cit.*, 1231, distinguindo na *Justizgewähranspruch* uma “objektives Gebot” e um “individuelles Recht”. A dificuldade de separação das duas dimensões torna-se óbvia

Na sua *dimensão subjectiva* podemos falar do direito à tutela jurisdicional como sendo um *direito subjectivo* ²⁶⁶ *de natureza pública* ²⁶⁷ *cujos titulares são todas as pessoas jurídicas — físicas e colectivas, de direito privado e de direito público* ²⁶⁸ —, *em que a tutela* ²⁶⁹ *dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegido constitui a prestação ou objecto imediato deste direito, enquanto o Estado no âmbito da sua função jurisdicional, i.e., através dos tribunais, é o obrigado àquela prestação* ²⁷⁰. Na sua

se pensarmos que se pode sempre tentar ver os deveres do Estado como legislador, como administrador e como juiz, como sendo o conteúdo de um único e complexo direito subjectivo do cidadão — aquilo a que VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 153, apelida criticamente de “re-subjectivação” das dimensões objectivas”.

²⁶⁶ STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 378. Justificando por que os direitos fundamentais são direitos subjectivos — quando lidos numa dimensão subjectiva acrescentamos —, GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 1258 ss.

²⁶⁷ STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 378; HEINTZMANN, *ZPR* / cit, 18, na perspectiva passiva de dever do Estado; PAPIER, *ob. cit.*, 1231. Contra, HABSCHEID, *Der Anspruch auf Rechtspflege*, *ZZP* 67/ 3 e 4 (1954), 199: o cidadão apenas pode esperar que os tribunais apliquem a lei ao seu caso mas sem uma titularidade de um direito subjectivo de natureza pública à actividade do tribunal. Esse direito apenas surge se forem violados os direitos fundamentais no processo e permite-lhe a impugnação, maxime através do *Verfassungsbeschwerde* para o Tribunal Constitucional alemão (*idem*, 198 e 199).

²⁶⁸ Há aqui uma universalidade subjectiva do direito à tutela ou “Prozess für alle” na feliz expressão de BRÜGGEMANN, *Judex statutory und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richermacht und Prateienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß*, 1968, 152. Esta universalidade, decorrente do princípio da igualdade formal, é tida como como “demokratische Element des Zivilprozesses” para BRÜGGEMANN, *ob. loc. cit.*, ou como “garanzia di dimocraticità delle stutture processuali” para COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, 1970, 134. No sentido desta universalidade subjectiva do direito à tutela, com apoio jurisprudencial, DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 29 e 30; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 51–53 e S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *Art. 24º* cit., 531–533; RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., VI, 184. Ainda, num quadro constitucional diferente com separação do direito à tutela perante o Estado e o direito de acesso ao juiz, mas afirmando em ambos os casos a universalidade subjectiva, ANTONI, *Seifert/Hömig* cit., Art. 19, Rdn. 12 ss; HÖMIG, *Art. 101* cit. 640; JARASS, *Jarass/Pieroth* cit., Art. 19, Rdn. 34, PIEROTH, *Jarass/Pieroth* cit., Art. 101, Rdn. 5.

²⁶⁹ Sobre o que esta seja, veja-se o ponto 2.2.1., III deste parágrafo.

²⁷⁰ Daí STARCK, *Art. 19* cit., Rdn. 363 e SCHILKEN, *ZPR* 4, 2002, Rdn. 6 falarem num *Justizgewährungspflicht*. Neste sentido, pode dizer-se, com VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 242, que, por exemplo, “o direito a uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo tem também como destinatário directo e sujeito passivo o

dimensão objectiva, segundo VIEIRA DE ANDRADE, abrangem-se apenas “os conteúdos normativos (...) a que não possam corresponder direitos individuais” ²⁷¹. Nesta acepção, e adaptando a doutrina de VIEIRA DE ANDRADE, o direito à tutela jurisdicional pode, então, ser *fonte de obrigações gerais do Estado, desconexas de direitos subjectivos ou “deveres não relacionais”* ²⁷², resultantes seja de expressa e “directa determinação dos preceitos constitucionais”, seja de uma “irradiação” normativa sobre toda a ordem jurídica das “relações jurídicas [entre o Estado e os particulares] demarcadas pelos direitos subjectivos [fundamentais] dos particulares” ²⁷³; ao *nível abstracto do Poder Legislativo* ²⁷⁴, ao *nível concreto*, na vinculação e numa formatação da actuação dos seus órgãos, agentes e funcionários, seja do *Poder Executivo* do Estado ²⁷⁵, seja do *Poder Judicial* ²⁷⁶.

próprio juiz” pois os tribunais são “prestadores do serviço de justiça”; identicamente, DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 31: a tutela judicial efectiva é “eficaz frente aos tribunais de justiça, que são os órgãos que, em aparente paradoxo, são a um tempo paradigmaticamente chamados a violá-lo e a tutelá-lo”.

²⁷¹ *Os Direitos* cit., 142.

²⁷² GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 1267.

²⁷³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 142.

²⁷⁴ Aqui o legislador ordinário tem o dever constitucional de concretizar a fim de dar “operatividade à defesa dos direitos” (GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 275; no mesmo sentido, SEGADO, *ob. cit.*, 265) em normativos processuais e de organização judiciária as várias garantias que enformam o direito à tutela jurisdicional. Isto significa que o Estado deve *alterar* o sistema processual sempre que este em concreto, objectivamente, e de modo não passageiro, e a despeito da conformidade constitucional formal que possa ter, produza resultados contrários aos princípios constitucionais (STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 963).

²⁷⁵ Assim, a Administração Pública, *maxime*, os serviços judiciários, os serviços de registo e notariado, as conservatórias, os serviços de finanças, estão obrigados a não obstaculizar o funcionamento da justiça quer na interpretação, quer na aplicação das leis ordinárias e devem ser estruturados em ordem à prossecução efectiva. Diversamente, entendendo que não é concebível que o direito à tutela jurisdicional efectiva possa ser imputável à Administração pública mas ao órgão judicial que não põe termo à situação criada pela Administração — o que não é compaginável com o nosso art. 18º, 1 *in fine* CRP — DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 31, suportado em jurisprudência constitucional.

²⁷⁶ Relembre-se aqui o nosso art. 204º CRP — “não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados”. Em consequência, as garantias constitucionais prevalecem e conformam os princípios processuais *clássicos* — dispositivo, inquisitório, contraditório, *etc* — no dizer de STÜRNER, *Verfahrengrundsätze* cit., 649 e, por isso, pode dizer-se que as “disposições

II. O direito à tutela jurisdicional é um direito complexo, pois quando desdobrado naquelas suas dimensões objectiva e subjectiva, mostra-nos “subprincípios e (...) direitos fundamentais” ²⁷⁷. A própria Constituição faz sub-distinções terminológicas: refere-se, nomeadamente, no art. 20º, a três aspectos diferentes: acesso aos tribunais, a prazo razoável, a processo equitativo, a tutela efectiva.

Impõe-se, por isso, arrumar internamente esse conteúdo complexo em ordem a nele buscar a dimensão temporal desse direito a que alegadamente está ligada a tutela cautelar. É preferível uma arrumação de *tipo funcional*, por um lado, operacionalizada numa *análise integrada e inter-relacionada* das várias componentes, por outro ²⁷⁸.

processuais da Lei Fundamental valem por si próprias” nos Códigos de processo, pois “são direito processual imperativo (SCHUMANN *Bundesverfassungsgericht* cit., 145). Além disso, também de um ponto de vista integrativo as garantias constitucionais cobrem lacunas que o sistema processual possa conter. Este papel desempenhado pela garantia do direito à tutela jurisdicional traduz-se, nuns casos, no critério *pro actione* de interpretação mais favorável à efectividade das garantias processuais constitucionais — cf. RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., IX, 191 — e noutros casos, numa interpretação razoável, não arbitrária ou de supresa dos preceitos processuais — cf. DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 35, seguindo jurisprudência constitucional espanhola.

²⁷⁷ RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., VIII, 189. Identicamente, SEGADO, *ob. cit.*, 265; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 33 e 34; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 172, implicitamente, e 368 ss; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 531 e 532.

²⁷⁸ Há outras arrumações possíveis, algumas das quais podem ser confrontadas em VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 66–70. A mais significativa usa um *critério temporal* como se constata em GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 59 — o direito à tutela jurisdicional “produz os seus efeitos em três momentos”: no “acesso à Justiça”, no “processo já iniciado”, e, “uma vez ditada a sentença, no momento (...) da execução e plena efectividade dos pronunciamentos” judiciais — e em TC 444/91 (20/11/1991), DR 78-S/II-2/4/1992, 3112 (= TC 440/94 (27/6/1995), DR 202/II-1/9/1994, 9140 = TC 363/04 (19/5/2004) — o acesso aos tribunais] desdobra-se em três momentos: “primeiro, no direito de acesso a ‘tribunais’ (...), isto é, um direito de acesso à ‘Justiça’” (...); segundo, uma vez concretizado o acesso a um tribunal, no direito de obter uma solução num prazo razoável; terceiro, uma vez ditada a sentença, no direito a execução das decisões dos tribunais ou no direito a efectividade das sentenças”. Não seguimos esta via, porque as funcionalidades ou aspectos do direito à tutela jurisdicional podem fazer-se sentir de modo temporalmente não marcado e em termos interdependentes. Por exemplo, o direito a decisão em prazo razoável vale tanto ao longo do procedimento declarativo como no momento executivo posterior à sentença final.

- garantias referentes ao *acesso à tutela jurisdicional*, definidoras de *quem*, e relativamente a *quê*, pode pedir tutela junto dos tribunais — o direito de acção, em termos sintéticos ²⁷⁹;
- garantias referentes à *configuração da tutela jurisdicional*, definidoras *como* deve ser produzida a tutela — o processo equitativo, em termos sintéticos.

Neste sentido, e apenas neste sentido, podemos dizer que o modelo supranacional de garantias processuais assenta sobre dois pilares que são *desdobramentos de uma mesma garantia de tutela jurisdicional*: o primeiro é uma *justificação* da existência do próprio processo civil, enquanto instrumento, o segundo é um *limite* às configurações possíveis dos respectivos procedimentos.

III. Do que seja a garantia de **direito de acção** não é, em nosso ver, sumamente importante para o objecto da nossa tese. Por uma questão de mínima organização e coerência dogmática da estruturação interna do direito à tutela jurisdicional, basta defini-la como a *situação jurídica activa, formalmente, e em termos gerais, replicadora do carácter subjectivamente universal e objectivamente sem lacunas do direito à tutela jurisdicional, e, funcionalmente e em termos particulares, individualizadora da função de garantia pretendida pelo cidadão para um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido*.

A primeira consideração, *formal e geral*, tem de ser realizada sob pena de não haver correspondência entre o que a Constituição exige e o que o direito ordinário lhe dá: *toda e qualquer pessoa jurídica* há-de ter o direito de acção na sua esfera jurídica e *toda e qualquer interesse com relevância jurídica* há-de poder ser feito valer através dele.

²⁷⁹ Identicamente, LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 55, afirma que o direito de acesso aos tribunais implica o direito de acção; no mesmo sentido, VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 117 e 118. Esta identificação do direito de acesso aos tribunais, *stricto sensu*, com o direito de acção está implícita no ac. TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610 = , TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818, quando afirma que “além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais” outros direitos como à decisão em prazo razoável, à equidade e à exequibilidade da decisão final. Na jurisprudência do TEDH tendo afirmado no ac. TEDH *Golder/ Reino Unido* (21/2/1975), que “l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne proclame pas enternes exprès un droit d'accès aux tribunaux. Il énonce des droits distincts mais dérivant de la même idée fondamentale et qui, réunis, constituent un droit unique dont il ne donne pas la définition précise, au sens étroit de ces mots”, tem sucessivamente concluído (*v.g.*, TEDH *Golder/ Reino Unido*, (21/2/1975), TEDH *Ashingdane/Reino Unido*, (28/5/1985), TEDH *Philis/Grécia* (27/8/1991), TEDH *Hornsby/Grécia* (19/3/1997) pela existência de um “*droit d'accès*” como um dos aspectos daquele direito maior, que designa como direito a um tribunal.

Dessa ligação ao direito à tutela jurisdicional decorre ainda que essa posição jurídica activa há-de ser feita valer perante o Estado ²⁸⁰, detentor do monopólio da Jurisdição. Estamos, desta maneira, a dizer que o direito à tutela jurisdicional previsto no art. 20º, nº 1 CRP implica para o seu titular, um direito de natureza pública ²⁸¹ ao *uso dos meios e recursos judiciais* — aquilo que na terminologia de GOMES CANOTILHO se traduz em normas garantidoras da *abertura* da via judiciária ²⁸².

A segunda consideração, *funcional e particular*, não deriva da Constituição, mas da lógica interna da utilidade que prossegue. Como escreve MANDRIOLI ²⁸³, a acção “postula uma ligação ao direito substancial: a ligação consiste na afirmação no sentido de que a existência da acção é condicionada pelo facto que o direito substancial seja afirmado na demanda”. Dela decorre que deve o sujeito pedir uma *providência de tutela individualizada para prevenir ou reparar uma individualizada violação do seu direito*, alegando os *factos e as razões de direito que fundamentam* esse pedido. Essa via judiciária é uma via que segue, como diremos adiante ²⁸⁴, o *método de discurso lógico* do *processo*, por ser o que se tem por mais *adequado* para ser utilizado na formatação daqueles meios e recursos judiciais.

1.2.2. Processo equitativo

A. Conceito

I. O segundo grupo de garantias, referentes *ao modo como a tutela é gerada*, é tratado sob o conceito alargado de *justo processo* ou **processo equitativo**. Ele merece-nos uma atenção cuidada, pois é possível ancorar nele as garantias quanto à dimensão temporal do processo.

Compulsando a Constituição portuguesa e os sistemas de direitos fundamentais em geral, verificamos que eles, efectivamente, não se preocupam apenas com a obtenção de tutela jurisdicional, mas também com a configuração concreta que conduz à sua obtenção: *essa configuração concreta do processo deve ser equitativa ou justa*. Assim, o nº 4 do art. 20º CRP estabelece que a decisão em prazo razoável deve ser obtida “mediante *processo equitativo*”. Em consonância, a nossa doutrina e a jurisprudência constitucional falam em *processo equitativo* ²⁸⁵ ou, em sinonímia, em *processo justo* ²⁸⁶,

²⁸⁰ Neste sentido, MANDRIOLI, *DPC I* 18 2006, 62.

²⁸¹ LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 87.

²⁸² *Direito* cit., 497.

²⁸³ *DPC I* cit., 65.

²⁸⁴ Neste parágrafo em 2.2.1., I.

²⁸⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 492; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 369.

ou *justo processo* ²⁸⁷. Trata-se de uma expressão que corresponde àquilo que se denomina nos ordenamentos estrangeiros como *due legal process* no direito anglo-saxónico, *giusto* ou *dovuto processo* em Itália ²⁸⁸, na Alemanha como *fairen Verfahren* ²⁸⁹, *procès équitable* em França e Bégica ²⁹⁰, *debido processo legal* em Espanha ²⁹¹ e na América Latina de língua castelhana ²⁹², *devido processo legal* no Brasil ²⁹³.

²⁸⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 39; GOMES CANOTILHO, *idem*, 493–495.

²⁸⁷ TC 259/90 (3/10/1990), DR 19/II–23/1/1991, 809 e TC 8/95 (11/1/1995).

²⁸⁸ O art. 111º, 1ª parte, CIt enuncia no seu nº 1 que “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”; na doutrina: TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., e COMOGLIO, *Valori* cit., 895, 898 ss. e 913.

²⁸⁹ Pela ausência de uma consagração expressa, tem sido importante a elaboração doutrinal quanto ao que é a *Verfahrenfairness*: uma cláusula geral processual a concretizar no caso concreto (VOLLKOMMER, *Der Anspruch* cit., 214), com a função de garantia (“Gewährleistung”) mais vasta de “eines effektiven und fairen Rechtsschutzverfahrens” (STÜRNER, *Die Einwirkungen* cit., 2336 e *Verfahrengrundsätze* cit., 649), derivada, segundo a jurisprudência e a doutrina, dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social de direito previstos no art. 20 GG (SCHWAB/GOTTWALD, *Verfassung* cit., 62; TETTINGER, *Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren*, 1984, 2 ss; VOLLKOMMER, *idem*, 213; STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1472; JARASS, *Art. 20* cit., Rdn. 93; MUSIELAK, *GkZPO* cit., Rdn. 100) valendo como direito fundamental (VOLLKOMMER, *idem*, 214). Diversamente, para SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 160 ss., o que há são posições processuais desenvolvidas pelo BVerfG ao lado daquelas que estão tradicionalmente previstas na GG: o direito a tutela efectiva (*Recht auf effektiven Rechtsschutz*), a processo previsível (*vorhersehbares Verfahren*), a processo equitativo (*fairen Verfahren*) e à tutela jurisdicional (*Rechtsschutzanspruch*). Embora situados no plano dos direitos fundamentais não seriam desta natureza mas sim princípios processuais gerais (*Allgemeinen Prozeßprinzipien*) antes dispersos em indícios legislativos. O *fairen Verfahren* seria precisamente um desses princípios que por via da jurisprudência do BVerfG adquiriu consagração constitucional — e desse modo vinculante das regras processuais ordinárias — congruente com o valor interno que o mesmo teria de ter *ex vi* art. 6º, al. 1ª CEDH e justificativo do recurso constitucional de *Verfassungsbeschwerde* por violação deste. Para STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1471–1472, este princípio do processo equitativo (“Grundsatz eines “fairen Verfahrens”) tem um *valor residual*: “desempenha uma função de absorção [*Auffangfunktion*] das violações mais graves que não possam ser afastadas através das garantias especiais dos direitos fundamentais processuais”, posição que nos parece mais congruente com o sistema constitucional alemão e com a jurisprudência do BVerfG.

²⁹⁰ Afirmando que a “procédure juste et équitable” decorre do princípio geral das garantias de defesa reconhecido pelas leis da República, e com valor constitucional *ex vi*

Contudo, o art. 20º, nº 4 CRP só por si não concretiza o conteúdo do justo processo, embora a Constituição o faça, em parte, mais adiante em sede do processo penal à volta das garantias de defesa constantes do art. 32º CRP ²⁹⁴. Devemos, por isso, socorrer-nos das fontes internacionais de direitos fundamentais, bem como da jurisprudência internacional e constitucional; esta para revelar o que, não estando expresso, decorre dos vários parâmetros de justiça contidos na ideia de processo equitativo.

II. Mas “o que o é um processo justo?”, pergunta pertinentemente GOMES CANOTILHO ²⁹⁵.

Na raiz anglo-saxónica do *legal judgement* ou *due process of law* referido, em especial, no parágrafo 39 da Magna Charta de 1215 ²⁹⁶, e nas 5ª e 14ª Emenda, secção I da Constituição norte-americana de 1787 ²⁹⁷ e que veio a ter expressão internacional, primeiro, no art. 10º, nº 1 DUDH ²⁹⁸, depois no art. 6º CEDH ²⁹⁹ e, finalmente, no art. 47º,

alínea 1ª do Preâmbulo da Constituição de 1946, por força da remissão efectuada pelo Preâmbulo da CRFr, DEBBASCH, *ob. cit.*, 92.

²⁹¹ Neste sentido, SEGADO, *ob. cit.*, 282 ss., a propósito do art. 24º, nº 2 CEs.

²⁹² Assim, C. VARELA, *ob. cit.*, 62 e 175; B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 186.

²⁹³ Art. 5º, inciso LIV CRFBr “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cfr. COMOGLIO, *Valori cit.*, 928–930.

²⁹⁴ Isto explica-se porque historicamente o nosso constitucionalismo começa por afirmar o acesso aos tribunais, em geral, de um lado, e as garantias em processo penal, do outro; a introdução do nº 4 no art. 20º CRP é que veio fazer a ponte entre acesso aos tribunais e processo equitativo.

²⁹⁵ *Direito cit.*, 494.

²⁹⁶ “No freeman shall be seized, or imprisoned, or dispossessed, or outlawed, or in any way destroyed; nor will we condemn him, nor will we commit him to prison, excepting by the *legal judgement* of his peers, or by the laws of the land”. O texto consta de COUTURE, *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”*, RDP 9/Parte I (1954), 83 e de <http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1400/magna.htm>. Cf. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.* reimp. 1973, 1970, 25–30; COMOGLIO, *La garanzia cit.*, 119–131; GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 492 e 493.

²⁹⁷ 5ª Emenda CFEUAm: [no person] “shall be compeled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”; e 14ª Emenda CFEUAm: [No state] “shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. Cf. VIGORITI, *ob. cit.*, 30 ss.; NUNO ROGEIRO, *Constituição dos EUA. Anotada e seguida de Estudo sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos*, 1993, 61 e 62, 69 e 70; HAY, *Law of the United States* ², 2005, 32–34.

²⁹⁸ Que estatui que toda a pessoa tem direito a ver a sua causa ser “equitativa e publicamente julgada” (na versão inglesa “fair and public hearing”) por um tribunal

§ 2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE) ³⁰⁰, estamos perante um *conceito indeterminado*, não redundante ³⁰¹ e que deve, por isso, ser preenchido pelo intérprete. Em conformidade, a doutrina partiu de uma concepção *processual* do *due process of law* – seria o direito a um processo desde que definido na lei – para se consolidar numa concepção *substantiva* orientada pelo valor da Justiça – o direito a um processo justo, apesar de definido pela lei ³⁰².

Por seu turno, o ponto de chegada da rica reflexão que se tem operado na doutrina continental sobre a questão deve, em nosso entendimento, reconduzir-se ao seguinte: o processo equitativo é uma expressão que arruma um *subgrupo* de garantias referentes *ao modo como a tutela deve ser gerada segundo a ideia de Justiça* ³⁰³, i.e., segundo a

independente e imparcial Identicamente o art. 14º, nº 1 PIDCP: “direito a que a (...) causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei”.

²⁹⁹ Este assegura que a apreciação da causa será “*equitativa e pública*”, o tribunal “*independente e imparcial, estabelecido pela lei*” e o respectivo julgamento “deve ser *público*”.

³⁰⁰ Trata do direito a que a “causa seja julgada de *forma equitativa, publicamente* e num prazo razoável”, devendo o tribunal deve ser “*independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei*” — cf. SPITZER (col. KARBOWSKI-RECOULES), *Le procès équitable devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Les juridictions communautaires dépassent de cadre fixé par l’article 6 de la CEDH et étendent le principe du respect des droits de la défense*, *Le procès équitable cit.*, 101–114.

³⁰¹ Pois o processo, como qualquer instrumento ao serviço de valores ou usado segundo valores, não é *a priori* justo; da frieza da sua formalidade não deriva lógica e intrinsecamente a justiça do seus produtos — cf. TROCKER, *Il nuovo articolo cit.*, 384).

³⁰² GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 494 e 495.

³⁰³ Nesta reflexão, o processo equitativo é *primariamente* visto como “materialmente informado pelos princípios da justiça” (GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 494 = GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRPanot* 4, 2007, 415; no mesmo sentido, VOLLKOMMER, *Der Anspruch cit.*, 215). Estes são “critérios materiais (...) expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum” e que implicam que os tribunais procedam a um controlo alargado do respeito pelos direitos fundamentais nas “dimensões materiais e processuais” usando como “parâmetro de controlo (...) o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais” (GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 494 e 495); para TROCKER, *Il nuovo articolo cit.*, 386, trata-se do processo que se “desenvolve no respeito pelos parâmetros fixados nas normas constitucionais e pelos valores partilhados pela colectividade” e que, dessa maneira, busca o que TROCKER, *idem*, 384, designa por “credibilidade e aceitabilidade das formas de tutela judiciária e das

estruturas processuais" (=COMOGLIO, *Valori* cit., 899 ("máximo grau de aceitabilidade moral") = LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 107 ("resultados individual e socialmente justos")). A este núcleo aderem outras "dimensões processuais processuais materialmente relevantes" (GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 495): o "direito a uma decisão fundada no direito, a pressupostos processuais materialmente adequados, a uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada" (*idem*, 495) e um valor de efectividade tanto da própria tutela assim obtida (COMOGLIO, *Valori* cit., 923), como do "direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas" (RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XI, 192).

Contudo, na sua indeterminação o processo equitativo "não se esgota necessariamente nas dimensões assinaladas" podendo aplicar-se residualmente em qualquer situação em que se conclua que o processo não está estruturado em termos que permitam, num prazo razoável, a descoberta da verdade material e uma decisão da causa ponderada" ((RUI MEDEIROS, *idem*, 193).

Esta última visão, objectivista e funcionalista, está plenamente desenvolvida na doutrina de ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, Civil Justice in Crises (dir. ZUCKERMANN; col. CHIARLONI/P. GOTTWALD), 1999, 4 e 5. Este AUTOR fazendo uso da terminologia de BENTHAM, escreve que o "propósito do processo é a rectidão da decisão [*rectitude of decision*], o que requer a aplicação correcta do direito aos factos verdadeiros". Por isso, medidas como "o direito a ser ouvido ou o direito a um tribunal imparcial são ditadas pelo desejo de rectidão da decisão"; pois sem a audição das partes é "menos provável que o tribunal chegue à verdade". Por outro lado, as partes serem tratadas como iguais é "um requisito básico de justiça, de modo que a "primeira característica de um processo justo é que não deve interferir com o poder [*ability*] do tribunal chegar à verdade em termos que favoreça um litigante sobre o outro". Deste modo, ZUCKERMAN pode concluir que "visto que a rectidão da decisão é (...) a exigência mais básica" o justo processo será o sistema processual que tome "os passos suficientes para chegar a decisões que são correctas de facto e de direito". Portanto, o justo processo é aquele que é idóneo a alcançar a verdade material. Por último, depurando esta visão funcional, DENTI, *Valori* cit., 62 e 63, seguindo COMOGLIO, identifica o justo processo como um "princípio de accionabilidade dos direitos" (*i.e.*, a tutela processual não deve ser apenas formal, mas deve permitir efectivamente a realização da materialidade subjacente aos direitos) enquanto FAVREAU, *Aux sources du process équitable. Une certaine idée de la qualité de la justice*, Le procès équitable cit., 18 e 20, identifica a equidade processual com o "direito a uma boa administração da justiça em sentido amplo", apontando, por isso, para "uma certa ideia da "qualidade" da justiça", ou, melhor ainda, com o direito a "uma justiça eficaz e de boa qualidade" = QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 16 (o processo equitativo implica uma necessidade de "definir os parâmetros de uma 'boa administração da justiça'").

obrigação de dar a cada um o que lhe é devido, em função da dignidade da pessoa humana³⁰⁴. Esse subgrupo de garantias comporta várias *dimensões ou parâmetros de configuração ou formatação* do acesso à tutela jurisdicional como *método de obter justiça*³⁰⁵; a saber: um processo é justo porque foi *conforme à Constituição* e, em especial, ao princípio da igualdade, é justo porque procurou a *funcionalidade material*, é justo porque *a sociedade o tem como tal*.

A satisfação de nenhum deles isoladamente não é suficiente para realizar a ideia de Justiça; todos os três têm de ser satisfeitos: a prossecução da funcionalidade material não produz um justo processo se este for desconforme à Constituição, tal como a conformidade à Constituição não pode suprir um procedimento inidóneo para dar resultados congruentes com a realidade; nenhum dos dois basta, ainda que cumulados, se a sociedade vir o processo como injusto – caso em que o se passa é que a sociedade está a encarar a sua Constituição como injusta.

As várias abordagens são conciliáveis como faces de *um mesmo objecto* que conduz a que o processo equitativo *não possa ser explicado só por uma dessas faces*, mas apenas pelo seu conjunto.

Impõe-se agora saber qual desses parâmetros lida com a dimensão temporal do processo.

B. Parâmetros

I. O **parâmetro de conformidade com os direitos fundamentais** é, em boa medida, o aspecto imediato nas preocupações doutrinárias. Retomando o que dissemos sobre a tendência da constitucionalização da organização da actividade do Estado, escreve STERN que os direitos fundamentais são “máximas orientadoras imperativas” (*verbindliche Leitmaximen*) para “organização e processo”³⁰⁶.

Uma organização³⁰⁷ do processo conforme aos direitos fundamentais é uma estruturação que assenta na duas linhas-força do Estado de Direito, de que os direitos

³⁰⁴ FREITAS DO AMARAL, *O princípio da justiça no artigo 266º da Constituição*, Est. Rogério Soares cit., 699 e 700, pois há vários sentidos de Justiça como mostra POSNER, *The problems of jurisprudence*, 1990, 313–352.

³⁰⁵ Identicamente LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 55: o direito de acesso aos tribunais implica não apenas o direito de acção mas também que “o processo emergente do exercício desse direito decorra segundo determinados princípios ordenadores”.

³⁰⁶ *Staatsrecht* III/2 cit., 970–971.

³⁰⁷ Naturalmente que a conformidade de um dada legislação processual ou processo com a equidade devem ser apurados numa perspectiva mediana, de conjunto e em face dos meios postos à disposição, como nota JORGE MIRANDA, *Manual* IV cit., 273, seguindo SALVIA.

fundamentais são estruturantes: a *igualdade* e a *participação*. Uma e outra expressas por meio de normas cujos resultados sejam previsíveis e cuja aplicação potencie essa previsibilidade ³⁰⁸.

Antes de mais uma ***igualdade em sentido material e amplo***, enquanto resultado de um processo não arbitrário, relativamente a duas linhas de relevância ³⁰⁹.

- Ao tratamento das *partes entre si*: um plano de *igualdade entre elas* exigido pelos arts. 10º DUDH, 14º, nº 1 PIDCP, 6º CEDH e 47º, § 2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE) constantemente identificado com a própria qualidade da equidade processual, tanto na doutrina ³¹⁰ quanto na jurisprudência, supranacional ³¹¹ e portuguesa ³¹², implicando um *direito de defesa*, na sua

³⁰⁸ Aplicamos aqui os ensinamentos de GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* ², 2001, 381–382, sobre a igualdade material como *proibição do arbítrio*. Também o ac. TC 263/93 (30/3/1993), DR 182/II (5/8/1993), 8277, identifica o princípio do art. 6º CEDH como “direito a um processo em que as partes estejam entre si numa situação de igualdade”.

³⁰⁹ Neste sentido, LOPES DO REGO, *Acesso cit.*, 69.

³¹⁰ F. BAUR, *Les Garanties cit.*, 19–20; com enquadramento algo diverso, SCHWARTZ, *Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung*, 1977, 23–25; STÜRNER, *Die Einwirkung cit.*, 2337; LOPES DO REGO, *Acesso cit.*, 69; TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao processo civil*, 1993, 40–41; LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 118–120; ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 111–120; COMOGLIO, *Valori cit.*, 895 e 897; QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 209–212; JORGE MIRANDA, *Manual IV cit.*, 272–273; TROCKER, *Il nuovo articolo cit.*, 396–398; DEL RINCÓN, *Comentários a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del justiciable*, 2002, 160–163, 167–168, com jurisprudência nas pp. 208 ss; VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 72–73; RUDY, *Le principe de l'égalité des armes dans la procédure civile allemande*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE) *cit.*, 177–182. J. LAMBERT/PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le principe de l'égalité des armes dans la procédure anglaise*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE) *cit.*, 171–175; RUI MEDEIROS, *Art. 20º cit.*, XI, 193.

³¹¹ Cf. MARCUS-HELMONS, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes. Un aperçu de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Le procès équitable *cit.*, 67–77. Entre outros: TEDH *Neumeister/Áustria* (27/6/1968), TEDH *Delcourt/Bélgica* (17/1/1970), TEDH *Bönisch/Áustria* (6/5/1985), TEDH *Ruiz-Mateos/Espanha* (23/6/1993), TEDH *McMichael/Reino Unido* (24/2/1995), TEDH *Vermeulen/Bélgica* (20/2/1996), TEDH *Lobo Machado/Portugal* (20/2/1996), TEDH *Bulut/Áustria* (22/2/1996), TEDH *Reinhardt e Slimane Kaïd/França* (31/3/1998).

possibilidade e nas armas de que se serve³¹³ e o *direito a ser ouvido lato sensu*
³¹⁴ — “Anspruch auf gerechtlches Gehör” na expressão do § 103 al. 1ª³¹⁵ ou

³¹² Antes da Revisão de 1997, a conclusão de que o processo tinha de respeitar o princípio da igualdade tinha por ponto de partida a garantia de acesso aos tribunais — TC 208/93 (16/3/1993), DR 124/II (28/5/1993), 5607 — ou o princípio do Estado de Direito — TC 396/89 (18/5/1989), DR 212/II (14/9/1989), 9191, TC 397/89 (18/5/1989), DR 212/II (14/9/1989), 9197, TC 47/90 (21/2/1990), DR 154/II (6/7/1990), 7490, TC 204/90 (19/6/1990), TC 62/91 (13/3/1991), DR 91/IA (19/4/1991), 2245. Apenas o ac. TC 8/95 (11/1/1995) associava directamente o princípio do contraditório ao justo processo.

³¹³ Na jurisprudência, o direito de defesa ou proibição de indefesa começou por ser retirado do direito de acesso aos tribunais — TC 335/95 (22/6/1995), DR 174/II (28/7/1995), 8818, TC 451/97 (25/6/1997), DR 239/II (15/10/1997), 12666, TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818, TC 539/97 (24/9/1997), DR 278/II (2/12/1997), 14782 — porquanto a tutela pela via jurisdicional “protege não só a posição da parte activa (autor, exequente ou requerente), como a da parte passiva (réu, executado ou requerido)” (TC 278/98 (10/3/1998) = TC 335/95 (22/6/1995), DR 174/II (28/7/1995), 8818), como a “proibição da (...) privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos judiciais, junto dos quais se discutem questões que lhes dizem respeito” (TC 451/97 (25/6/1997), DR 239/II (15/10/1997), 12666; identicamente, TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610, TC 539/97 (24/9/1997), DR 278/II (2/12/1997), 14782, TC 278/98 (10/3/1998). No entanto, mesmo já o dito ac. TC 335/95 (22/6/1995) ligava a garantia ao *processo jurídico adequado*: “Em todas as tramitações de natureza declarativa que conduzem a emissão de um julgamento (*judicium*) por parte de um tribunal, tem de existir um debate ou discussão entre as partes contrapostas, demandante e demandado, havendo o processo jurídico adequado (a *due process of law clause*, da tradição anglo-americana) de garantir que cada uma dessas partes deva ser chamada a dizer de sua justiça (*audiatur et altera pars*)”.

Na doutrina, afirma-se que *não há processo sem audição lato sensu da parte contrária* (COUTURE, *La garanzia* cit., 86; COMOGLIO, *Valori* cit., 908), pois esta não pode sofrer os inconvenientes que possam resultar da procedência da pretensão do autor sem que se pronuncie sobre o que lhe é imputado (*nemo inauditus damnari potest*) — COMOGLIO, *Giurisdizione* cit., 1081; TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., 393. De um ponto de vista da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, pode-se falar numa *proibição de indefesa*, insíta na ideia de justo processo, e que tem vindo a ser desenvolvido na nossa doutrina mais recente (LOPES DO REGO, *Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil*, Est. Cardoso da Costa cit., 835–839; RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XI, 196; cf., ainda, TC 278/98 (10/3/1998) e TC 413/02 (10/10/2002)), influenciada pela *prohibicion/interdicción de indefensión* ou *non*

direito a *notice and hearing* no *due process of law* anglo-saxónico — de que goza não apenas o réu *ab initio* em simetria com o direito de acção do autor ³¹⁶, mas, em geral, o interessado (*Betroffen* na doutrina alemã ³¹⁷), ou seja, todo o sujeito jurídico directamente atingido (*Unmittelbar betroffen*) nos seus direitos por via dos efeitos do caso julgado, seja parte no processo ³¹⁸ — cfr., entre nós, o art. 680º, nº 1 —, seja terceiro ³¹⁹ — cfr. arts. 680º, nº 2 e 778º.

- e de *cada uma delas perante o tribunal*: os conhecidos *princípios do juiz natural* ou da *predeterminação legal* ³²⁰ (cf. arts. 14º, nº 1 PIDCP, 6º, nº 1 CEDH, 47º, §

indenfensión da doutrina espanhola relativa art. 24º, nº 1 *in fine* CES — assim, SEGADO, *ob. cit.*, 266, 271 e 272, DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 48 ss.

³¹⁴ São, efectivamente, dois direitos (cf. HABSCHEID, *Les grands principes* cit., 7–9): o direito da parte passiva em ser ouvida (*right to be heard* ou *auditor et altera pars* na nossa expressão de direito continental) para poder apresentar alegações e respectiva prova quanto às *questões de facto e de direito* que possam impedir a procedência do pedido da parte activa e o direito da parte passiva à regular citação (*right to notice*) como condição de exercício efectivo daquele primeiro. Também, DEL RINCÓN, *Comentários* cit., 151–154, separa o direito a ser-se ouvido (*stricto sensu*) do direito, mais amplo, à defesa.

³¹⁵ “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”.

³¹⁶ COMOGLIO, *La garanzia* cit., 215 ss. Cf. ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 163 ss; LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 92–101; RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XI, 194–200.

³¹⁷ Assim, em ZEUNER, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, FS Nipperdey I, 1965, 1021.

³¹⁸ Escreve HÖMIG, *Seifert/Hömig* cit., Art. 103, 645, com apoio jurisprudencial, que através da garantia do art. 103/I GG são protegidos todos os participantes no processo: “partes principais, assistentes no processo penal, terceiros intervenientes e, em geral, todo aquele que fique sujeito aos efeitos do caso julgado e que seja directamente prejudicado nos seus direitos”.

³¹⁹ Aqueles que PIEROTH, *Jarass/Pieroth* cit., Art. 103, Rdn. 8, designa por “materialmente interessados”. No mesmo sentido, F. BAUR, *Les Garanties* cit., 16 e WIEDERKEHR, *Les droits de la défense et le principe de la contradiction*, Procédure(s) et effectivité (dir. D’AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE) cit., 167–169. Note-se que os terceiros ao caso julgado, embora não tenham sido partes no processo, não deixam de ter a obrigação de respeitar o caso julgado na sua autoridade intrínseca — *v.g.*, a sua execução —, o que os pode afectar.

³²⁰ O *tribunal*, na sua jurisdição e competência, e o *juiz da causa*, na sua pessoa (HÖMIG, *Art. 101* cit. 640), devem ser determinados em resultado de critérios estabelecidos em lei vigente antes do início da acção, sendo excluídos juízes *ad hoc* e tribunais extraordinários, de modo a ter lugar uma escolha cega, que não seja influenciada pelo caso concreto (cf. acs. TC 393/89 (18/5/1989), DR 212/II (14/9/1989), 9181, TC 41/90 (21/2/1990), BMJ 394 (1990), 176 e TC 327/90 (13/12/1990).

2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE), art. 32º, nº 9 CRP ³²¹), e da *independência e imparcialidade* ³²² — o *right to na unbiased court do due process of law* anglo-saxónico ³²³ — enunciados nos arts. 10º DUDH, 14º, nº 1 PIDCP, 6º, nº 1 CEDH ³²⁴, 47º, § 2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE) e art. 203º CRP ³²⁵.

³²¹ G. MARQUES DA SILVA, *CPanot* 1 cit., Art. 32º, 362 e 363. O mesmo sucede em Espanha, em sede de garantias penais do art. 24º, nº 2 CEs — cf. SEGADO, *ob. cit.*, 278–280; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 56–74, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 175–186; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 556–561; DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 219–257, com rol de jurisprudência; VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 70 e 71; no direito de língua castelhana, ainda C. VARELA, *ob. cit.*, 88–90 e B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 196–290. Já em Itália vale o art. 25º, al. 1ª CRIt — cfr. COMOGLIO, *Giurisdizione* cit., 1096 e 1097; ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 16–20 e 21–32; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 54 — e na Alemanha o art. 101/I segunda parte GG (“Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden” e “Ausnahmegerichte sind unzulässig”) — cf. F. BAUR, *Les Garanties* cit., 9–12; STERN, *Staatsrecht* III/2, 1469; PAPIER, *[Justizgewähranspruch]* cit., 1222 e 1223; HÖMIG, *Art. 101* cit. 639–643.

³²² São valores funcionamente interconexos (VIGORITI, *ob. cit.*, 112–113; ORLANDO AFONSO, *Poder Judicial* cit., 66; CARLOS FRAGA, *Subsídios para a independência dos juízes. O caso português*, 2000, 56 e *Sobre a independência dos juízes e magistrados (Um estudo constitucional comparado entre a Ley Orgánica del Poder Judicial e o Estatuto dos Magistrados Judiciais Portugêses)*, 2003, 26; NEGRI, *L’indépendance du juge civil en Italie (independence et impartialité)*, *Procédure(s) et effectivité* (dir. D’AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE) cit., 84) mas conceptualmente distintos. A *independência* é um valor *externo* ao processo: respeita à não subordinação da função do juiz às demais funções do Estado, apenas sujeito à lei — uma verdadeira imunidade funcional (ANDOLINA / VIGNERA, *ob. cit.*, 35) — e tem sido inúmeras vezes afirmada pelo Tribunal Constitucional (TC 86/88 (13/4/1988), DR 193/II (22/8/1988), 7629 = BMJ 376 (1988), 237, TC 163/90 (23/5/1990), DR 240/II (18/10/1991), 10430 = BMJ 397 (1990), 77, TC 20/11/91 e TC 208/93 (16/3/1993), DR 124/II (28/5/1993), 5607), pela jurisprudência comunitária (por exemplo: TPI/3ª *Enso Española S.A./Comissão* (T-348/94–14/5/1998) e TPI/2ª – *Max. mobil/Comissão* (T-54/99–30/1/2002) e pelo TEDH (cf., MARGUÉNAUD, *La Cour Européene des Droits de l’Homme* ², 2002, 83 e 84, e BERGER, *ob. cit.*, 168–171, 189–193 e 199–208; FONTBRESSIN, *La neutralité du juge*, *Le procès équitable* cit., 79 e 80). A *imparcialidade* é um valor *interno do processo*: o juiz deve estar numa posição de terceiro — a *terzietà* da doutrina italiana (ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 35; TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., 385–386; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 53 — perante os interesses em causa traduzida numa “indiferença pessoal quanto ao resultado do processo” (ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 40).

³²³ VIGORITI, *ob. cit.*, 99–112.

³²⁴ Cf. QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 197–204.

A **participação dos interessados no litígio** significa, no dizer de STERN que, como deve suceder com toda a actividade do Estado que interfira com os direitos dos cidadãos, “as posições materiais de direitos fundamentais não devem ser inutilizadas devido a argumentação e procedimentos insuficientes, mas sobretudo devem ser asseguradas através da participação dos titulares” dos direitos fundamentais ³²⁶.

Num sentido *subjectivo*, essa participação exprime-se por meio de uma relação dialéctica ³²⁷ que corresponde terminologicamente à conhecida expressão *princípio do contraditório*: com o desenvolvimento do processo, cada parte — independentemente da sua posição originária e genética de autor e de réu — pode pronunciar-se sobre cada acto que a afecte. Abordado deste modo, o princípio do contraditório não é qualitativamente diferente do direito de defesa pois é, antes de mais, uma maximização quantitativa, resultante do movimento interno do processo, da *proibição de indefesa* não apenas no início do processo, mas ao longo dele e em cada uma das suas fases ³²⁸.

Num sentido *objectivo* ³²⁹ a participação dos interessados é a própria *lógica* de estruturação do processo ³³⁰ e que se sintetiza numa afirmação: a decisão judicial sobre

³²⁵ Já em Espanha vale a doutrina sobre o art. 24º Ces — cf. GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 164–175; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 548; VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 71 — em Itália os arts. 101º, 108º e 111º Cit — cf. ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 32–47 e NEGRI, *ob. cit.*, 74–92 — e na Alemanha o art. 97º GG — cf. F. BAUR, *Les Garanties cit.*, 6–9; HÖMIG, *Seifert/Hömig cit.*, Art. 97, 623–628; PIEROTH, *Jarass/Pieroth cit.*, Art. 97, Rdn. 1 ss. Já em França a doutrina socorre-se do princípio da separação de poderes do art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do art. 64º CRFr, como mostram DEBBASCH, *ob. cit.*, 75 e 354–358 e DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l’épreuve du droit processuel européen*, 2003, 346 ss, esp. 347–349, enquanto no Reino Unido não operam previsões legais expressas — cf. JOLOWICZ, *Fundamental Guarantees cit.*, 130–142; J. LAMBERT/PAPANDREOU–DETERVILLE, *Le juge impartial en droit anglais*, Procédure(s) et effectivité (dir. D’AMBRA/BENOÎT–ROHMER/GREWE) cit., 93–100.

³²⁶ *Staatsrecht* III/2 cit., 977, em aproximação assumida ao “*due process of law* (...) anglo-saxónico” (*idem*, 976).

³²⁷ Neste sentido: COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, RDP 30/4 (1975), 582 (“estrutura dialéctica do procedimento”); LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 108 (“discussão dialéctica”); TC 373/02 (26/9/2002).

³²⁸ Decompondo, por isso, a garantia de proibição de *indefensión* em relação a cada momento do processo, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 196 ss, com base em fértil jurisprudência.

³²⁹ Linguagem de ZEUNER, *ob. cit.*, 1022.

³³⁰ WIEDERKEHR, *ob. cit.*, 162: o “contraditório é na realidade a própria lógica do processo” porque o “processo é construído sobre uma lógica que é aquela do

uma providência requerida deve ser o resultado de um procedimento ou método que implique uma *faculdade de comparticipação* ³³¹, *colaboração* ou *Mitwirkungsbefugnis* ³³² ou *influência* ou *Einwirkung* ³³³ *paritárias* — *i. e.*, um *contributo* em pé de *igualdade* ³³⁴ — dos interessados no desenrolar do processo, e, em última instância, para a formação da convicção do juiz, quanto às *questões de facto e de direito* ³³⁵. Decisões-supresa estão, assim, excluídas ³³⁶.

II. Por seu lado, o **parâmetro da funcionalidade material do processo** significa que o justo processo é o processo que é *idóneo* a realizar a função de garantia dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos, cometida ao direito à tutela jurisdicional. É para aqui que apontam todos os autores e de modo mais expressivo DENTI ³³⁷.

A *idoneidade funcional* do processo implica que um procedimento esteja construído nas suas fases e na respectiva função de cada uma em termos tais que se possa concluir que incidiu efectivamente sobre a questão colocada pelo autor e que produziu uma solução que pode ser útil ao requerente. Isto equivale a dizer que viola a garantia de acesso aos tribunais um *processo essencialmente inidóneo à produção de uma decisão útil* sobre a pretensão apresentada pelo requerente.

Com este escopo, podemos dizer, e passe a aparente redundância — tal como é aparente na expressão *processo justo* —, que o processo deve ser *funcionalmente* um

contraditório”. Contudo, a possibilidade do terceiro também se opor à acção permite a este AUTOR, *idem*, 167–179, afirmar que o contraditório extravaza o processo.

³³¹ ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 120. Em termos próximos, cf. COMOGLIO, *La garanzia* cit., 242 e *Giurisdizione* cit., 1085 (“possibilidade equivalente de incidir sobre a formação da decisão jurisdicional”), VALLESPÍN PÉREZ, *ob. cit.*, 72 (“diálogo” ou “colaboração entre as partes”) e WIEDERKEHR, *ob. cit.*, 165 (o “caminho que conduz à decisão é o do a favor e do contra”).

³³² ZEUNER, *ob. cit.*, 1016; VOLLKOMMER, *Der Anspruch* cit., 200.

³³³ F. BAUR, *Der Anspruch* cit., 403; TROCKER, *Processo* cit., 371; LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 109.

³³⁴ Porque o “contraditório representa (...) o instrumento técnico que, plasmando a estrutura do procedimento, é pré-ordenado a assegurar tal igualdade” (COLESANTI, *Principio* cit., 584).

³³⁵ É essa a função pressuposta no nº 3 do art. 3º onde se prevê que o juiz deve “observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo”, o princípio do contraditório de modo a que “as partes tenham tido a possibilidade de (...) se pronunciarem” sobre aquelas questões. Cf. o art. 14º NCPC/Fr, os arts. 24º, al. 2ª e 111º CRIt, o § 103º/I GG.

³³⁶ TJCE *Planti e o./Comissão* (C-480/99-10/1/2002); DENTI, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, RDP 23/1 (1968), 127 ss; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, RTDPC 41/2 (1987), 569–584.

³³⁷ Cf. a nota 309.

processo: uma via de múltiplos actos sequenciais dirigidos para a finalidade da concessão e efectivação, *i.e.*, da *realização*, quando possível, de tutela jurídica. Deve sê-lo desde o início e deve sê-lo *in continuum* até à realização final da tutela. Esta realização final, tanto pode implicar uma apreciação de tipo declarativo, caso em que a funcionalidade processual exige uma decisão final e, se necessário, a sua efectiva execução, como pode dispensar aquela — maxime, quando há título executivo —, caso em que a funcionalidade exige a respectiva e efectiva execução.

III. Por último, a este processo formatado no binómio *direitos fundamentais/funcionalidade material* devemos associar o terceiro parâmetro a que chamaríamos de **legitimação social do resultado** — a “credibilidade e aceitabilidade das formas de tutela judiciária e das estruturas processuais” de TROCKER, o “máximo grau de aceitabilidade moral” de COMOGLIO ou a “legitimação democrática” de SCHWAB/GOTTWALD³³⁸. O que se quer dizer com isto é que o processo equitativo é aquele que produz um *resultado socialmente tido por justo*, *i.e.*, a sociedade revê nele a aplicação e o respeito pelos valores constitucionais; como tal esse resultado pode ser credível e pode ser gerador de paz social. Isso pode acontecer quando se verificarem, a nosso ver, duas condições: a condição do *respeito* pelo binómio direitos fundamentais/funcionalidade material; a condição da possibilidade de *verificação externa* desse mesmo respeito.

Com esse escopo a *actividade do tribunal deve ser passível de ser conhecida e apreciada externamente*³³⁹ pelo que o processo deve ser *público* (cf. art. 10º DUDH, art. 14º, nº 1 PIDCP, art. 6º, nº 1 CEDH³⁴⁰, art. 47º, § 2º CDFUE e art. 206 CRP) e o resultado dessa actividade — a decisão jurisdicional — deve ser *fundamentado* seja sobre matéria de facto, seja sobre matéria de direito³⁴¹ (cf. art. 205º, nº 2 CRP³⁴²),

³³⁸ *Verfassung* cit., 17.

³³⁹ “Justice must not only be done, it must also be seen to be done” refere-se no ac. TEDH *Campbell e Fell/Reino Unido* (28/6/1984); cf., ainda, BERGER, *ob. cit.*, 212–215.

³⁴⁰ Cf. TEDH *Pretto/Itália* (8/12/1983), TEDH *Axen/Alemanha* (8/12/1983), TEDH *Fischer/Áustria* (26/4/1995), TEDH *Gautrin/França* (20/5/1998), analisados em QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 212–216, MARGUÉNAUD, *ob. cit.*, 86 e 87 e BERGER, *ob. cit.*, 260–262. Não é, todavia, uma garantia absoluta como se nota nos acs. TEDH *Albert e Le Compte/Bélgica* (10/2/1983), TEDH *Sutter /Suiça* (22/2/1984), TEDH *Haranksson e Sturesson/ Suécia* (21/2/1990), referidos por MARGUÉNAUD, *ob. cit.*, 86 e 87 e BERGER, *ob. cit.*, 194–196).

³⁴¹ Cf. TEDH *Van de Hurk/Holanda* (19/4/1994), TEDH *Hiro Balani/Espanha* (9/12/1994), TEDH *Higgins/França* (18/2/1998), TEDH *Garcia Ruiz/Espanha* (21/1/1999), analisados por FAVREAU, *ob. cit.*, 18 e 19 e PUECH, *Une décision motivée*, Procédure(s) et effectivité (dir. D’AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE) cit., 235–240.

cumprindo-se, assim, o respeito pelo princípio de legalidade ³⁴³ — cfr. art. 203º, segunda parte CRP ³⁴⁴.

IV. Associando agora este excursus com a nossa indagação da dimensão temporal do processo, torna-se claro que ela só tem relevância directa em sede de parâmetro de funcionalidade material do processo: *um processo tardio, ainda que formalmente correcto, pode, antes de mais, ser um processo disfuncional* ³⁴⁵. Há que saber, então, quando é que um processo é tardio, como é que ele é disfuncional e quais são os remédios possíveis.

Contudo, mesmo os outros parâmetros são chamados, reflexamente, à colação: um processo tardio irá prejudicar uma das partes e, por isso, jogará como um factor de desigualdade entre as partes; um processo que seja disfuncional e cause desigualdades é um processo que vai produzir um resultado socialmente tido por injusto.

³⁴² Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 121–123. A “definição do conteúdo desse dever, quer em extensão, quer em profundidade, é totalmente relegada para a lei ordinária, apenas afirmando um princípio vagamente programático”(TC 219/89 (15/2/1989), DR 148/II (30/6/1989), 6476 = BMJ 384 (1989), 265 = TC 310/94 (24/3/1994), DR 199/II (29/8/1994), 8888. Em Itália o art. 111º, al. 6ª CRI impõe que todos os procedimentos judiciais devem ser *fundamentados* — cf. ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 163 ss.— enquanto na Alemanha JARASS, *Art. 20* cit., 567, defende essa fundamentação quanto às decisões de prova, em sede de *fairen Verfahren*, precisamente. Já em Espanha, a necessidade de motivação da sentença é retirada da garantia geral da tutela jurisdicional do art. 24º, nº 1 CE como escrevem GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 268–280, S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 540 e 541 e DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 402–405 e 435 ss.

³⁴³ Assim, COMOGLIO, *Giurisdizione* cit., 1102 e DENTI, *L’art. 111 della Costituzione e la riforma della cassazione*, Sistema e riforme cit., 315 e 316.

³⁴⁴ A fundamentação da decisão cumpre um dupla função segundo os acs. TC 219/89 (15/2/1989), DR 148/II (30/6/1989), 6476 = BMJ 384 (1989), 265 e TC 310/94 (24/3/1994) DR 199/II (29/8/1994), 8888, subsumível ao parâmetro da legitimação social: uma função endoprocessual (“impor ao juiz um momento de verificação e controlo crítico da lógica da decisão, permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação e colocar o tribunal de recurso em posição de exprimir, em termos mais seguros, um juízo concordante ou divergente”) e uma função extraprocessual (“tornar possível um controlo externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão”). No mesmo sentido: COMOGLIO, *Giurisdizione* cit., 1102–1103; contra, restringindo a função de controle externo ao carácter não secreto do processo, DENTI, *L’art. 111* cit., 315.

³⁴⁵ Cf. no ponto seguinte a demonstração desta afirmação.

Deste modo, vamos investigar em especial o *parâmetro da função material do processo*, descobrir nele uma funcionalidade temporal, eventualmente em diálogo com os outros parâmetros.

2. Funcionalidade temporal do processo

2.1. Tutela jurisdicional efectiva e efeito útil. Factores de efectividade

I. A *funcionalidade material* enquanto parâmetro do justo processo comporta, em nosso entendimento, uma *funcionalidade de procedimento* e uma *funcionalidade de resultados*.

A *funcionalidade de procedimento* abarca garantias avulsas como: o *direito ao método* ³⁴⁶, cuja estrutura lógica seja em abstracto a mais adequada à *formulação e aplicação de uma decisão sobre o pedido de tutela de direitos subjectivos e de interesses legalmente protegidos* ³⁴⁷, i.e., um direito a um *processo/procedimento* ³⁴⁸; o *direito à prevalência da materialidade subjacente* a esse método (*servir o direito substantivo*), concretizado num princípio *pro actione* ou *favor actionis* das normas processuais, como está indiciado no nº 1 do art. 2º CPC ³⁴⁹ (tanto na sua criação ³⁵⁰, quanto na sua interpretação e aplicação pelos tribunais ³⁵¹, afastando soluções

³⁴⁶ COMOGLIO/FERRI/TARUFO, *LDPC* cit., 12: “um método para a solução de conflitos”.

³⁴⁷ A persistente utilização legal da sequência — *individualização das posições* das partes, *apreciação* dessas posições, *decisão* quanto à providência pedida, *produção de efeitos jurídicos* pela providência obtida, incluindo a sua execução forçada — mostra que esta parece ser a mais adequada.

³⁴⁸ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 498 e RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., IX.

³⁴⁹ Introduzido para afirmar o direito à apreciação da pretensão, em desfavor das meras decisões de forma, segundo LEBRE DE FREITAS/J. REDINHA/R. PINTO, *CPCanot* 1 cit., 4.

³⁵⁰ SCHUMMANN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 168; LOPES DO REGO, *Os princípios* cit., 839 e 840; M. FERNANDA MAÇÃS, *As medidas* cit., 455.

³⁵¹ SCHUMMANN, *idem*, 167: o princípio do *fairen verfahren* conduz a uma *Meistbegünstigungstheorie*; STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 963; M. FERNANDA MAÇÃS, *ob. loc. cit.*; RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., IX, com jurisprudência constitucional.

formalmente mais severas ³⁵²), e num direito a uma *decisão sobre o fundo da causa* ³⁵³, favorável ou desfavorável, e não apenas a uma qualquer decisão ³⁵⁴.

Uma preocupação com o factor *tempo* não está aqui presente directamente, mas apenas com a optimização do perfil da via de tutela. Se ela precisar de ser aperfeiçoada será por uma bitola temporal determinada por factores materiais — *maxime*, o mérito da causa — cuja relevância é fixada em sede de *funcionalidade de resultados*. É neste âmbito que directamente se coloca a questão do tempo no processo.

II. O ponto de partida quanto à questão da funcionalidade de resultados é o art. 20º CRP, que consagra que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de *decisão em prazo razoável*” (nº 4). Está-se, deste modo, em sintonia com o art. 6º, nº 1 CEDH quando este propugna que a “pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada (...) num *prazo razoável*”, o que é repetido no art. 47º, § 2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE) ³⁵⁵.

A matéria não se esgota na questão temporal, porém: o nº 5 do mesmo artigo garante que a tutela de direitos, liberdades e garantias pessoais ³⁵⁶ faz uso de “*procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade*, de modo a obter *tutela efectiva* e em *tempo útil* contra ameaças ou violações desses direitos” ³⁵⁷, enquanto em sede de direitos e garantias dos administrados declara-se no nº 4 do art. 268º CRP o direito a uma “*tutela jurisdicional efectiva*”.

³⁵² HABSCHEID, *Les grands principes* cit., 12.

³⁵³ SEGADO, *ob. cit.*, 272 e 273; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 37–42; ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 92–95; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 57; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 538 e 539; B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 50 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 498.

³⁵⁴ A funcionalidade do processo — ser um mero instrumento de garantia dos direitos — implica que não lhe pode ser indiferente o conteúdo do seu próprio resultado, devendo este ser uma decisão sobre a procedência do pedido de tutela. Cf. neste sentido, P. PISANI, *LDPC* cit., 199. Por isso, só é constitucional uma decisão final de forma quando seja fundada em motivos razoáveis.

³⁵⁵ Já o art. 8º DUDH fala genericamente em “recurso efectivo” aos tribunais e o art. 14º, nº1, al. c) PIDCP garante ao arguido em processo penal o direito a ser julgado “sem demora excessiva”, no que parece ser uma tradução da 6ª Emenda, secção 1 CFEUAm.

³⁵⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 506 e 507; RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XIV, 204.

³⁵⁷ No plano ordinário constata-se ainda que o art. 2º é uma *súmula global destes aspectos dispersos pela Constituição*. Assim, no nº 1 afirma-se que a “protecção jurídica implica” quer o “*direito de obter, em prazo razoável, uma decisão* que aprecie com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo” quer a “*possibilidade de a fazer executar*”, enquanto no nº 2 do artº 2º se afirma que a “todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada (...) bem como os *procedimentos* necessários para *acautelar o efeito útil* da acção”.

Por seu turno, na jurisprudência o TEDH tem vindo a desenvolver uma *visão qualitativamente funcional e quantitativamente global do acesso à tutela* ³⁵⁸. No seu centro estão vários arestos que têm declarado expressamente que o art. 6º, nº 1 CEDH consagra um direito à tutela jurisdicional efectiva ou “*droit à une protection judiciaire effective*” ou “*effective remedies*” ³⁵⁹, enquanto tutela “não teórica ou ilusória dos direitos” derivada do espírito da Convenção e vertida no art. 6º, nº 1 CEDH ³⁶⁰. Essa visão tem vindo a ser desdobrada em sistemáticas decisões relativas ao *direito à execução* — e por isso escreve QUILLERÉ-MAJZOUB ³⁶¹ que a “consagração de um direito à execução das decisões da justiça como compondo o direito a um processo equitativo constitui uma nova vitória da efectividade deste direito — e ao *direito em decisão em prazo razoável*” ³⁶².

Entre nós tal nexó entre o direito a decisão em prazo razoável, o direito à sua execução e a garantia de efectividade da tutela foi também plenamente estabelecido pelo Tribunal Constitucional ³⁶³.

III. Por conseguinte, antes de uma garantia relativa ao *tempo do processo*, há garantias relativas aos *resultados* da tutela concedida — decisão em prazo razoável, possibilidade de execução, efeito útil — que podem ser consideradas como *aspectos* de um *direito à tutela jurisdicional efectiva* ³⁶⁴ ou *tutela plenamente eficaz* para usar a terminologia de JARASS ³⁶⁵. Subjectivamente, no dizer do Tribunal Constitucional

³⁵⁸ FAVREAU, *ob. cit.*, 19 e 20.

³⁵⁹ Entre outros, TEDH *Adali /Turquia* (31/3/2005), TEDH *Antonetto/Itália* (20/7/2000), TEDH *Matheus/França* (31/3/2005).

³⁶⁰ Permitimo-nos estar aqui a citar um dos argumentos do requerente em TEDH *Estima Jorge/Portugal* (21/4/1998), cujo recurso veio a ser julgado procedente.

³⁶¹ *Ob. cit.*, 226.

³⁶² Assim sucedeu nas decisões TEDH *H./França* (24/10/1989) e TEDH *Moreira de Azevedo/Portugal* (23/10/1990) em que o TEDH afirmou que o objectivo do prazo razoável é que a “justiça seja realizada sem atrasos capazes de comprometer a sua eficácia e a sua credibilidade”.

³⁶³ TC 444/91 (20/11/1991), DR 78-S/II (2/4/1992), 3112; TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610; TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II-5/3/1997, 2818.

³⁶⁴ Afirmando esse direito expressamente, TC 44/91 (20/11/1991), DR 78-S/II (2/4/1992, 3112. Esta nossa opção terminológica cobre as variantes usadas na doutrina e jurisprudência de direito a uma protecção jurídica “*eficaz, completa e temporalmente adequada*” (STERN *Staatsrecht* III/2 cit., 1141), *efectiva e em tempo útil* (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* cit., 369), “*eficaz e temporalmente adequada*” (GOMES CANOTILHO) *Direito* cit., 499, seguido por LOPES DO REGO, *Acesso* cit., 54).

³⁶⁵ O “princípio do Estado de direito exige uma *tutela jurídica plenamente eficaz* [*wirkungsvollen*] nos litígios de direito civil” (*Art. 20* cit., 565). Identicamente, LEIPOLD,

alemão, citado por BLECKMANN, o “cidadão tem uma pretensão substancial a um controle jurisdicional facticamente eficaz”³⁶⁶.

A compreensão do que seja essa garantia, vista no seu todo, pode ser facilitada se fizermos, quanto aos resultados produzidos por um procedimento, qualquer que seja a sua natureza, a distinção entre o plano do *valor abstracto* e o plano do *valor concreto*. A partir dela chega-se ao conceito de *efeito útil*.

O *plano do valor abstracto* dos resultados basta-se com a *ocorrência* da decisão final ou com uma providência executiva — aquilo a que chamaremos doravante por *providência de tutela*. O *plano do seu valor concreto* exige que aquela providência de tutela haja satisfeito a *necessidade de protecção* de um dado bem jurídico que é objecto de uma posição activa subjectiva juridicamente relevante — a tutela *proprio sensu*.

Nesta perspectiva, há uma distância final que tem de ser coberta pelo processo e que medeia entre a simples concessão da *providência de tutela* e a tutela *proprio sensu*. Essa cobertura é a *efectividade* ou *efeito útil*.

A esta luz é irrelevante a distinção técnica entre processo declarativo e processo executivo: o que importa é o resultado final de prevenção ou de eliminação concreta e estável pelo tribunal de uma situação de violação de uma concreta posição jurídica subjectiva.

A aferição *in casu* da efectividade da tutela resultará, então, da resposta a uma simples pergunta: a medida jurisdicional proferida no termo do processo teve efeito útil, como delimitámos? Em resposta a esta pergunta, a tutela judicial efectiva é a tutela judicial com efeito útil, enquanto a tutela judicial não efectiva é a tutela judicial sem efeito útil. Por isto, alguma doutrina fala mesmo de um princípio geral do efeito útil³⁶⁷.

IV. É pacífico que não há tutela se uma decisão não chega a ser aplicada, no todo ou em parte³⁶⁸, ou se pretende aplicar-se em termos temporalmente inadequados³⁶⁹.

Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90/3 (1977), 259 e PAPIER, *ob. cit.*, 1228. Ainda, STARCK, *Art. 19 cit.*, Rdn. 462: o “art. 19/IV garante não apenas uma tutela jurisdicional pura e simplesmente, mas também a sua efectividade”; no mesmo sentido, BLECKMANN, *Staatsrecht II* 4, 1997, 1165.

³⁶⁶ *Staatsrecht II cit.*, 1165.

³⁶⁷ Assim, FAVREAU, *ob. cit.*, 19.

³⁶⁸ Se não houvesse uma garantia de execução, todas as garantias feitas valer na fase declarativa não teriam servido para nada como bem nota QUILLERÉ-MAJZOUB (*ob. cit.*, 226). Por exemplo, a garantia de igualdade entre as partes, já que uma sentença não executada é uma sentença que “permanece inoperante em detrimento de uma parte” (TEDH *Hornsby/Grécia* (19/3/1997 = TEDH *Immobiliare Saffi/Itália* (28/7/1999), TEDH *Antonetto/Itália* (20/7/2000), TEDH *Lunari/Itália* (11/1/2001), TEDH *Matheus/França* (25/3/2005), TEDH *Guez/França* (17/5/2005). É uma garantia que tem aceitação doutrinal tanto entre nós — cf. GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 500 e 501; RUI

Mas a verdade é que também não há tutela se o *conjunto dos efeitos jurídicos e de facto que gera* não forem, pela sua natureza, idóneos para resolver o litígio decidido, seja porque o meio processual não é *abstractamente* adequado a dar esse conjunto de efeitos ³⁷⁰, seja porque esse conjunto de efeitos não é *materialmente* idóneo para o problema, v.g., refere-se a um quadro de facto sem correspondência com a realidade concreta do litígio ou é legal ou fisicamente impossível ³⁷¹. Ou, ainda, se esses efeitos,

MEDEIROS, Art. 20º cit., XII, 202; TC 677/95 (23/11/1995), DR 69/II (21/3/1996), 3879; TC 281/04 (21/4/2004) — como no estrangeiro — cf. PAPIER, *[Justizgewähranspruch]* cit., 1228, 1230 e 1231; SEGADO, *ob. cit.*, 273-375; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 45 e 46; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 337-368; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 542-544.

³⁶⁹ Ligando tempestividade e eficácia, TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., 406.

³⁷⁰ Nesse sentido, a adequação do conteúdo, i.e., as características materiais da causa, implica que o legislador deve prever *meios de tutela* que sejam funcionalmente idóneos a obter resultados capazes de resolver o litígio ou, se quisermos, a realizar a instrumentalidade constitucionalmente exigida. *Um processo que não seja sequer abstractamente idóneo a resolver o litígio é um processo ineficaz*. Isso conduz a que o legislador fica sujeito a uma obrigação de a *uma “diversidade de direitos” fazer corresponder uma “diversidade de remédios jurisdicionais”* (R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 6; no mesmo sentido, P. PISANI, *LDPC* cit., 50) ou seja, fazer a tutela desdobrar-se em *tutelas diferenciadas* (cf. P. PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, RDP 34/3 (1979), cit., 536-591 e MONTESANO/ARIETA, *TDPC* II/1, 2002, 5 e 6).

³⁷¹ Trata-se, assim, de aplicar as estatuições das normas de direito substantivo pertinentes. Ora uma vez que essas normas pressupõem a subsunção da matéria de facto à respectivas previsões, a adequação de conteúdo da medida apenas pode suceder se os resultados probatórios forem consistentes ou congruentes com a realidade física e jurídica; um processo que conduza a resultados falsos no confronto com a realidade é um processo ineficaz. Por isso o processo “prossegue em primeira linha a realização dos direitos subjectivos sobre o **fundamento da verdade**” (VOLLKOMMER, *Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen*, ZZP 81/1-2 (1968), 10 = SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 11), o que também é defendido por ZUCKERMAN, *ob. cit.*, 4, STÜRNER, *Die Einwirkungen* cit., 2336 e 2337 e RUI MEDEIROS, Art. 20º cit., XI, 192 e 193.

Este implica o respeito por uma condição geral e algumas condições especiais.

A *condição geral* para o cumprimento do direito à verdade material é o respeito pelo já referido *parâmetro dos direitos fundamentais*: a “primeira característica de um processo justo é que não deve interferir com o poder [“ability”] do tribunal chegar à verdade em termos que favoreça um litigante sobre o outro”, já que violando-se a exigência de igualdade (ZUCKERMAN, *idem*, 5) e sem a audição das partes é “menos provável que o tribunal chegue à verdade” (*idem*, 5).

A *primeira condição especial de verdade material* é o *direito à prova* (cf. SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 463; já GOMES CANOTILHO, *O ónus da prova na jurisdição das*

ainda que sejam materialmente idóneos, não gozam da *estabilidade adequada* à

liberdades. Para uma teoria do direito constitucional à prova, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, 2004, 17, associa-a ao processo equitativo, genericamente). Esta deve conhecer uma admissibilidade plena de meios (princípio geral da liberdade da prova, segundo ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 106 e, implicitamente, LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 111), embora restringida ao que for pertinente/relevante perante o objecto processual (BURNS, *A theory of the trial*, 1999, 88 e 89; GONZÁLEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, 242-244; ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 571 e 572; B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 213; LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 111); deve ser a mais ampla e fácil de produzir do ponto de vista quantitativo; a mais exigente ponto de vista qualitativo, *i.e.*, do ponto de vista da adequação entre os resultados que produz e a realidade; e deve ser temporalmente oportuna: a *ratio* entre o momento em que se deve exercer o contraditório e a sua duração, deverá ser a suficiente para as partes apresentarem efectivamente a sua prova de modo a “não tornar na prática excessivamente árdua, senão mesmo impossível, a tutela jurisdiccional dos direitos” (VIGORITI, *ob. cit.*, 86). Por fim, essa prova produzida deverá ser apreciada de modo efectivo, livre e sem pré-juízos pelo tribunal (VIGORITI, *ob. cit.*, 96 e 97; TROCKER, *Processo cit.*, 510 ss).

A *segunda condição especial de verdade material* é o direito ao recurso, ao menos de decisões que violem direitos fundamentais — neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 277 = GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRPanot cit.* 418, na esteira de STARCK, *Art. 19 cit.*, Rdn. 447 e 448; LOPES DO REGO, *Acesso cit.*, 81 e 82, (invoca os votos de vencido de VITAL MOREIRA e ANTÓNIO VITORINO nos acs. TC 65/88 (23/3/1988), DR 192/II (20/8/1988), 7591 e 202/90 (19/6/1990), DR 17/II (21/1/1991), 701) e RUI MEDEIROS, *Art. 20º cit.*, XII, 200 e 201. Impõe-se, deste modo, um princípio de razoabilidade e proporção à linha dominante que, espaldada na literalidade do direito positivo que apenas reserva o direito ao recurso para o processo penal — cfr. art. 14º, nº 5 PIDCP, art. 2º do Protocolo nº 7 à CEDH, art. 6º, nº 1 CEDH (cf. TEDH 13/7/1995 (Tolstoy Miloslavsky/Reino Unido) e MARGUÉNAUD, *ob. cit.*, 82), art. 32º, nº1 CRP (cf. TC 31/87 (28/1/1987), DR 76/II (1/04/1987, 4139), TC 259/88 (9/11/1988) , DR 35/II (11/02/1989), 1542, TC 447/93 (15/7/1993), DR 95/II-23/04/1994, 3707 e, entre outros, TC 26/2/1991, TC 190/94 (23/2/1994), TC 261/94 (23/3/1994), DR 171/II-26/07/1994, 7506, TC 265/94 (23/3/1994), DR 165/II-19/07/1994, 7239) — propugna a ausência de um duplo grau de jurisdição cível — assim, Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 42-44; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 310 e 311; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 541 e 542; PAPIER, *ob. cit.*, 1227; B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 109-113; DEBASCH, *ob. cit.*, 20; ainda: na Alemanha, a jurisprudência restritiva do BVerfG *apud* JARASS, *Art. 20 cit.*, Rdn. 91, em Espanha, as decisões analisadas por GIL-ROBLES, *Los nuevos limites de la tutela judicial efectiva*, 1996, maxime, 65-83 e, entre nós, TC 447/93 (15/7/1993), DR 95/II (23/04/1994), 3707, TC 336/95 (22/6/1995), DR 175/II (31/7/1995), 8887, TC 237/97 (12/3/1997), DR 111/II (14/5/1997), 5572, TC 125/98 (5/2/1998), DR 102/II (4/5/1998), 5949.

questão de mérito ³⁷² — absoluta nuns casos ³⁷³, relativa em outros ³⁷⁴. Uma resolução instável é uma não resolução, tanto no plano imediato dos sujeitos envolvidos ³⁷⁵, como

³⁷² É pacífica a afirmação de uma necessidade de estabilidade da decisão de tutela seja na jurisprudência do Tribunal Constitucional — *v.g.* TC 65/88 (23/3/1988), DR 192/II (20/8/1988), 7591 = BMJ 375 (1988), 178 (assegura-se “em termos absolutos e num campo de estrita horizontalidade a obtenção de uma decisão jurídica definitiva”) —, seja na doutrina nacional — *v.g.* de GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 264 e ISABEL ALEXANDRE, *O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa*, Est. Cardoso da Costa, 61 (a “definitividade da decisão proferida a final num processo é encarada como algo de natural, porque imanente à função jurisdicional”). No estrangeiro, seguem nesse sentido: PAPIER, *ob. cit.*, 1228, 1229 e STERN, *Staatsrecht* III/2 *cit.*, 1189, na Alemanha; MONTELEONE, *DPC cit.*, 541, na Itália; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 46 e 47, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 297–300, ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 542–544, DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 401 e 402, 410–417, 418 e 422 ss., em Espanha.

³⁷³ Fala-se, então, numa *garantia constitucional de caso julgado* (MONTELEONE, *DPC cit.*, 541 e 542; GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 265) não expressamente prevista na Constituição, mas implícita em pontos como a previsão de Estado de Direito do art. 2º CRP ou do *non bis in idem* penal do art. 29º, nº 5 CRP (GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 265), como tem sido dito pela jurisprudência constitucional (Cf. ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, 38–61) e supranacional (cf. TEDH *Brumărescu/Roménia* (28/10/1999)). E, na verdade, se descermos ao direito ordinário vemos que o Código de Processo Civil repete a garantia de acesso aos tribunais no art. 2º, nº 1 funcionalizada no direito à obtenção de “decisão judicial que aprecie, *com força de caso julgado*, a pretensão regularmente deduzida em juízo”.

Trata-se de uma técnica de estabilização dos resultados do processo mas que não é única (cf. a nota seguinte), integrando-se numa linha gradual de estabilização. Efectivamente, como nota o Desembargador TOMÉ GOMES nas suas sessões de formação no Centro de Estudos Judiciários, antes mesmo do trânsito em julgado, uma decisão adquire logo com o seu proferimento um *primeiro nível de estabilidade* restrita resultante de o exercício do poder jurisdicional para um dado objecto processual se esgotar nesse mesmo proferimento, como impõe o art. 666º, nº 1. Esse esgotamento é, afinal, uma estabilidade formal, normalmente associada apenas ao caso julgado: o conteúdo da decisão é já inalterável quanto ao órgão que a produziu, embora não o seja para as demais instâncias, nem para as partes. Quando sobrevir o trânsito em julgado o conteúdo da decisão torna-se inalterável e vinculativo quanto a tribunais e partes. Aí, sim, estamos em sede de caso julgado, podendo falar num *segundo nível de estabilidade alargada*, condicional. Escrevemos *condicional* porque, uma vez que o sistema admite acções de anulação de decisão transitada em julgado, ditas de recursos extraordinários na terminologia do nosso Código, que podem revogar a decisão. Uma vez que estes têm um prazo — cf. arts. 772º, nº 2 e 780º — pode dizer-se que no seu

termo a decisão alcança um *terceiro nível de estabilidade alargada*, definitiva. É nisto que consiste a estabilidade absoluta.

³⁷⁴ Estamos a referir-nos às eventualidades em que providência de tutela não tendo um valor definitivo na ordem jurídica — são, neste sentido, *provisórias* — têm, contudo, algum valor de estabilidade que, por menor que seja em comparação com aqueloutro, é imposto pelo processo equitativo. Isso pode suceder tanto por *razões processuais*, quanto por *razões materiais*.

A *provisoriedade* é por *razões processuais* ou *extrínsecas* quando uma mesma situação jurídica obteria uma tutela com caso julgado absoluto se apreciada segundo outro procedimento. Isso sucede com tutelas com restrições às garantias constitucionais justificadas por razões que levam a que um direito não obtenha desde logo a tutela definitiva que exige e adiante designadas de tutela sumária — cf. o § 6º 1.

A *provisoriedade* é por *razões materiais* ou *intrínsecas* sempre que a providência seja provisória em razão *dos caracteres das próprias situações jurídicas em jogo — a natureza do objecto material do processo*. Exemplo: os direitos que podem ser objecto de tutela dita de *jurisdição voluntária* (v.g., a atribuição da casa de morada de família (art. 1413º), a curadoria provisória de bens de ausente (art. 1451º ss) cujas “*resoluções* podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em *circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração*” (art. 1411º, nº 1). Tratam-se, porventura, de direitos que geram carências de tutela temporalmente continuadas — permanentes ou *actuais* diríamos — por serem intrinsecamente mutáveis. Nessas eventualidades, o processo para ser equitativo — i.e., funcionalmente instrumental ao direito material — *não pode, nesses casos, produzir uma providência absolutamente inalterável* no sentido de dotada, sucessivamente, dos três níveis de estabilidade atrás apurados. Ao mesmo tempo, para responder à exigência de segurança jurídica, também *não pode produzir uma providência de tutela despida por completo de estabilidade*. O que sucede a nosso ver é que tais resoluções, sob pena de completo e iníquo arbítrio, alcançam o *primeiro nível de estabilidade*, i.e., vale aí também o art. 666º, nº 1, e *um segundo nível de estabilidade* de alcance menor, mas *existente*: enquanto não se verificarem as previsões de reapreciação mantém-se o *conteúdo da providência* e, em qualquer caso, há uma *vinculação das partes e tribunal à decisão que esteja vigente*. Pode-se, por isso, falar de um *caso julgado relativo* ou *rebus sic stantibus*. Enfim, o *terceiro nível de estabilidade* apenas se justifica naquilo que não seja abrangido pela própria alterabilidade das resoluções, i.e., que caia no segundo nível de estabilidade, e que induza a uma anulação da resolução nos termos gerais — maxime, prevaricação, concussão, suborno ou corrupção do juiz nos termos do art. 771º, nº 1, al. a) e fraude a terceiro, justificando a sua oposição nos termos do art. 778º.

³⁷⁵ MONTELEONE, *DPC* cit., 542: o “direito de acção e a propositura da demanda judicial seriam na prática despidos de conteúdo e valor, não conduzindo a um resultado certo mas susceptível de constante contestação”.

no plano mediato da *certeza e paz jurídicas* ³⁷⁶. Estas, reunidas no *princípio da segurança jurídica*, são, aliás, valores ínsitos ao Estado de Direito ³⁷⁷.

Podemos assim concluir que o direito à tutela jurisdicional efectiva é função de três factores ³⁷⁸, respectivamente: *efectividade de conteúdo*, *efectividade de execução* e *efectividade temporal*.

Para a nossa investigação é apenas pertinente a *efectividade temporal*.

2.2. Efectividade temporal

2.2.1. Tempo e processo

I. Não há protecção temporalmente adequada quando a duração excessiva acaba por ter os mesmos efeitos — total ou parcialmente — que a negação inicial de acesso à via judiciária como se diz nas alegações dos requerentes citadas no TEDH *Matos e Silva, Lda e o./Portugal* (16/9/1996).

Esta afirmação por ser inegavelmente correcta — tanto o é que se trata das considerações mais vezes glosadas pela jurisprudência dos direitos do Homem — é um bom ponto de partida para algumas reflexões sobre o tempo como factor de efectividade da providência de tutela. Ela suscita-nos uma interrogação: o que é a *adequação temporal* da tutela?

A resposta a esta interrogação passa, em nosso ver, pela ponderação do ponto de vista *quantitativo* — quanto tempo deve ser dado à parte para praticar um acto, *maxime* de propositura da acção e contestação, de apresentação das provas, da sua discussão? Quanto tempo dever ser alocado à obtenção da tutela, incluindo a sua execução? Há uma tutela demasiado tardia ou pode também haver uma tutela demasiado prematura, e se houver como se afere o *tardio* ou o *prematureo*? — e um ponto de vista *qualitativo* — que aspectos da tutela são afectados pelo tempo? A cognição? A execução?

Estes dois aspectos formam uma unidade intrínseca, em que um é função do outro. A este propósito parece-nos ser de utilizar como instrumentos de análise as considerações de ZUCKERMAN ³⁷⁹ e de TROCKER ³⁸⁰ sobre o problema.

³⁷⁶ Em última instância, estamos a dizer que o que se garante na Constituição pela consagração das garantias de processo equitativo e de segurança jurídica é a *estabilidade formal*, *qualquer que tenha de ser a sua configuração*, e não apenas o caso julgado proprio sensu. O que determina uma ou outra é o mérito da acção. O que se designou de *caso julgado relativo* ou *rebus sic stantibus* é também uma configuração adequada ao processo equitativo.

³⁷⁷ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, 257 e REIS NOVAIS, *ob. cit.*, 261.

³⁷⁸ COMOGLIO, *Valori cit.*, 922, fala em “*effettività contenutistica* (sic) ed *esecutiva* (sic)”.

Assim, pode dizer-se que de um **ponto de vista quantitativo**, para a dimensão temporal do processo equitativo tanto releva o *plano intraprocessual* dos prazos dados aos sujeitos processuais — as partes, o tribunal, a secretaria, terceiros — para praticarem os actos processuais que lhe estão acometidos e das condições cujo cumprimento consuma tempo — *maxime*, o esgotamento prévio de um meio de impugnação não jurisdicional ou o não uso de certo meio ³⁸¹ —, quanto releva o *plano extraprocessual* do *tempo total* que foi dispendido para o titular do direito de acção obter a tutela — ter resolvido efectivamente o litígio jurídico-social subjacente.

Concretizando: numa visão funcionalista pode e deve ser aferida a adequação temporal de um prazo dado ao requerente para propor a acção ou ao requerido para contestar, e pode e deve ser aferida a adequação temporal do prazo total que demorou um litígio a obter composição pelos órgãos aos quais a Constituição reserva o poder jurisdicional, independentemente de os prazos intraprocessuais serem adequados.

Mas como se afere a adequação temporal seja no plano intraprocessual, seja no plano extraprocessual? A adequação temporal da tutela pode começar por ser afirmada pela negativa: ela *não* existe seja quando há um excessivo *encurtamento* do tempo alocado à prática de um acto ou ao processo — **uma tutela prematura ou precipitada** —, seja quando há uma excessiva duração do tempo alocado a um acto ou ao processo — **uma tutela tardia ou atrasada** ³⁸².

II. Mas isto são meras afirmações quantitativas e formais: *apenas colocando-nos num ponto de vista qualitativo* se pode aferir se uma tutela é prematura ou tardia.

Assim, para ZUCKERMAN *uma tutela prematura ou precipitada* tem por consequência - do *ponto de vista qualitativo* diríamos - o aumento o risco de *injustiça intrínseca* (sem rectidão), porque ao diminuir a quantidade da prova recolhida e o tempo para a sua apresentação e julgamento aumenta a possibilidade de erro ³⁸³.

Concordamos plenamente.

³⁷⁹ *Ob. cit.*, 6, para quem o tempo é, depois da rectidão da decisão e antes do custo do processo, a segunda das dimensões da justiça.

³⁸⁰ *Processo cit.*, 225 ss, esp. 250 ss, em que o tempo surge como condicionante da efectividade do direito constitucional de acção.

³⁸¹ TROCKER, *Processo cit.*, 225–250; ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 75–80.

³⁸² PAPIER, *ob. cit.*, 1229 (o aspecto temporal da efectividade da tutela jurídica pode falhar “quer porque a tutela do tribunal é excluída demasiado depressa, quer porque a real execução de uma pretensão de tutela jurídica é desrazoavelmente demorada”); GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 316, citando jurisprudência constitucional (“é tão prejudicial que um processo sofra atrasos injustificados como que se desenvolva precipitadamente com menosprezo das garantias individuais”).

³⁸³ *Ob. cit.*, 6.

Quando a *tutela é prematura* é-o como resultado de uma simplificação processual feita à custa de encurtamento de prazos³⁸⁴ ou da diminuição do contraditório ou de restrições probatórias, ou de todos em conjunto. Há uma prevalência do factor de *celeridade* da tutela — ou efectividade meramente formal ou quantitativa — sobre o factor da *qualidade da cognição* subjacente à solução de tutela — ou efectividade material — pois mais rapidez significa, no cômputo global do processo, menos informação colocada ao juiz, por haver menos prova, e menor quantidade e qualidade da apresentação e demonstração das pretensões das partes. Mas, no limite, o encurtamento de prazos pode redundar mesmo numa verdadeira denegação de acesso aos tribunais, *maxime* quando se abata sobre o momento do impulso processual³⁸⁵.

Deste modo aquilo que ZUCKERMAN designa por *injustiça intrínseca* é, *prima facie*, uma diminuição da qualidade ao nível da *cognição* da questão pelo tribunal, e desse modo da efectividade de conteúdo; ou seja: justiça mais rápida pode ser igual a algum sacrifício da verdade material³⁸⁶ e, o mesmo é dizer, a sacrifício da garantia de processo equitativo³⁸⁷. Secundariamente pode ser mesmo um sinónimo de não tutela, como afirma o TC.

Por isto, a inadequação temporal por carácter prematuro tanto pode ter lugar a nível intra-processual ou micro do prazo, como a nível extra-processual ou macro da qualidade final da tutela.

Não obstante, este risco de diminuição de qualidade pode ser compensado ou justificado quando além desta diminuição ser mínima, o resultado final se traduza numa

³⁸⁴ PAPIER, *ob. cit.*, 1229.

³⁸⁵ TC 473/97 (2/7/1997), DR 19/II-23/1/1998, 1069: o “direito de acesso aos tribunais em geral (...) postula o direito a prazos razoáveis para propor acções ou para interpor recursos”, *i.e.*, prazos que não dificultem “gravemente o exercício concreto daquele direito, uma vez que, em tal caso, estar-se-ia perante uma restrição ao direito de acesso aos tribunais” (TC 140/94 (26/1/1994), DR 5/II-6/1/1995, 238). Identicamente, COMOGLIO, *La garanzia* cit., 172-177; TROCKER, *Processo* cit., 252, com suporte em jurisprudência italiana e alemã; ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 80-82.

³⁸⁶ *Ob. cit.*, 6. Identicamente: SCHLETTE, *ob. cit.*, 30-32 (atenta para as consequências do encurtamento do processo sobre a “*Richtigkeit*” da decisão final); PAPIER, *ob. cit.*, 1229 (prazos mais curtos podem levar à não obtenção de uma tutela *fundamentada*); GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 499 (a “*aceleração* da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (...) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”). Também JARASS, *Art. 20* cit., 567, considera inadmissível um encurtamento desrazoável.

³⁸⁷ Quem “promove processos curtos procura obter não um processo equitativo e justo, mas decidir sem consideração pela contradição” (SCHUMMAN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 163, seguindo RÖHRICH).

diminuição daquilo que ZUCKERMAN designa de *injustiça temporal*: a diminuição parcial da utilidade da tutela ou mesmo a sua total inutilidade.

Em conformidade, podem ser constitucionais, respeitadas as condições de proporcionalidade e de razoabilidade, formas de *tutela sumária lato sensu*, como veremos adiante ³⁸⁸.

Contudo, uma coisa é segura: a tutela jurisdicional efectiva — no caso, a efectividade temporal, notamos — não é sinónimo de processo curto e expedito ³⁸⁹.

III. Já para o mesmo ZUCKERMAN uma **tutela tardia ou atrasada** tem duas consequências — do *ponto de vista qualitativo* dizemos nós: um *aumento do risco de uma injustiça intrínseca* porque há uma degradação da qualidade da prova recolhida o que aumenta a possibilidade de erro; um *aumento do risco de uma injustiça temporal*, porque, mesmo que, em concreto, não conduza a uma decisão intrinsecamente injusta com o passar do tempo pode atingir-se um ponto para lá do qual, em aceleração constante, o atraso vai “minar a utilidade prática do julgamento” ³⁹⁰, o que, para certas situações de necessidade imediata, pode significar uma absoluta inutilidade.

Também aqui concordamos com as reflexões deste AUTOR.

Em primeiro lugar, aparentemente, na tutela tardia, dir-se-ia ter lugar uma prevalência de um dos factores de *qualidade da tutela* — a qualidade da cognição — sobre o factor de *celeridade* da tutela, pois mais tempo significa, em abstracto, mais informação; aparentemente, ainda, tem lugar a *prevalência das garantias* ínsitas ao processo equitativo, se mais tempo significar, por exemplo, prazos maiores ou mais articulados ou mais prova.

Contudo, e paradoxalmente, a justiça tardia pode terminar numa *providência de tutela com menor qualidade*, quer por menor qualidade da prova — v.g., na prova testemunhal, por perda progressiva da memória sobre os factos ³⁹¹ — quer mesmo por

³⁸⁸ *Infra* no parágrafo § 6º 1. A esta luz, e ao nível micro dos prazos, o ac. TC 473/97 (2/7/1997) considerou aceitável o estabelecimento pelo legislador de prazos que se traduzam num simples condicionamento ao exercício do direito de acesso aos tribunais e também ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 75–80 e TROCKER, *Processo cit.*, 225–250 aceitam uma “giurisdizione condizionata” desde que não configure uma efectiva e desnecessária restrição temporal do direito à tutela jurisdicional.

³⁸⁹ SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht cit.*, 163.

³⁹⁰ *Ob. cit.*, 6, “undermines”. Cf. TROCKER, *Processo cit.*, 276: “uma justiça realizada devagar (...) provoca danos económicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre quem tem a possibilidade de esperar e quem tem tudo a perder com a espera”.

³⁹¹ VOLLKOMMER, *Die lange dauer cit.*, 105.

menor quantidade da prova — v.g., morte de testemunha, perda de documentos ³⁹². E deste modo a mora prejudica não apenas a realização do direito mas também a sua descoberta ³⁹³.

Em segundo lugar, a justiça tardia pode terminar numa *providência de tutela com menor ou nula utilidade* quando o decurso do tempo acarretou uma mudança na *essencialidade ou substancialidade* dos interesses em jogo tal como foram inicialmente definidos na petição ou requerimento ³⁹⁴. Assim, uma mudança é essencial quando vá redundar em *alteração desfavorável ao requerente da situação de facto* existente à data da apresentação da pretensão de tutela; ou, independentemente da primeira ter lugar ou não, em *perda do interesse do requerente por falta de imediata realização do direito*.

Em ambos os casos, embora diferentes entre si, há uma *real denegação, definitiva, total ou parcial da pretensão do autor*. Portanto, é deste modo que a tutela tardia *mina* a utilidade prática do julgamento — para usar a expressão de ZUCKERMAN.

Mas mais: a tutela tardia abala também o *princípio da segurança jurídica*, seja ao nível dos prazos processuais, *maxime* em relação ao prazo de propositura de uma acção, pois estes constituem uma “limitação temporal” ³⁹⁵, que baliza o uso de instrumentos de garantia com consequências nas esferas jurídicas, seja ao nível do processo pois enquanto este durar vigora a incerteza e precariedade ³⁹⁶ entre os sujeitos do litígio e, reflexamente, em face dos terceiros que lhes sejam juridicamente relevantes.

Portanto, a inadequação temporal por carácter tardio — o que ZUCKERMAN designa por *injustiça temporal* — tanto pode, assim, ter lugar no nível intra-processual ou micro do *prazo*, como a nível extra-processual ou macro da *utilidade final* da tutela e da *segurança jurídica* que dela deveria derivar.

A Constituição nunca aceita uma justiça lenta, porque essa é, funcionalmente, uma tutela não efectiva ³⁹⁷ e, por isso, uma *não tutela*.

³⁹² Estamos seguindo SCHLETTE, *ob. cit.*, 32, para quem embora a rapidez e qualidade não sejam sempre incompatíveis, contudo importa ter presente que uma “deterioração dramática da prova” ocorre quando a passagem do tempo diminui na prova testemunhal a capacidades de recordação dos eventos pelas testemunha, já para não falar mesmo da sua morte. Identicamente, para TROCKER, *Processo cit.*, 557 o direito à prova implica a sua *tempestividade*.

³⁹³ VOLLKOMMER, *Die lange dauer cit.*, 105–106.

³⁹⁴ Assim, SCHLETTE, *ob. cit.*, 15: “quanto mais durar o processo, tanto mais se tornam prováveis mudanças essenciais nas condicionantes privadas ou profissionais iniciais”.

³⁹⁵ TROCKER, *Processo cit.*, 250.

³⁹⁶ SCHLETTE, *ob. cit.*, 15.

³⁹⁷ SCHUMMAN, *Bundesverfassungsgericht cit.*, 163, “um processo com uma excessivamente longa duração toca na efectividade da tutela jurídica”.

2.2.2. Adequação temporal

I. Acabámos de ver que o tempo influencia quer a *qualidade* da providência de tutela, quer a sua própria *utilidade*, quer ainda a *segurança jurídica*.

Podemos mesmo dizer que, formalmente, se configura uma *inadequação temporal* quando o tempo prejudica de modo desproporcionado ou desrazoável uma ou ambas as partes, como podemos ver com ZUCKERMAN. Numa perspectiva positiva, mas ainda, formal a *adequação temporal* é a *qualidade do prazo ou do processo que, pelo tempo que consome, não prejudica nem a qualidade nem a utilidade da tutela*.

Relacionando e integrando a adequação temporal do processo com a garantia de processo equitativo, pode concluir-se que ela é *transversal* ao processo equitativo, pois tem reflexos sobre os vários parâmetros desta garantia: o *parâmetro dos direitos fundamentais* quando v.g., restrinja o contraditório; o *parâmetro da funcionalidade material do processo* seja na vertente da *efectividade de conteúdo* quando v.g. restringe prazos e meios de prova, seja na vertente da *efectividade temporal* ou utilidade prática da providência de tutela quando é demasiado morosa.

Mas se a adequação temporal é transversal, porque é que estamos a abordá-la agora, neste momento da nossa reflexão sobre o processo equitativo? A justificação reside na circunstância de apenas esta efectividade depender, por definição, da dimensão temporal, enquanto para as restantes garantias do processo equitativo passíveis de serem influenciadas pelo tempo, este é um de entre vários factores.

II. Mas como se afere a *adequação temporal*, ou o *premature* ou o *tardio* da tutela para, *deste modo*, *se evitarem as respectivas consequências negativas*? Na verdade, *carecemos de usar um critério de natureza material ou funcional*.

Numa primeira abordagem, a resposta parece que deve ser dada pelo retorno ao conceito de *efectividade do resultado*, aspecto do parâmetro da funcionalidade material do processo, em que estamos agora a laborar. Se, como atrás dissemos, apenas há tutela jurisdicional efectiva quando se alcança um *resultado final de prevenção ou de eliminação concreta e estável pelo tribunal de uma situação de violação do direito a uma concreta posição jurídica subjectiva*, necessariamente que a efectividade temporal só pode ser aferida pela sua idoneidade para realizar a função de garantia para a *essa concreta posição jurídica subjectiva* apresentada pelo sujeito. O mesmo é dizer: que a *tutela temporalmente adequada é aquela que respeita e segue as necessidades temporais da própria situação jurídica material*, objecto mediato da carência de tutela.

Deste modo não haveria um único padrão ou medida tutela temporalmente adequada, mas tantos quantas as necessidades dos bens jurídicos em presença, ditadas pela sua natureza e importância.

Só que esta abordagem pelo prisma das necessidades do direito é necessária, mas não é suficiente, porque no limite pode revelar-se absoluta — nenhuma tutela nunca é

verdadeiramente adequada porque não é imediata ao pedido da mesma. Em última instância, o processo seria em si mesmo temporalmente iníquo.

Ora esta consequência não é aceitável: o processo tem que demorar sempre tempo. *Prima facie* porque tal é inerente à metodologia do próprio processo ³⁹⁸, e porque ele deve ser um processo equitativo: é necessário tempo para que *as várias garantias da equidade sejam respeitadas* — a busca da verdade material, o exercício constante do contraditório, produção de prova, a ponderada fundamentação e formulação da decisão final, entre outros — em clara proporção com a complexidade da causa. De facto, como declarou o ac. TC nº 212/00 (4/4/2000) ³⁹⁹ a “celeridade não é (...) uma imposição absoluta, havendo desde logo de compatibilizá-la com as garantias de defesa do arguido e as exigências decorrentes de um processo justo e equitativo que permita, antes do mais, a averiguação da verdade material e uma decisão ponderada”.

Tem razão, por isso, CRISTINA RIPAT ⁴⁰⁰, ao dizer que “na hora de estruturar temporalmente um processo colidem duas necessidades antagónicas. Por um lado, o parâmetro temporal mínimo que a acção exige para se poder desenvolver, para que efectivamente nele se realize o direito. Por outro, a exigência de que a actividade jurisdicional não se prolongue a ponto de tornar ineficaz o seu resultado”.

Mas adicionalmente, há factores contingentes: não é possível, alocar todos os recurso humanos, materiais e organizativos a uma única causa, ou, em geral, apenas à função jurisdicional, e, por isso, há constrangimentos daquele tipo à velocidade do processo; o processo, como actividade social, reflecte as contingências sociais, económicas, políticas e até culturais, da sociedade.

Deste modo, as necessidades temporais da situação jurídica material terão de ser sempre *deferidas*, pouco ou muito, por estes limites. Por isso, e numa visão global, *entre o momento da violação do direito subjectivo e o momento da eliminação jurisdicional dessa violação ocorrerá sempre um intervalo de tempo de desvio legal (Rechtsabweisungsintervall) na expressão de KLOEPFER* ⁴⁰¹.

III. Também quanto a isto não se pode ser absoluto, sob pena de por essa via a mora processual achar constantemente justificação.

³⁹⁸ “O processo — como diz, de resto, a própria palavra *proceder* (sic) [procedere, no original italiano] é uma relação jurídica dinâmica e como tal tem no factor tempo um dos seus elementos característicos e naturais. Desde o momento da sua instauração (...) deve passar por um certo número de fases intermédias estrutural e funcionalmente ligadas, e precisa por isso de um certo lapso de tempo antes de poder chegar ao seu epílogo natural com a sentença final” (TROCKER, *Processo* cit., 271).

³⁹⁹ Citando a doutrina deste acórdão, RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., X.

⁴⁰⁰ *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, 1997, 16.

⁴⁰¹ *Verfahrensdauer und Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren*, JZ 34/ 7 (1979), 210.

Mas, então, há que encontrar um *ponto de equilíbrio* ⁴⁰², guiado por critérios de razoabilidade, entre a *máxima satisfação temporal da pretensão* que a parte activa espera do Estado e as *máximas garantias processuais* que este deve fazer respeitar para se obter uma decisão intrinsecamente justa ⁴⁰³.

Este ponto de equilíbrio ou adequação temporal, exprime-se num prazo de duração do processo — o *prazo razoável* — falando-se num ***direito a decisão em prazo razoável***, conceito marcadamente *indeterminado* ⁴⁰⁴. Este direito é apenas o *critério ou expressão prática da garantia de tutela jurisdicional efectiva no plano temporal* ou da *adequação temporal*. Um prazo menor, situado *àquem* desse ponto de equilíbrio, viola a garantia de adequação temporal, tal como um prazo maior, situado *além* desse ponto de equilíbrio, também viola a garantia de adequação temporal.

O conceito tem suporte no direito positivo: já atrás referimos, preliminarmente, que o art. 20º, nº 4 CRP consagra ⁴⁰⁵ que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de *decisão em prazo razoável*” (nº 4), à semelhança de outros ordenamentos constitucionais ⁴⁰⁶ e que tal está em sintonia com o art. 6º, nº 1 CEDH

⁴⁰² Neste sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 316, citando jurisprudência superior e SCHLETTE, *ob. cit.*, 31, falando em “goldenen Schnitt”.

⁴⁰³ “` Richtige ` Entscheidung”, no dizer de SCHLETTE, *ob. cit.*, 31.

⁴⁰⁴ Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 89; CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 171; LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, 2ª ed., 2000, 168.

⁴⁰⁵ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 125–127; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos cit.*, 40, tratando-a como aspecto do processo equitativo; LEBRE DE FREITAS/J. REDINHA/RUI PINTO, *CPCanot 1 cit.*, 4 incluindo-o no direito à efectividade da tutela; RUI MEDEIROS, *Art. 20º cit.*, VIII, 189 e 190, como decorrência do direito de acesso aos tribunais.

⁴⁰⁶ Em Itália: o art. 111º CRIt, introduzido pela *legge costituzionale* de 23 de Novembro de 1999, veio *importar* o conceito de processo equitativo e dispõe no seu segundo inciso que a “lei assegura a duração razoável do processo” (“La legge ne assicura la ragionevole durata”) — cf. ANDOLINA/VIGNERA, *ob. cit.*, 95–97, aludindo ao direito à tempestividade da tutela jurisdicional, antes daquela emenda; COMOGLIO, *Valori cit.*, 923; DIDONE, *Appunti sulla ragionevole durata del processo civile*, GI 152/IV (2000), 871–874 e *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, 2002, 1 ss, esp. 5 ss.; TROCKER, *Il nuovo articolo cit.*, 403–406; DALMOTTO, *Diritto all’equa riparazione per l’eccessiva durata del processo*, Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89, (dir. CHIARLONI), 2002, 71 e 72. Na Alemanha: a cláusula geral de garantia de tutela jurídica processual efectiva e equitativa construída pelo BVerfG implica a consideração da componente temporal, entendendo-se que para essa garantia não ficar esvaziada deve a tutela ser dada em prazo razoável (*angemessener Frist*) — cf. STÜRNER, *Die Einwirkungen cit.*, 2336 e *Verfahrengrundsätze cit.*, 649; KLOEPFER, *Verfahrensdauer cit.*,

quando este propugna que a “pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada (...) num *prazo razoável*”, algo que é repetido no art. 47º, § 2º CDFUE (= art. II-107º § 2º TCE ⁴⁰⁷).

Por seu turno, a jurisprudência do TEDH fundada no art. 6º, nº 1 CEDH ⁴⁰⁸ tem constantemente reiterado o *direito a uma decisão definitiva em prazo razoável* ou, numa perspectiva negativa, *direito a um processo sem dilações indevidas* ⁴⁰⁹, tendo por

209 e 212; SCHLETTE, *ob. cit.*, 25; PAPIER, *ob. cit.*, 1229; JARASS, *Art. 20 cit.*, 567. Em Espanha garante-se em sede de processo equitativo (art. 24º, nº 2 CE) um processo sem dilações indevidas — cf. SEGADO, *ob. cit.*, 288 e 290; DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 83–85; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 315 ss; CRISTINA RIPAT, *La eficacia cit.*, 91–184; LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones cit.*, 153 ss; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 550 e 551, 568–571; DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 551–567, com rol de jurisprudência. Por seu turno, no Brasil, por força da Emenda nº 45, de 8 de Dezembro de 2004, foi aditado ao art. 5º CRFBr o insiso LXXVIII de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, enquanto nos Estados Unidos a 6ª Emenda, secção 1 CFEUAm dá ao arguido em processo penal o direito a julgamento célere (“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial...”).

⁴⁰⁷ “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada (...) num *prazo razoável*”. Já o art. 14º, nº1, al. c) PIDCP garante ao arguido em processo penal o direito a ser julgado “sem demora excessiva”, no que parece ser uma tradução da 6ª Emenda, secção 1 CFEUAm.

⁴⁰⁸ Sobre esta jurisprudência cf. CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 60–90; IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte Europea sino al 31 ottobre 1998*, RDP 59/2 (1999), 549–569; QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 216–223; VALÉRY, *Qu’est-ce qu’un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Le procès équitable *cit.*, 91–99; BERGER, *ob. cit.*, 271–288. Para a União Europeia, e a título de exemplo, vejam-se os acs. TJCE *Joseette Baustahlgewebe/Comissão* (C-185/95-17/12/1998), TPI/2ª *Max. mobil/Comissão* (T-54/99-30/1/2002), TJCE-*Limburgse Vinyl Maatschappij/Comissão* (C-238/99, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P-15/10/2002).

⁴⁰⁹ Na verdade, tendo em conta que “o direito a um processo sem atrasos indevidos tem o mesmo conteúdo que o direito a que a causa seja julgada em prazo razoável” (DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, 88) a proibição de dilações indevidas pode ser vista como um aspecto negativo integrante da garantia de prazo razoável enquanto obrigação das partes e do tribunal de, no respectivo campo de actuação, serem diligentes — assim, GONZÁLEZ PÉREZ, *idem*, 316. Cf. o uso da expressão na doutrina de Espanha — assim, DíEZ-PICAZO, *idem*, 85 ss. GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 315 ss, CRISTINA TREPAT em toda a sua *ob. cit.*, DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 259–260 ou de B. TABARES/J. RAMOS, *ob. cit.*, 210 ss. —

objectivo que a “justiça seja realizada sem atrasos capazes de comprometer a sua eficácia e a sua credibilidade”, enquanto o nosso Tribunal Constitucional, ao operar a divisão do direito à tutela jurisdicional ou de acesso aos tribunais em várias componentes, tem encontrado nele o “direito de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável” ⁴¹⁰ ou a “obter uma solução num prazo razoável” ⁴¹¹ ou “direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas” ⁴¹².

IV. Para tanto, aqueles tribunais tem procurado responder a duas perguntas: *como se computa o prazo que deve ser considerado? Quando é que esse prazo deixa de ser razoável?* Neste campo a jurisprudência do TEDH é absolutamente essencial, em face do insignificante desenvolvimento da jurisprudência do TC.

Quanto à primeira questão, o TEDH tem, como já atrás dissemos, *uma visão qualitativamente funcional e quantitativamente global do acesso à tutela*, no que FAVREAU designa ser “uma interpretação finalista da Convenção” ⁴¹³: “*compte tenu de ce qui précède, la Cour est d’avis que les multiples instances constituent les étapes d’une procédure qui doit être examinée dans sa globalité*” (TEDH 17/5/2005 (Guez/França), diz-se. Deste modo, o *processo engloba a fase declarativa, a eventual fase de recursos — incluindo junto de instância constitucional* ⁴¹⁴ — e a eventual fase executiva.

Assim, em matéria civil ⁴¹⁵ o cômputo do prazo ⁴¹⁶ inicia-se com a *apresentação da pretensão* junto da autoridade judicial ou administrativa competente ⁴¹⁷, prolonga-se

e, entre nós, em GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 499 e RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., VIII, 190.

⁴¹⁰ TC 86/88 (13/4/1988), DR 193/II (22/8/1988) = BMJ 376 (1988), 237. No mesmo sentido: TC 163/90 DR 240/II (18/10/1991), 10430 = BMJ 397 (1990), 77; TC 444/91 (20/11/91); TC 210/92 (3/6/1992), DR 211/II (12/9/1992), 8495 = BMJ 418 (1992), 335; TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610; TC 1169/96 (20/11/1996), DR 54/II (5/3/1997), 2818.

⁴¹¹ TC 444/91 (20/11/1991), DR 78-S/II (2/4/1992), 3112.

⁴¹² TC 440/94 (7/6/1994), DR 202/II (1/9/1994), 9140 = BMJ 438 (1994), 84; no mesmo sentido, TC 248/02 (4/6/2002) e TC 363/04 (19/5/2004).

⁴¹³ *Ob. cit.*, 19.

⁴¹⁴ Cf. entre outros, TEDH *Bock/Alemanha* (29/3/1989), TEDH *Ruiz-Mateos/Espanha* (6/5/1981).

⁴¹⁵ Sobre o cômputo do prazo em matéria penal, MARGUÉNAUD, *idem*, 88.

⁴¹⁶ Sobre este cômputo, CRISTINA TRIPAT, *ob. cit.*, 69–75; IAI, *ob. cit.*, 553–560; QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 217 e 218.

⁴¹⁷ TEDH *Pretto/Itália* (21/12/1983), TEDH *Guincho/Portugal* (10/7/1984), TEDH *Bock/Alemanha* (29/3/1989), TEDH *Galinho Carvalho Matos/Portugal* (23/11/1999).

com o tempo gasto em recursos ⁴¹⁸ e termina com a notificação da decisão final e definitiva, ou seja, transitada em julgado. Se ainda tiver de haver execução da decisão, o prazo continuará, porém, até ao termo do respectivo procedimento ⁴¹⁹, daqui resultando que, por exemplo, nas obrigações pecuniárias só com o pagamento por via da acção executiva o direito acha a sua “realização efectiva” ⁴²⁰.

Quanto à segunda questão, é jurisprudência constante do TEDH ⁴²¹, recebida também pelas instâncias judiciais da União Europeia ⁴²² que o carácter razoável da duração é apreciado em concreto em função de três critérios: a *complexidade da causa*, o *comportamento da parte requerente* e o *comportamento das autoridades competentes* ⁴²³. A estes três deve juntar-se um quarto critério, eventual: a *especial importância do*

Ressalva-se a eventualidade de se ter levantado uma questão de incompetência ou de jurisdição demasiado complexa (TEDH *Allenet de Ribemont/França* (10/2/1995)).

⁴¹⁸ TEDH *Hokkanen/Finlândia* (23/9/1994), TEDH *Acquaviva/França* (21/11/1995).

⁴¹⁹ TEDH 10/7/1984 (*Guincho/Portugal*), TEDH 26/9/1996 (*Zappia/Itália*), TEDH 26/9/1996 (*Di Pede/Itália*), TEDH 17/5/2005 (*Guez/França*). Usa-se aqui o termo execução em sentido amplo, de modo a incluir os actos posteriores ao trânsito da sentença impostos por esta a favor do autor, como a entrega de quantia partilhada judicialmente — TEDH *Adelino e Aida da Conceição Santos/Portugal* (14/6/2001).

⁴²⁰ TEDH *Estima Jorge/Portugal* (21/4/1998), TEDH *Guerreiro/Portugal* (31/1/2002).

⁴²¹ Entre muitas outras, nas decisões: TEDH *Zimmermann e Steiner/Suíça* (13/7/1983), TEDH *Pretto/Itália* (21/12/1983), TEDH *Baraona/Portugal* (8/7/1987), TEDH *H./Reino Unido* (8/7/1987), TEDH *Bock/Alemanha* (29/3/1989), TEDH *H./França* (24/10/1989), TEDH *Vernillo/França* (20/2/1991), TEDH *Monnet/França* (27/10/1993), TEDH *Katte Klitsche de la Grange/Itália* (27/10/1993), TEDH *Silva Pontes/Portugal* (23/3/1994), TEDH *Karakaya/França* (26/8/1994), TEDH *Hokkanen/Finlândia* (23/9/1994), TEDH *Allenet de Ribemont/França* (10/2/1995), TEDH *Acquaviva/França* (21/11/1995), TEDH *Richard/França* (22/4/1998), TEDH *Doustaly/França* (23/4/1998), TEDH *Frydlender/França* (27/06/2000), TEDH *Delgado/França* (14/9/2000), TEDH *Kanoun/França* (3/10/2000), TEDH *Koncept-Conselho em Comunicação e Sensibilização de Públicos, Lda/Portugal* (31/10/2002), TEDH *Dactylidi/Grécia* (27/3/2003), TEDH *Guez/França* (17/5/2005).

⁴²² “Le caractère raisonnable du délai est apprécié en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire ainsi que du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes” (TJCE-*Limburgse Vinyl Maatschappij/Comissão* (C-238/99, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P (15/10/2002))).

⁴²³ Sobre o uso destes critérios, LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, 126; SCHLETTE, *ob. cit.*, 32-39; CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 76-90; IAI, *ob. cit.*, 553-560; QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 218-223. Sobre o seu uso na União Europeia voltamos a TJCE - *Limburgse Vinyl Maatschappij/Comissão*.

litígio para o requerente (l'enjeu du litige pour le requérant) ⁴²⁴. Por aplicação destes critérios foi já o nosso País várias vezes condenado pela sua violação ⁴²⁵.

Neste mecanismo complexo de avaliação da razoabilidade de um prazo de duração processual, os critérios operam de modo absolutamente diferente. Assim, é pela avaliação da *complexidade da causa*, tanto quanto às partes e intervenientes envolvidos — *complexidade estrutural* — quanto à matéria em causa — *complexidade intrínseca*, seja quanto à matéria de direito, seja quanto à matéria de facto ⁴²⁶ — que se apura a *medida ou base material do prazo razoável*. Por ela se justifica como sendo razoável um prazo de duração de um dado processo e pela sua ausência, *i. e.*, pela simplicidade da causa, se considera um prazo de duração não razoável. Diferentemente, os dois critérios relativos ao comportamento de partes e Estado, operam sobre o *standard* definido pelo primeiro em termos justificativos de uma desconformidade entre o prazo que deveria ter ocorrido e o prazo que verdadeiramente ocorreu ⁴²⁷.

⁴²⁴ TEDH *Karakaya/França* (26/8/1994).

⁴²⁵ TEDH *Guincho/Portugal* (10/7/1984), TEDH *Baraona/Portugal* (8/7/1987), TEDH *Martins Moreira/Portugal* (26/10/1988), TEDH *Neves e Silva/Portugal* (27/4/1989), TEDH *Moreira de Azevedo/Portugal* (23/10/1990) — sumariados e comentados por RAMOS DE SOUSA, *Seis causas contra Portugal. A justiça portuguesa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* (1984–1990), Sjd 1 (1991), 11–20, incluindo o ac. TEDH *Oliveira Neves/Portugal* (25/5/1989), que terminou sem condenação, por transacção entre as partes. Depois destes, várias dezenas de condenações se têm vindo a acumular e cujo rol poderá ser consultado no final deste trabalho.

⁴²⁶ Na Alemanha SCHLETTE, *ob. cit.*, 31, nota, precisamente, que a determinação do prazo razoável deve partir da delimitação do perímetro presumível (*voraussichtliche Umfang*) da actividade processual quanto aos factos e ao direito deve decorrer. Em Itália a *legge Pinto* (*legge n. 89*, de 24 de Março de 2001) recebeu, para efeitos de apuramento de indemnização por violação do prazo razoável, os critérios do TEDH da complexidade da causa e do comportamento das partes, tribunal e autoridades — cf. DALMOTTO, *ob. cit.*, 152 ss, esp. 156 ss.; DIDONE, *Equa riparazione cit.*, 43 ss, e o texto legal *apud* 213–216.

⁴²⁷ Assim, o comportamento do requerente ou foi diligente, não dilatatório, e, nesse caso, não releva para o cômputo do prazo, ou foi abusivo, *i.e.*, desrazoavelmente litigioso, moroso ou mesmo dilatatório, e nesse caso, embora não levando a que a falta de prazo razoável lhe seja imputável, conduz, porém, a que a parcela temporal que seja imputada a esse comportamento seja descontado no cálculo do prazo total — cf. TEDH *Allenet de Ribemont/França* (10/2/1995). Daqui pode resultar não ser tido como desrazoável um dado prazo que o poderia ser — cf. IAI, *ob. cit.*, 563–566. Esta solução de “desconto” do prazo imputável ao requerente foi consagrado na *legge Pinto* (*legge n. 89*, de 24 de Março de 2001) — cf. MACCHIAROLI, *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e legge Pinto*, GI 153/ IV (2001), 2008.

V. O que em nosso ver parece estar, assim, implícito é a ideia de *prazo normal* ou *standard* para processos do tipo daquele que esteja a ser apreciado, funcionando algo que se tem passado na jurisprudência espanhola: é considerado objectivamente ter havido uma violação do art. 6º, nº 1 CEDH se for verificada a ausência de uma complexidade proporcional à demora adicional sobre o *prazo normal* ⁴²⁸.

Mas este *prazo normal* pode ser *comprimido* pela consideração da especial importância que o requerente tenha em terminar rapidamente o litígio ⁴²⁹, caso em que

Pelo lado do Estado, relevam para a aferição da razoabilidade apenas os atrasos imputáveis a *comportamento das autoridades competentes* — cf., entre outros, TEDH *Kanoun/França* (3/10/2000), TEDH *Dactylidi/Grécia* (27/3/2003) e, na doutrina, QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 219. Esse atraso resulta do confronto entre os efeitos temporais dos actos da responsabilidade do Estado com o tempo aceitável que decorreria da complexidade da causa, sendo considerado que aqueles podem dar causa injustificável para o prolongamento do processo por via de omissões, inacções, comportamentos positivos dilatatórios (cf. ac. TEDH *Matos e Silva, Lda e o./Portugal* (16/9/1996)) ou, mesmo, excesso de actos e diligências (cf. TEDH *Bock/Alemanha* (29/3/1989)).

⁴²⁸ CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 125. Na jurisprudência constitucional de Espanha começou-se por atender a todas “as circunstâncias do caso”, na sua especificidade (GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 320 e 327), mas desde 1988 que se *importaram* — cf. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 88 — com ligeiras diferenças de leitura concreta, os critérios do TEDH, passando a ser tida em linha em conta a complexidade do litígio, *os limites normais de duração dos processos do mesmo tipo*, as consequências da mora sobre o interesse do demandante concreto, a sua conduta processual e a conduta das autoridades — cf. Díez-PICAZO, *idem*, 90–93; CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 91–160; GONZÁLEZ PÉREZ, *idem*, 329–332; LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones cit.*, 175–186; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 568–571; e, em especial, pelas sentenças que arrola, DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 556 e 567. Entre nós, tanto quanto sabemos, está-se ainda no início de desenvolvimento semelhante, pois apenas a doutrina do ac. TC 440/94 (7/6/1994) veio definir que o prazo razoável consiste em “a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos pré-estabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um *lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa*”, mais recentemente repetida no ac. TC 248/02 (4/6/2002).

⁴²⁹ SCHLETTE, *ob. cit.*, 35; QUILLERÉ-MAJZOUB, *ob. cit.*, 218–219; DALMOTTO, *ob. cit.*, 176–178. Vide TEDH *Karakaya/França* (26/8/1994), TEDH *Johansen/Noruega* (7/8/1996), TEDH *Kanoun/França* (3/10/2000), TEDH *Costa Ribeiro/Portugal* (30/4/2003) e TEDH *Guez/França* (17/5/2005).

as autoridades competentes devem ter uma “*excepcional*” — na expressão do TEDH ⁴³⁰ — *obrigação de diligência processual*.

Embora o TEDH use este critério de modo casuístico e numa perspectiva aparentemente de mera pertinência subjectiva, contudo, apenas certos interesses objectivamente tidos como importantes devem ser relevados. Como primeira tentativa de arrumação pode seguir-se SCHLETTE ⁴³¹, separando as situações de importância intrínseca e as situações de simples urgência da causa, sem prejuízo de por vezes haver emprego cumulado de várias razões.

Assim, em primeiro lugar, o TEDH tem considerado *intrinsecamente*, diríamos, *importantes* os litígios respeitantes a certos bens jurídicos, em nossa opinião pela sua relevância constitucional e no quadro dos direitos fundamentais: *bens jurídicos de personalidade* — estado e capacidade das pessoas (divórcio ⁴³², interdição de incapaz ⁴³³, investigação da paternidade ⁴³⁴, guarda de menor ⁴³⁵), liberdade ⁴³⁶ e saúde, no caso de indemnização por doença grave ⁴³⁷; *direito ao trabalho* lato sensu ⁴³⁸, incluindo a *manutenção da situação profissional do requerente que seja profissional liberal* ⁴³⁹.

Em segundo lugar, o TEDH tem considerado importantes para efeitos da mesma obrigação excepcional de diligência aquilo que designaríamos de *situações de urgência pura*, i.e., em que embora se trate de outros direitos, a tutela fora de prazo razoável vai

⁴³⁰ Utilizada, por exemplo, em TEDH *Vallée/França* (26/4/1994), TEDH *Johansen/Noruega* (7/8/1996), TEDH *Richard/França* (22/4/1998), TEDH *Pailot/França* (22/4/1998), TEDH *Henra/França* (29/4/1998) e TEDH *Leterme/França* (29/4/1998).

⁴³¹ *Ob. cit.*, 35 vê aqui um critério de “importância e urgência da causa” — “Bedeutung und Eilbedürftigkeit der Sache”. Fazemos uma aplicação diversa, arrumando de forma diferente mesmo os acs. referidos por aquele AUTOR.

⁴³² TEDH *Boca/Bélgica* (15/11/2002). Em Itália a doutrina usa identicamente este critério para as causas sobre o estado das pessoas em sede de *legge Pinto* — cf. DALMOTTO, *ob. cit.*, 176–178; DIDONE, *Equa riparazione cit.*, 48 ss., esp. 50 e 51.

⁴³³ TEDH *Bock/Alemanha* (29/3/1989).

⁴³⁴ TEDH *Costa Ribeiro/Portugal* (30/4/2003).

⁴³⁵ TEDH *H./Reino Unido* (8/7/1987) — cf. CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 81–83; TEDH *Hokkanen/Finlândia* (23/9/1994), TEDH *Johansen/Noruega* (7/8/1996) e TEDH *Figueiredo Simões/Portugal* (30/1/2003).

⁴³⁶ TEDH *Abdoella/Holanda* (25/11/1992).

⁴³⁷ TEDH *Karakaya/França* (26/8/1994).

⁴³⁸ TEDH *Buchholz/Alemanha* (6/5/1981), TEDH *Obermeier/Áustria* (28/6/1990) TEDH *Nibbio/Itália* (26/2/1992), TEDH *Ruotolo/Itália* (27/2/1992), TEDH *Trevisan/Itália* (26/2/1993), TEDH *Delgado/França* (14/9/2000).

⁴³⁹ TEDH *Kanoun/França* (3/10/2000).

retirar-lhes efeito útil⁴⁴⁰: *esperança de vida curta do requerente* por razão de doença⁴⁴¹ ou de idade avançada⁴⁴², *considerável valor financeiro envolvido* — e, portanto, perigo de dano elevado⁴⁴³ — e, em geral, *carácter irreversível ou definitivo* da decisão⁴⁴⁴.

Em última instância, podemos reconduzir todas estas situações a um *critério objectivo geral de urgência* pois ele faz-se sentir apenas quando estejam em causa *acções que pela natureza dos bens jurídicos em litígio ou por circunstância especial de facto ou de direito, estejam na eminência de inutilidade total ou parcial pelo decurso do tempo processual*. Nestes casos ou para estes casos o prazo razoável é, como dissemos, encurtado.

⁴⁴⁰ “le retard risquait donc de priver d'objet utile la question à trancher par le tribunal” (TEDH *X/França* (31/3/1992)).

⁴⁴¹ TEDH *X/França* (31/3/1992), TEDH *Vallée/França* (26/4/1994), TEDH *Karakaya/França* (26/8/1994), TEDH *Richard/França* (22/4/1998), TEDH *Pailot/França* (22/4/1998), TEDH *Henra/França* (29/4/1998) e TEDH *Leterme/França* (29/4/1998).

⁴⁴² TEDH *Styranowski/Polónia* (30/10/1998).

⁴⁴³ TEDH *Ruiz-Mateos/Espanha* (23/6/1989), TEDH *Doustaly/França* (23/4/1998) TEDH *F. E./França* (30/10/1998).

⁴⁴⁴ TEDH *H./Reino Unido* (8/7/1987) e TEDH *Johansen/Noruega* (7/8/1996).

§ 5º REMÉDIOS PARA A INEFECTIVIDADE TEMPORAL

1. Dados constitucionais

1.1. Razão de ordem. Celeridade processual

I. Resulta do anterior excurso que o conceito de *prazo razoável* opera como aferidor da adequação temporal da tutela plena. O aferidor *não é único, mas plural: não há um prazo razoável, mas há prazos razoáveis apurados em concreto em função da complexidade da causa e da importância dos bens em litígio/urgência da tutela* ⁴⁴⁵.

Por outro lado, uma vez que o respeito pelo prazo razoável só pode ser aferido por completo *a posteriori*, enquanto *prestação de resultado* ⁴⁴⁶ de um sistema processual aplicado por um tribunal, isso significa que o cumprimento de um prazo razoável funciona como *resultado a atingir* orientador quer da actividade do Estado-legislador ⁴⁴⁷, quer da actividade do Estado-administrador e, em particular, do sistema judiciário ⁴⁴⁸, quer, naturalmente, da actividade do Estado-juiz ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Podemos aqui adoptar a afirmação de AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, 2002, 455, de que o “processo tem uma velocidade variável”, sendo isso notório para certos tipos de litígios ou para responder a certas circunstâncias.

⁴⁴⁶ Implicitamente, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 316 e 317, S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 570 e VALÉRY, *ob. cit.*, 98.

⁴⁴⁷ Ou, pelo menos, prever um regime de indemnização por violação desta garantia como a *legge* n. 89, de 24 de Março de 2001 — cf. MACCHIAROLI, *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e legge Pinto*, GI 153/ IV (2001), 2007–2012; TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, GI 153/ IV (2001), 2430–2432; DALMOTTO, *ob. cit.*, 68–225; DIDONE, *Equa riparazione cit.*, em geral.

⁴⁴⁸ TEDH *Guincho/Portugal* (10/7/1984), TEDH *Comingersoll/Portugal* (6/4/2000), TEDH *Castanheira Barros/Portugal* (26/10/2000), TEDH *Koncept-Conselho em Comunicação e Sensibilização de Públicos, Lda/Portugal* (31/10/2002), TEDH *Marques Nunes/Portugal* (20/2/2003), TEDH *Dias da Silva e Gomes Ribeiro Martins/Portugal* (27/3/2003), TEDH *Dactylidi/Grécia* (27/3/2003) pressupõem, implicitamente, um dever funcional geral de diligência ao nível dos próprios serviços do Estado que trabalham na Justiça ou que são chamados a colaborar com ela. É uma exigência que tende a generalizar-se a *toda* a actuação dos serviços do Estado, no quadro do fenómeno da “irradiação normativa” dos direitos fundamentais para as áreas “relativas à organização e ao procedimento das actividades públicas” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos cit.*, 150). Neste sentido, o art.

Quais são os *instrumentos técnicos* ou *remédios* de que deve o legislador ordinário lançar mão na conformação do processo para poder cumprir o *prazo razoável*? Será a tutela cautelar um desses instrumentos, como se defende, precisamente?

Para responder a estas dúvidas há que retornar ao modelo constitucional de garantias processuais que acabámos de isolar e buscar nele *remédios* para garantir a produção de tutela em prazo razoável. O nosso fito é começar a perceber se, como postula a tese dominante, a função cautelar é um desses *remédios*.

II. Nesta matéria há um *princípio-condutor: a celeridade processual* ⁴⁵⁰ *na realização da tutela jurisdicional*. Este é afirmado pelo TEDH como sendo *decorrente da garantia de prazo razoável* ⁴⁵¹, impõe-se aos Estados signatários da CEDH ⁴⁵², prevalecendo sobre os princípios processuais internos ⁴⁵³.

41º, nº 1 CDFUE (= art. II-101º § 1º TCE) vem declarar precisamente o direito de todas as pessoas a uma apreciação “imparcial, equitativa e num prazo razoável” dos seus assuntos pelos órgãos e instituições da União — cf. M. LUÍSA DUARTE, *A Carta* cit., 740 e 741.

⁴⁴⁹ A este nível concreto o direito a uma decisão em prazo razoável não é um direito ao mero cumprimento dos prazos processuais — porque estes até podem ser satisfeitos formalmente — mas ao constante e efectivo andamento do processo com actuação diligente do Tribunal e da Administração judiciária — GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 330 e 331; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 569; DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 552 e 558. Tal diligência de actuação tanto pode ser *uniforme e previsível* por resultar um sistema fechado (*numerus clausus*) pré-fixado de vias processuais de diferentes velocidade, e cujo uso não dependente de escolha do tribunal, como pode ser uma diligência de *actuação variável e não previamente determinada* (sistema aberto ou de *numerus apertus*), assente em critérios de oportunidade processual aplicados com discricionariedade em função do caso concreto — em menor grau, quando a escolha do juiz é feita dentro de vias processuais de diferentes velocidade predeterminadas, em maior grau quando a escolha do juiz se traduz numa elaboração de uma forma processual *ad-hoc*.

⁴⁵⁰ *Beschleunigungsgebot*, na doutrina alemã — cf. SCHWAB/GOTTWALD, *Verfassung* cit., 57.

⁴⁵¹ TEDH *Buchholz/Alemanha* (6/5/1981), TEDH *Guincho/Portugal* (10/7/1984), TEDH *Varipati/Grécia* (26/10/1999), TEDH *Dactylidi/Grécia* (27/3/2003). E por essa via é um elemento do princípio do processo equitativo, como defende SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 4., apoiado em jurisprudência constitucional.

⁴⁵² VOLLKOMMER, *Die lange Dauer* cit., 110 ss; F. BAUR, *Les Garanties* cit., 23 e 24; KLOEPFER, *Verfahrensdauer* cit., 209 e 210; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 316.

⁴⁵³ *Maxime*, sobre o princípio dispositivo — cf. TEDH *Guincho/Portugal* (19/7/1984).

Trata-se, na verdade, dentro da panóplia de garantias que enformam o processo equitativo, de uma garantia habitual no típico *due process of law* em sede penal — o *right to a speedy trial* — e que pode muito bem valer para uma situação civil. Pressupondo esta identidade funcional, entre nós o princípio de celeridade processual decorre, *prima facie*, da garantia constitucional de decisão em prazo razoável do nº 4 do art. 20º CRP, tal como sucede em sede do art. 6º CEDH.

A sua utilidade é muito simples: *encurtar o tempo que medeia entre a dedução da pretensão de tutela para uma situação jurídica e a sua efectiva e final realização*. O seu *modus operandi* consiste numa *optimização dos seus sistemas processuais e do modo como eles funcionam: eliminar tudo o que não seja útil ou que, pelo menos, numa perspectiva de custo/benefício se traduza numa vantagem por conduzir à obtenção do resultado da tutela em prazo razoável*, segundo o padrão mínimo elaborado pelo TEDH⁴⁵⁴.

III. O princípio de celeridade processual, assim enunciado, coloca, naturalmente questões quanto à sua delimitação em ordem a ser verdadeiramente útil à nossa investigação.

A *primeira questão* é a do próprio *critério material que deve pautar aquela optimização processual*. O critério é o da “*proporcionalidade [directa] entre o procedimento e o valor, importância e complexidade da disputa*” tendo em conta os recursos judiciais disponíveis⁴⁵⁵. Já atrás vimos⁴⁵⁶ que a *importância dos bens em litígio* implicava uma tutela jurisdicional diferenciada, *i.e.*, procedimentos adequados ou especializados ao seu próprio objecto. Mas o que se trata agora é notar a *dimensão temporal* dessa especialização. Ora, resulta de modo consistente da jurisprudência do TEDH atrás analisada que o prazo razoável como padrão aferidor da adequação temporal não é único, mas é apurado em concreto *em função da complexidade da causa e da importância dos bens em litígio/urgência da tutela*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ CRISTINA RIPAT, *ob. cit.*, 53 e 90.

⁴⁵⁵ ZUCKERMAN, *ob. cit.*, 48, a propósito do poder de adequação formal do juiz inglês após a entrada em vigor das novas *Civil Procedure Rules*.

⁴⁵⁶ Na nota 376.

⁴⁵⁷ Em termos de direito comparado, este critério de proporcionalidade tem importante consagração nos direitos inglês e norte-americano. Em Inglaterra a *rule 1.1. (c) (d)* do *Code of Procedural Rules 1998* estabelece que o tribunal deve atingir o objectivo fundamental ou *overriding objective* — cf. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, RTDPC 54/2 (2000), 515 e 516 — de “possibilitar ao tribunal de apreciar as causas de modo justo”, ou seja, de *modo equitativo*. Para tal deve lidar com as causas em *termos proporcionais* ao montante pecuniário envolvido, importância da causa, complexidade das matérias e à situação financeira de cada parte. Semelhantemente, nos Estados Unidos o § 473º (a) (1) do *Title 28 USC* define que cada district court, ao

Entre nós, além da *garantia geral de celeridade* do art. 20º, nº 4 CRP, a Constituição tem uma preocupação especial com a “defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais” para os quais garante “*procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade*, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” (no nº 5 do mesmo art. 20º CRP). Embora se possa admitir algum alargamento de âmbito ⁴⁵⁸, o preceito parece abranger apenas os direitos “enumerados nos artigos 24º a 47º da Constituição” ⁴⁵⁹, assegurando-lhe uma “*via preferente e sumária*” de protecção ⁴⁶⁰. Ainda assim, deve entender-se que também no nosso ordenamento constitucional vigora a *obrigação qualificada de celeridade na realização da tutela jurisdicional em razão da importância dos direitos*, como impõe a instrumentalidade processual ⁴⁶¹ e a jurisprudência constitucional tem reconhecido ⁴⁶². Em qualquer caso, o art. 6º, nº 1 CEDH vigora directamente na nossa ordem interna e é

delinear um plano de *civil justice expense and delay reduction* deve considerar um “sistemático tratamento diferenciado das causas que adegue o nível de *case management* específico e individualizado a critérios como a complexidade do caso, o volume de tempo razoavelmente necessário para preparar o julgamento da causa, e os recursos judiciais ou outros necessários e disponíveis para a preparação e resolução da causa”.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 507. Tendo este alargamento como duvidoso, RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XIV, 204.

⁴⁵⁹ RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XIV, 204.

⁴⁶⁰ GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 506.

⁴⁶¹ Efectivamente esse é o único entendimento compatível com a efectividade temporal, prevista nos nºs 4 e 5 do art. 20º CRP e no nº 4 do art. 268º CRP: se a tutela ignorar a natureza de urgência da situação material então não é uma real tutela.

⁴⁶² Já desde 1996 — antes da reformulação do art. 20º CRP, portanto — que está presente na jurisprudência do TC que o direito de acesso aos tribunais implica um “direito a um processo justo baseado *nos princípios da prioridade e da sumariedade*” para os “*direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas*” (ac. TC 960/96 (10/7/1996), DR 293/II (19/12/1996), 17610). É o que sucede noutras jurisprudências constitucionais europeias: na Alemanha o BverfG entendeu que deve haver uma especial celeridade (*besondere Beschleunigung*) na matéria de tutela de menores (cf. JARASS, *Art. 20* cit., 567), enquanto em Espanha o TC tem invocado o “interés en aquél arriesga el demandante” — Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 90; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 329 e 332; CRISTINA TREPAT, *ob. cit.*, 80–84; LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones* cit., 183–186; DEL RINCÓN, *ob. cit.*, 561, 563 e 564. Por seu turno, em Itália TROCKER, *Proceso* cit., 253 ss, aplica factores semelhantes como o interesse do sujeito e as características do processo concreto para apurar se um prazo de propositura de uma acção é constitucional.

parte integrante da mesma, ex vi art. 8º, nº 2 e 16º, nº 1 CRP, com a referida coloração que o TEDH lhe tem dado.

IV. A segunda questão prende-se com os limites formais a colocar à optimização processual.

Esses limites são, como é bom ver, os próprios conteúdos do processo equitativo, constitucionalmente modelado. As supressões de actos ou de fases não podem comprimir as demais garantias do processo equitativo, **salvo** nos termos gerais das restrições aos direitos fundamentais.

Deste modo, a celeridade processual é uma eliminação da situação de violação do direito tão depressa **quanto for compatível** com as exigências de equidade processual.

Essencial é a afirmação de um procedimento-modelo que sirva para medir se uma dada solução de celeridade é conforme ao processo equitativo ou se propugna uma restrição admissível. A esse procedimento-modelo podemos chamar de *tutela plena*⁴⁶³ ou *ordinária*⁴⁶⁴ ou *padrão*⁴⁶⁵: a tutela produzida com observância completa e sem restrições das garantias processuais⁴⁶⁶. Será então o procedimento que, em

⁴⁶³ Preferimos esta designação por não se comprometer com nenhuma expressão de uso corrente pelo legislador. Ela inspira-se na consagrada expressão italiana “cognizione piena e esauriente” de P. PISANI utilizada em *Appunti sulla tutela sommaria* (Note de iure condito e de iure condendo), I processi speciali. Studi offerti a Vergilio Andrioli dai suoi allievi, 1979, 312 = *La tutela sommaria* (Note de iure condito e de iure condendo), Appunti sulla giustizia civile, 1982, 311 e em *LDPC* cit., 546-547. Em termos próximos, VALCAVI, *Osservazioni critiche sul disegno di legge concernente le cosiddette misure urgenti di riforma del processo di cognizione* (Progetto Rognoni), Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile: diritto processuale, 1994, 100, fala de uma tutela com “accertamento esauriente”; FAZZALARI, *IDP* cit., 165, prefere “cognizione di merito piena ed approfondita”; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 8 ss, alude a uma tutela “plena e atípica”; VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 8-9 (“nível máximo de tutela assegurado pelo ordenamento num determinado momento histórico”). No Brasil esta terminologia foi, entretanto, recebida como “cognição plena exauriente” (MELO DE MESQUITA, *As tutelas cautelar e antecipada*, 2002, 171).

⁴⁶⁴ FAZZALARI, *IDP* cit., 119; CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, 1997, 3 e 4. Já MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 203, designam-na por tutela *normal*.

⁴⁶⁵ TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 17.

⁴⁶⁶ A conclusão de que a Constituição acarreta um conceito de *tutela plena* poderá não ser pacífica. Assim, para COMOGLIO (*Giurisprudizione* cit., 1069) a Constituição não impõe um modelo de procedimento ao legislador ordinário; ela estabelece um modelo de garantias que é *aberto* às várias soluções de procedimentos que depois o legislador escolha, em razão de razões de oportunidade, técnicas ou outras, enquadradas também por princípios de direito ordinário. No mesmo sentido seguem COUTURE, *La garanzia*

simultâneo, satisfaz as exigências do direito ao procedimento como método ⁴⁶⁷ e as exigências do processo equitativo nos seus diferentes parâmetros; a saber:

— **apresentação das posições das partes:** *realização do contraditório de modo pleno e anterior à providência de tutela* ⁴⁶⁸, incluindo a sua *determinabilidade legal prévia* ⁴⁶⁹; *admissão irrestrita, desde que pertinente, dos meios de produção de prova, idónea a fundar juízos de certeza sobre os factos* ⁴⁷⁰;

cit., 89, TROCKER, *Il nuovo articolo* cit., 393 e RUI MEDEIROS, *Art. 20º* cit., XI, 196 e 192, com apoio no ac. TC 222/90 (20/6/1990), BMJ 398 (1990), 224. Tal é inegável, precisamente, mas, insistimos, deve ser algo mais: mais do que concordar-se em que o legislador dispõe de uma “margem de manobra na regulamentação” (*Regelungsspielraum*) como escreve PAPIER (*ob. cit.*, 1227), contudo, é forçoso reconhecer-se que essa regulamentação tem “limites que moldam (...) [a] discricionariedade legislativa” (LOPES DO REGO) *Os princípios* cit., 839. A esses limites estruturados de modo lógico num *minimum* chamamos, insistimos, *tutela plena*.

⁴⁶⁷ Este procedimento é depois adaptável a um nível mais local, concretizando-se de um modo na acção declarativa, de outro modo na acção executiva e de outro nos recursos. Essas várias tutelas plenas concorrem, depois, de modo interligado para uma justiça globalmente equitativa. Por exemplo, quando a lei alarga os fundamentos de oposição à execução nos casos em que não houve acção declarativa prévia (cf. art. 816º) está a assegurar um processo globalmente garantístico.

⁴⁶⁸ Neste sentido, P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 312 = *La tutela sommaria* cit., 314. Posição repisada em *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive di in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, FI 114/V (1981), 228, com R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 9 e em *L’istruzione nei procedimenti sommari*, FI 125/V (2002), 17. No mesmo sentido, CARRATTA, *Profili* cit., 3.

⁴⁶⁹ P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 312 = *La tutela sommaria* cit., 314 = *Verso* cit., 228. Posição retomada ainda em R. CAPONI /P. PISANI, *Lineamenti* cit., 9, *Appunti sul valore della cognizione piena*, FI 125/V (2002), 65 e *L’istruzione* cit., 17. Essa exigência resulta do parâmetro do processo equitativo de respeito pelos direitos fundamentais que implica que as partes saibam ou possam saber antecipadamente, *ex lege*, quais os poderes que vão ter no processo, *i.e.*, que não haja arbitrio nessa matéria. Por exemplo: um processo em que não seja possível saber, antes do momento pertinente, em que modalidade se exercerá o contraditório, *maxime*, por a escolha da tramitação depender do juiz, não é um processo pleno mas sumário, salvo se for entre vias procedimentais plenas mas de diferente velocidade, resultante de opções de celeridade processual *stricto sensu*. Um processo pré-fixado é um processo menos atreito ao arbitrio e mais controlável — cf. P. PISANI, *Appunti sul valore* cit., 66.

⁴⁷⁰ P. PISANI, *LDPC* cit., 347. Cf. a nota 377.

— **apreciação das posições das partes feita de modo pleno e esgotante** ⁴⁷¹, i.e., sobre todos os elementos de facto e de direito relevantes para a providência de tutela, alegados ou de conhecimento oficioso e com um sentido probatório de *certeza e não apenas de probabilidade ou de verosimilhança* ⁴⁷²;

— **decisão: atribuição de estabilidade formal à respectiva decisão** ⁴⁷³, absoluta ou relativa, conforme os direitos materiais ⁴⁷⁴, com possibilidade de *recurso em caso de violação de direitos fundamentais* ⁴⁷⁵;

— na **realização dos efeitos jurídicos da providência de tutela**: contraditório de modo pleno e anterior à providência executiva ⁴⁷⁶ quando seja ainda necessária a execução forçada da providência ⁴⁷⁷.

Se essa tutela plena tem de ser declarativa ⁴⁷⁸ ou se pode assumir outro perfil estrutural de procedimento é algo que apenas veremos no *Epílogo*.

V. Em face dos condicionamentos obtidos nas respostas às perguntas anteriores, quer-nos, enfim, parecer que, se perguntarmos, agora e por último, *por que meios opera a optimização processual*, afigura-se-nos que apenas são abstractamente admissíveis

⁴⁷¹ “Esauriente” como diz a doutrina italiana — cf., por todos, P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 312 = *La tutela sommaria* cit., 314 — e já se vê importado no Brasil como *exauriente* em TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 18.

⁴⁷² P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 312 e 313 = *La tutela sommaria* cit., 314 e 315 = *LDPC* cit., 547; CARRATTA, *Profili* cit., 3.

⁴⁷³ P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 313 = *La tutela sommaria* cit., 315 = *L’istruzione* cit., 17. Cf. ainda *Verso* cit., 228, e com R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 9; no mesmo sentido, CARRATTA, *Profili* cit., 3 e TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 18 e 22.

⁴⁷⁴ Cf. as notas 378 e 379.

⁴⁷⁵ Cf. a nota 377.

⁴⁷⁶ Independentemente da sua natureza ser formalmente jurisdicional — assim, STERN, *Staatsrecht* III/2 cit., 1433 ou não.

⁴⁷⁷ A tutela plena na acção executiva traduz-se em: i. apresentação do direito do exequente com fundamento em decisão proferida nos termos anteriores ou em documento que seja conforme aos princípios da segurança jurídica e da equidade processual; ii. possibilidade de defesa do executado quanto ao pedido de execução, sempre por apenso e só com efeito suspensivo, apresentadas garantias; iii. execução — penhora, pagamento, apreensão e entrega — em tempo útil, em contraditório constante e com possibilidade de defesa do executado aos actos executivos; iv. recurso da violação de direitos fundamentais; v. possibilidade de defesa de terceiros dos actos executivos; vi. trânsito em julgado.

⁴⁷⁸ Neste sentido, P. PISANI R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 9 e *LDPC* cit., 764 ss., seguido por MONTELEONE *DPC* cit., 1096, antes da reforma de 2005/2006.

duas soluções técnicas: a *celeridade processual quantitativa ou procedimental* e a *celeridade processual qualitativa*.

1.2. Celeridade processual quantitativa. Exclusão da tutela cautelar

I. Na **celeridade processual quantitativa** o encurtamento temporal resulta da mera diminuição de tempos e actos processuais, sem diminuição de garantias de equidade processual, e portanto *sem se sair da tutela plena*, e que designaremos, doravante, por *celeridade processual stricto sensu*, também frequentemente referida como *simplificação procedimental* ⁴⁷⁹.

A simplificação processual é regida por um princípio de *economia processual funcional* de actos e prazos. A *economia processual funcional* significa de um ponto de vista positivo, uma *máxima tutela* em resultado de uma *mínima actividade processual* ⁴⁸⁰ e, de um ponto de vista negativo, a inconstitucionalidade de actos e ónus processuais que, se a tramitação fora mais curta, poderiam ser dispensados ⁴⁸¹, pois o *excesso de actos processuais* é, em si mesmo, uma violação desnecessária do direito à decisão em prazo razoável. Em todo o caso, como SCHLETTE muito bem resume ⁴⁸², o direito a prazo razoável é o direito a um processo “célere” mas não curto” ⁴⁸³.

II. Claramente, a tutela cautelar, *se for* um meio de salvaguarda da efectividade temporal do processo, não o será nunca enquanto instrumento de mera simplificação processual, pois apresenta, *prima facie*, uma diminuição de garantias: instrução sumária, ausência de um juízo de certeza, provisoriedade da decisão final ⁴⁸⁴. Se essas restrições são acompanhadas de uma simplificação — v.g., a admissão de um único

⁴⁷⁹ Assim, ISABEL ALEXANDRE, *Princípios gerais do processo do trabalho*, Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, 2002, 409.

⁴⁸⁰ TRIPAT, *ob. cit.*, 19 ss.: na estruturação dos sistemas processuais o legislador deve usar o princípio da economia processual, comprimindo ao máximo a tramitação, sem ceder nunca nas garantias.

⁴⁸¹ SCHLETTE, *ob. cit.*, 26.

⁴⁸² *Ob. cit.*, 31.

⁴⁸³ Como já declarou o TC em sede de processo penal no ac. TC 212/00 (5/4/2000) a celeridade “ não é (...) uma imposição absoluta, havendo desde logo de compatibilizá-la com as garantias de defesa do arguido e as exigências decorrentes de um processo justo e equitativo [*direitos* de defesa, de direito à prova, ou de apreciação efectiva e fundada por parte do juiz] que permita, antes do mais, a averiguação da verdade material e uma decisão ponderada”. No mesmo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, 316 e VALCAVI, *Osservazioni cit.*, 100.

⁴⁸⁴ Já evidenciados em termos preliminares, no § 2º 3., II.

adiamento da audiência de julgamento por falta de mandatário (art. 386º, nº 2) —, não é, por isso, relevante para este efeito. Dir-se-ia, assim, que as cautelas procedem à *eliminação da situação de perigo de violação do direito por meio de restrições à exigência de um processo equitativo*. Ademais é duvidoso que a respectiva questão de mérito seja a mesma questão de uma acção de tutela plena, *i.e.*, da acção principal — pense-se que não há uma acção principal que decrete um arresto como o faz a respectiva providência cautelar.

Serão, por isso, em alternativa, um instrumento de *celeridade processual qualitativa*?

1.3. Celeridade processual qualitativa

I. Na *celeridade processual qualitativa* o encurtamento temporal resulta da diminuição, justificada e proporcional ⁴⁸⁵, de garantias processuais para se obterem os *mesmos resultados próprios da tutela plena* e que designaremos, adiante, por *tutela de urgência ou sumária* ⁴⁸⁶.

É bom de ver que, no modelo de garantias que temos vindo a desenvolver, a *tutela sumária apenas pode achar a sua justificação constitucional no princípio da celeridade processual decorrente da garantia de tutela em prazo razoável*, e, em última instância, na *garantia da tutela jurisdicional efectiva* ⁴⁸⁷. Será precisamente mais um instrumento que o legislador tem ao seu dispor para encurtar o tempo processual ⁴⁸⁸ e, desse modo, cumprir uma exigência constitucional de efectividade.

⁴⁸⁵ Entre o procedimento e o valor e importância dos bens jurídicos em causa, assim como da complexidade da disputa.

⁴⁸⁶ Identicamente, identificando o processo sumário com a diminuição de garantias, GIEBLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17. A consideração da sua existência é independente de um uso legislativo indistinto do termo *processo sumário*, umas vezes para designar uma via de simplificação *predominantemente quantitativa* — *v.g.*, a distinção entre processo comum ordinário, sumário e sumaríssimo do art. 462º —, outras vezes para designar uma via de simplificação *predominante qualitativa* — *v.g.*, a distinção entre processo executivo ordinário e sumário vigente até à Reforma da acção executiva de 2003, mas que, no fundo, permanece na distinção entre o regime da citação prévia à penhora do art. 812º e o regime da dispensa de citação prévia à penhora do art. 812º-A.

⁴⁸⁷ Neste sentido, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 139–146 e 204; contra esta radicação da tutela sumária na garantia da acção civil prevista em Itália no art. 24º CIt, MONTELEONE, *DPC* cit., 1095 e 1096, antes da reforma de 2005/2006.

⁴⁸⁸ Permite-se ao credor obter uma satisfação do seu direito sem ter de esperar o tempo necessário para a decisão final (SATTA/PUNZI, *DPC* ¹³, 2000, 282).

Mas para tal, uma vez que na tutela sumária a celeridade processual é feita à custa de restrições a garantias constitucionais, *ela deverá ser absolutamente excepcional*, seguindo o regime geral do art. 18º, nº 2 CRP ⁴⁸⁹. Nestes termos, a tutela sumária deverá “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, *i.e.*, deverá respeitar a *proibição do excesso* ou *princípio da proporcionalidade na suas diversas dimensões* o que, aplicando as doutrinas de JORGE MIRANDA ⁴⁹⁰, VIEIRA DE ANDRADE ⁴⁹¹ e de GOMES CANOTILHO ⁴⁹², implica que as respectivas restrições deverão ser *necessárias, adequadas e racionais ou proporcionais* stricto sensu.

II. Mas, por isso, importa perguntar *quando é que são justificadas constitucionalmente as restrições que sustentam procedimentos de tutela não plena*. Há duas razões justificativas para tais restrições, parece-nos, no plano do direito material e no plano do direito processual. Ambas são faces do mesmo problema.

No plano do direito material, a tutela sumária apenas é conforme ao art. 18º, nº 2 CRP quando seja objectiva e razoavelmente previsível que o cumprimento do tempo da tutela plena conduz à violação do direito à tutela efectiva, na vertente do prazo razoável, traduzindo-se materialmente num dano para o titular do direito ⁴⁹³. Por outras palavras, de um ponto de vista quantitativo, *a realização do direito carece de um tempo que é menor do que o tempo processual da tutela plena*.

⁴⁸⁹ Mas por ser excepcional terá de ser típica: “Só existe com base em pressupostos específicos e em relação a um direito que o legislador individualizou previamente” (COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 470).

⁴⁹⁰ *Art. 18º* cit., XVIII, 162: princípio da proporcionalidade “analisa[–se] em três vectores: necessidade, adequação e racionalidade conformidade ou adequação”.

⁴⁹¹ *Os Direitos* cit., 310 e 311.

⁴⁹² *Direito* cit., 266–273 o princípio da proporcionalidade comporta conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade em sentido estrito. Já REIS NOVAIS, *ob. cit.*, 161 ss, desdobra-o em mais dimensões: idoneidade, indispensabilidade, proporcionalidade, razoabilidade e determinabilidade na dimensão de proibição do excesso.

⁴⁹³ Assim, SCHLETTE, *ob. cit.*, 15, “quando mais durar o processo, tanto mais se tornam prováveis mudanças essenciais nas condicionantes privadas ou profissionais iniciais”. Exemplos: a desvalorização do valor de um crédito quando aquela seja superior à taxa de juro moratória; a disposição, oneração, descaminho e degradação dos bens do devedor; a iliquidez financeira de uma empresa credora por não ter sido paga pelo seus devedores em sede executiva; a não passagem por um caminho, enquanto não é declarada a existência de uma servidão; o não gozo de licença de maternidade por recusa da entidade patronal.

O autor tem, por isso, *interesse em obter a tutela mais cedo* do que sucederia se se sujeitasse à demora da tutela plena de modo a evitar esse dano — carece com *urgência* de tutela.

Correlativamente, decorrente da instrumentalidade do processo perante o direito material, a tutela sumária é conforme ao art. 18º, nº 2 CRP, porque, no *plano do direito processual*, há uma correlativa expressão: o uso da tutela plena numa situação de urgência importaria violação *da igualdade entre o interesse da parte requerente e o interesse da parte requerida*, algo que já vimos ser uma das traves-mestras do modelo de garantias processuais.

Efectivamente, como escrevem ANDOLINA/VIGNERA, “antes da pronúncia da sentença de mérito não é possível operar alguma discriminação baseada na condição dos sujeitos processuais em relação ao direito substancial”⁴⁹⁴: há uma paridade funcional entre o direito à tutela da parte activa e o direito de defesa da parte passiva. A parte que pede tutela tem apenas uma *pretensão de direito violado* e não já uma *certeza de direito* pelo que o seu interesse não pode dominar sobre o interesse da parte passiva. Essa igualdade só terminará com o trânsito em julgado da decisão — a *obtenção da certeza de direito* —, o que é patente na subsequente prevalência que o interesse do credor terá numa futura acção executiva⁴⁹⁵. **É essa paridade que explica por que o requerente de tutela tem de suportar as moras processuais necessárias para o requerido se poder defender.**

Ora, a referida paridade entre as partes pode e deve — em razão do princípio da efectividade da tutela — ser *formalmente* desfeita quando *tal seja a melhor solução para evitar que, estando-se numa situação de urgência extrínseca ou intrínseca, o mero respeito formal* pelas garantias processuais possa conduzir a *uma situação de benefício material e funcional da parte passiva*, ou seja, de prevalência material e funcional do interesse do requerido sobre o interesse do requerente *em resultado da mora processual normal*⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ *Ob. cit.*, 120.

⁴⁹⁵ Será um *favor creditoris* — TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção executiva singular*, 1998, 31.

⁴⁹⁶ Claramente neste sentido, MICHALIK, *Justice in Crisis: England and Wales*, Civil Justice (dir. ZUKERMANN; col. CHIARLONI/P. GOTTWALD) cit, 129: a *interim relief* está disponível quando “a normal liberdade de actuação [*ordinary freedom to act*] de uma parte”, ou seja, a igualdade formal entre as partes, “minaria irreparavelmente o benefício que a outra parte poderia (...) esperar do seu direito a ver a sua acção ou defesa julgada ou aceite [*vindicated*] em tribunal”. Expressamente, MIRANDA GUIMARÃES, *Ação cit.*, 22 e 33, mas quanto à tutela cautelar (“dar igualdade de condições das partes”) o que se compreende numa visão instrumental perante uma acção principal, mas que não é de todo o nosso entendimento. Implicitamente, MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, 2000, 38: a urgência “compreende não apenas o caso em que há perigo na mora (...) mas todos aqueles em que, por ausência de qualquer contestação do fundo

Deste modo, as *restrições às garantias processuais* são, na verdade, um *instrumento de resposta ao perigo de dano para o direito substantivo*, tradicionalmente designado na doutrina latina por *urgência* ou *periculum in mora* ⁴⁹⁷.

E isso é feito através da *reposição de uma igualdade entre as partes*, que por via ordinária se perderia e, o mesmo é dizer, por um *instrumento de reposição da igualdade* entre o direito à tutela jurisdicional da parte activa e o direito à defesa da parte passiva ⁴⁹⁸.

III. A esta tutela temporalmente mais curta que a tutela plena, que responde ao *periculum in mora*, por meio de restrições às garantias constitucionais, podemos designar simplesmente por *tutela não plena*, por contraposição ao modelo constitucional de tutela plena, ou, abandonando essa contraposição, por *tutela de urgência* ⁴⁹⁹, dado o seu fundamento material, ou *tutela sumária* ⁵⁰⁰, se olharmos para a simplificação procedimental em que necessariamente se expressará ⁵⁰¹.

A *tutela sumária* é — apenas pode ser — pela sua justificação uma ***tutela antecipatória dos efeitos da tutela plena***: o momento de produção de uma providência de tutela sumária é, não apenas cronologicamente anterior ao momento de produção de

[da questão], é útil e *justo* por termo a meios puramente dilatórios proferindo uma decisão imediata”.

⁴⁹⁷ Cf. § 5º 2.3.2.C.

⁴⁹⁸ E assim se resolve um paradoxo aparente: como é que as restrições às garantias processuais ao implicarem um *minus* das garantias do requerido não constituem uma *prevalência do interesse da parte requerente de tutela sobre o interesse da parte requerida*, i.e., uma prevalência do direito à tutela jurisdicional da parte activa sobre o direito à defesa da parte passiva. No nosso sentido, I. CELESTE FONSECA, *O Processo* cit., 240, citando J. RODRÍGUEZ-MUÑOZ: a “duração do processo não deve alterar o equilíbrio inicial de forças” entre as partes.

⁴⁹⁹ Expressão frequente na doutrina brasileira: assim, DINARMARCO, *A reforma* cit., 373 ss, fala nas medidas urgentes, a propósito do art. 273º CPC/Br.

⁵⁰⁰ Identificando o processo sumário como sendo um processo com *menos garantias*: VALCAVI, *Osservazioni* cit., 97-121; FAZZALARI, *IDP* cit., 180 e 181. Sem tomada de posição clara, mas parecendo afirmar uma natureza sumária: COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 469-480; CARRATTA, *Profili* cit., 4; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 203 e 204; ZUCKERMAN, *ob. cit.*, 49; LUISO, *DPC* IV cit., 3; MONTELONE, *DPC* cit., 1095 e 1096. Este modo de ver está ainda implícito em: PISANI *Appunti sulla tutela* cit., 314 e 315 = *La tutela sommaria* cit., 315 e 316; e com R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 20 ss; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 12, porquanto a decisão é produzida com elevado risco de erro.

⁵⁰¹ Cf. exemplos no ponto 2 deste parágrafo.

uma providência de tutela plena, *i.e.*, ocorre mais cedo que esta, mas alcança também a mesma tutela — com menos alocação de recursos, naturalmente, que ela. Deste modo, aplicando as palavras de MANDRIOLI ⁵⁰² alcança-se pela via sumária uma “combinação de anterioridade cronológica com a mesma direcção funcional” da via plena.

Naturalmente que a identidade de efeitos entre a tutela plena e a tutela sumária assenta numa base material: *a identidade do mérito da causa entre a tutela plena e a tutela sumária*. Na verdade, trata-se do único entendimento compatível com a sua funcionalidade constitucionalmente cometida ao direito processual, em geral, e à celeridade qualitativa em especial ⁵⁰³.

Em suma: há uma equivalência entre tutela plena e tutela sumária quanto à função que desempenham para as situações materiais — *v.g.*, afastamento de uma violação do direito, exercício de um direito potestativo.

1.4. Tutela cautelar

I. No entendimento prevalecente — *portanto não ainda o nosso*, pois ainda nos faltam muitos elementos para tomar posição — deve aditar-se a tutela cautelar como segundo remédio contra os factores que minam a utilidade temporal do processo e redundam em *periculum in mora*. No dizer de VALITUTTI a “tutela cautelar não se caracteriza por ter uma sua função exclusiva”, pois a mesma função é cumprida por instrumentos que caibam na tutela sumária ou de urgência ⁵⁰⁴, enquanto para F. BAUR

⁵⁰² *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, RDP 19/2 (1964), 556.

⁵⁰³ É, assim, congruente com a função constitucionalmente cometida ao direito à jurisdição de *instrumentalidade* perante os direitos substantivos, num quadro de segurança jurídica: esta impõe que *a pretensão enunciada perante os tribunais não sofra mudanças por causa do modo como a própria máquina processual trata do litígio*. Algo que poderíamos designar como *neutralidade ou indiferença do processo quanto ao seu objecto: o processo não cria nem retira direitos no plano substantivo*. Também é congruente com a função constitucionalmente cometida à própria tutela sumária enquanto instrumento do direito à efectividade temporal da tutela: o que muda é a via processual mas o litígio é o mesmo, pois foi ele que *pediu* uma tutela que lhe fosse adequada. Ou seja, temos aqui o fenómeno inverso do anterior: a *não neutralidade do objecto quanto ao seu processo: o objecto litigioso impõe a criação ou a extinção de direitos, de soluções no plano processual*.

⁵⁰⁴ *I procedimenti cit.*, 41–42. Implicitamente, no mesmo sentido, MONTELEONE, [L’evoluzione delle misure cautelari: verso l’introduzione del référé. Osservazioni generali], La riforma del processo civile (dir. CIPRIANI/MONTELEONE), 2007, 455–456,

tanto um *Arrest* do § 916 ZPO como uma execução provisória de sentença pendente de recurso do § 708 ss. ZPO são ambas formas de *einstweiliger Rechtsschutz* — aquele uma *Primärer einstweiliger Rechtsschutz* e esta uma *Sekundärer einstweiliger Rechtsschutz* ⁵⁰⁵.

Afinal, como bem nos recorda WALKER, as *einstweiligen Verfügungen* achariam justificação no princípio da celeridade processual ⁵⁰⁶.

Essa é o ponto de vista normal, diríamos.

Vimos logo de início, que é esse o fundamento com que a doutrina, nossa e estrangeira, opera a sua justificação constitucional: a garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva implica uma tutela judicial imediata em casos de urgência, sendo as cautelas vistas como um “compromisso” ⁵⁰⁷ entre a exigência da “celeridade e a da ponderação” ⁵⁰⁸. Em conformidade, são qualificadas na Alemanha como um processo declarativo sumário ⁵⁰⁹, acelerado ou especial ⁵¹⁰ e funcionalmente visam afastar um *perigo* (*Gefahr*) para o direito do requerente que “repousa, primariamente, na duração temporal do processo principal”, segundo WALKER ⁵¹¹.

Vimos também que entre nós há referências constitucionais literais a essa função no art. 268º, nº 4 CRP e que, bem assim, a jurisprudência afirma a “natureza *sumária* e de *meio instrumental* de um processo cautelar” ⁵¹².

quando coloca as cautelas antecipatórias — designadas de *medidas antecipatórias* pelo AUTOR — a desempenhar uma função paralela à da *ingiunzione*.

⁵⁰⁵ *Studien* cit., 9 ss.

⁵⁰⁶ *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 7 ss.

⁵⁰⁷ PAULUS, *ZPR* cit., 315. Em Itália, VALITUTTI, *I procedimenti* cit., fala de uma “alternativa cómoda”, por ser o meio termo entre a obtenção de nenhuma tutela e a obtenção de uma tutela plena com base na mera aparência do direito.

⁵⁰⁸ RP 14/11/1996.

⁵⁰⁹ Cf. a doutrina citada no ponto § 11º 2., III.

⁵¹⁰ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 7 e *Schuschke/Walker* II cit., § 916 cit., Rdn. 2: “eine besondere Form des allgemeinen gerichtlichen Rechtsschutzes”. No mesmo sentido: TEPLITZKY, *Arrest* cit., 883 e 122; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 5 (“subespécie do processo declarativo”); GRUNSKY, *ZPR* ¹², 2006, Rdn. 276. JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 4 (“situa-se próximo do processo declarativo”)

⁵¹¹ § 916 cit., Rdn. 1. Ainda, fundando o *Arrest* e as *einstweilige Verfügungen* no problema temporal do processo: BÜDENBENDER, *Der vorläufige Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung und einstweilige Anordnung im Nichtehelichenrecht*, 1975, 11 e 12; LEIPOLD, *Strukturfragen* cit. 259 e 260; G. LÜKE, *ZVR* cit., 343; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 1.

⁵¹² STJ 18/11/1999.

Enfim, verdadeiramente modelar na nossa doutrina processualista é a reflexão de ALBERTO DOS REIS: “a ordem jurídica não podia deixar de pôr à disposição do titular do direito meios idóneos para obstar a que fosse vítima da demora ocasionada pela necessidade de que a decisão definitiva da controvérsia seja o produto de um longo trabalho de preparação; (...) Esses meios idóneos destinados a esconjurar o *periculum in mora* são precisamente as providências cautelares” que conseguem “afastando o perigo iminente de lesão, permitir que o processo principal siga o seu ritmo normal”, conciliando “o interesse da celeridade com o interesse da justiça”⁵¹³.

Nesta linha dominante, pode dizer-se que a tutela cautelar deve a sua existência à mora processual: *se esta não existisse como problema não haveria justificação nem constitucional, nem de facto para a existência daquela*.

II. É tempo de enunciar, com mais detalhe, algumas afirmações constituintes desse entendimento dominante que — repetimos — não é o nosso, mas cujo conteúdo devemos apresentar.

É certo que, como *primeira afirmação*, a tutela cautelar teria como fundamento o mesmo perigo de dano processual da celeridade qualitativa, a *mesma urgência* — o *periculum in mora* do “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito” (art. 381º, nº 1). Por isso, muitos autores consideram a tutela sumária e a tutela cautelar como espécies de um mesmo género⁵¹⁴.

Contudo, paradoxalmente, como *segunda afirmação*, a tutela cautelar **não surgiria rigorosamente como modo de celeridade processual** — *eliminação da situação de violação do direito, i.e., obtenção da tutela final, tão depressa quanto for compatível com as exigências de equidade processual, mesmo que restringida* —, **mas como um modo diverso de dar utilidade temporal ao processo** e que seria o da *salvaguarda da própria possibilidade de obtenção de uma eventual tutela futura*⁵¹⁵. Esta salvaguarda passaria por o processo permitir ao interessado a obtenção de *toda e qualquer medida adequada*, como se lê naquele art. 268º, nº 4 CRP, para afastar os efeitos da passagem do tempo processual sobre o litígio, de modo a reservar este para uma eventual tutela futura: uma medida de conservação da situação de facto ou de direito, uma medida de

⁵¹³ ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 21.

⁵¹⁴ O *genus* da *tutela de urgência* — assim, DINAMARCO, *A reforma cit.*, 337 — ou o género da *tutela sumária* — assim, PISANI, *Appunti sulla tutela cit.*, 314–315 = *La tutela sommaria cit.*, 315 e 316, e com R. CAPONI, *Lineamenti cit.*, 20 ss.

⁵¹⁵ Típicas deste modo de ver: GIARDINA, *Provisional measures in Europe: some comparative observations*, DCI 7/4 (1993), 781 (“evitar modificações das situações existentes, antes e durante os procedimentos legais”) e O’CONNELL, *Remedies cit.*, 34 e 35 (as *preliminary injunctions* têm a função de conservar o *status quo ante*, preservando a propriedade ou direitos em litígio até à decisão de mérito).

remoção de efeitos, uma proibição de actuação, uma regulação provisória de alguns aspectos envolvidos.

Deste modo, a tutela cautelar seria útil à tutela plena dando-lhe mais tempo de vida útil, ao afastar os perigos que a pudessem inutilizar. Na verdade, *enquanto a tutela sumária encurta o prazo processual abstracto para o fazer coincidir com o prazo processual concreto da causa — o prazo razoável como atrás o definimos —, diversamente a tutela cautelar prolonga o prazo processual concreto da causa, i.e., o prazo razoável, para o fazer coincidir com o prazo processual abstracto*. Por outras palavras, *a tutela sumária encurta o tempo processual, a tutela cautelar não mexe nos tempos — bons ou maus — da tutela plena, mas aceita-os*. Daí as observações de SCHLETTE e de OVÍDIO BAPTISTA de que os procedimentos cautelares não são eficazes a atender a necessidade de celeridade de certas demandas que pedem logo o próprio resultado final⁵¹⁶.

A *terceira afirmação* é uma ilação lógica: se a tutela sumária é um sucedâneo ou substituto da tutela plena e se a tutela cautelar não o é, mas antes uma via diversa da tutela plena mas que parece auxiliá-la, então a **tutela cautelar é, apenas pode ser, pela sua natureza, não antecipatória dos efeitos da tutela plena**. Ela beneficiaria o requerente com outros efeitos que não os efeitos da tutela plena e, desse modo, salvaguardaria a efectividade temporal da tutela jurisdicional.

III. De tudo isto permanece como incerto que a tutela cautelar seja um instrumento de celeridade qualitativa. Instrumentos como *tutela antecipatória* e *tutela cautelar* têm de ser aproximados e afastados, em ordem a fazer avançar a nossa investigação.

Nesse sentido devemos ir ao próprio direito vigente e sobre ele elaborar os conceitos.

2. *Análise dos dados do direito positivo*

2.1. *Objecto e método*

I. A análise que se vai a levar a cabo impõe opções que impliquem o mínimo de raciocínios de justificação. Estes, pela sua função, só devem ser feitos *após* essa mesma análise.

Assim, não é metodologicamente correcto usarmos já como conceitos operativos a distinção entre tutela sumária e tutela cautelar ou entre tutela sumária não cautelar e cautelar: é essa mesma distinção que vai agora ser sujeita ao escrutínio do direito

⁵¹⁶ Cf. § 3º 1.2.

vigente. Se seguíssemos esse caminho bem se poderia perguntar: por que a solução X é cautelar e a solução Y não é cautelar?

Só depois da análise do direito positivo se poderão construir *juízos horizontais* de aproximações, equivalência, oposições entre as soluções de direito positivo. Estes juízos serão as peças da construção de uma dogmática geral de modo a percebermos qual é o lugar ou qual não é o lugar da tutela cautelar, e as respectivas razões.

Até lá, serão de evitar compromissos teóricos e linguísticos que só poderiam pré-condicionar o próprio objecto da análise, assim como os instrumentos pelos quais ela opera ⁵¹⁷.

II. Antes de realizar uma tarefa de análise, há que predefinir qual o seu objecto: serão as soluções positivas em que surjam restrições às garantias constitucionais e/ou *que não se subsumam a grelha identitária da tutela plena*. E tanto faz que se essas soluções surjam concretizadas em *procedimentos autónomos*, como em *segmentos pontuais de regimes procedimentais*.

Essas soluções serão as dos ordenamentos que temos como pertinentes, por razões de valia das respectivas doutrinas e jurisprudência e/ou de influência sobre o nosso ordenamento jurídico. Sendo certo que o mérito da escolha é, naturalmente, passível de discussão, parecem-nos ser os sistemas de tutela de urgência da Itália, Alemanha, França, Inglaterra e Espanha, em primeira linha, e dos Estados Unidos e do Brasil, em segunda linha. O nosso direito positivo será abordado em conjunto com estes. Tal não obsta a pontuais ligações a sistemas derivados daqueles como os da Bélgica ou da Áustria.

Deste modo, a nossa dissertação procura explicar a *tutela cautelar em sede de direito positivo português*, mas, necessariamente, numa *perspectiva horizontal* ou *transversal* a esta técnica de tutela em que cada questão vá recebendo os contributos externos que forem *estritamente* pertinentes.

III. Como estruturaremos a análise do direito positivo, então? Uma boa opção seria socorrer-mos do pensamento de P. PISANI ⁵¹⁸ seguido por outros AUTORES ⁵¹⁹ que

⁵¹⁷ O que pode e deve fazer-se é, como não pode deixar de ser, dar nota desde já, da *qualificação doutrinal*, mas sem considerarmos esta como vinculativa.

⁵¹⁸ *Appunti sulla tutela* cit., 314 e 315 = *La tutela sommaria* cit., 315 e 316 = *LDPC* cit., 548-551 = *L'istruzione* cit., 18; ainda, com R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 20 ss.

⁵¹⁹ CARRATTA, *Profili* cit., 125, em curta referência; CONTE, *La provvisoria esecuzione dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c.*, RDP 56/4 (2001), 1112-1113; JOMMI, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, 2005, 120-121. No Brasil, MARINONI estrutura em boa medida nesta arrumação a sua *Tutela antecipatória e julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda* ⁵, 2002.

atende ao critério dos “motivos”⁵²⁰ ou “exigências” da tutela sumária fazendo corresponder uma categoria a cada um deles: evitar o custo do acção plena *quando não seja justificada por uma contestação efectiva*; evitar o *abuso do direito de defesa* da parte do réu que possa estar de má fé; assegurar a *efectividade da tutela jurisdicional a todas as situações de vantagem que, tendo conteúdo e/ou função (exclusivamente ou prevalentemente) não patrimonial, sofreriam um prejuízo irreparável* se permanecerem num estado de insatisfação para cumprir o tempo da tutela plena⁵²¹.

Mas esta proposta de P. PISANI deve ser recebida criticamente quer porque *assenta mais em petições de princípio do que em claras intenções legislativas demonstradas*⁵²², quer porque as categorias, salvo porventura a segunda, *são demasiado vagas no seu conteúdo* para poderem ser utilizadas em novas situações e outras previsões legais que, sendo diferentes, também conduzem a restrições processuais⁵²³. Em nosso modo de ver a única coisa que é correcto dizer é que alguns dos motivos seleccionados por P. PISANI parecem ser causa de sumariedade — porque potenciam a mora processual — mas que, em rigor, todos não são senão os elementos

⁵²⁰ *Appunti sulla tutela* cit., 314 = *La tutela sommaria* cit., 315.

⁵²¹ Depois cada exigência seria resolvida por *técnicas de sumariedade*: *v.g.*, a primeira categoria enunciada teria como soluções as técnicas dos procedimentos monitórios ou ainda dos títulos executivos extrajudiciais; a segunda categoria teria como solução a condenação com reservas; a terceira categoria teria como soluções as providências sumárias cautelares e não cautelares.

⁵²² É que, embora, porventura pontualmente, se possa discernir na letra dos preceitos ou na *mens legislatoris* algo semelhante a estas três *causas* — *v.g.*, com o exemplo do art. 273º, § 1º CPC/Br quanto ao abuso do direito de defesa; ou com o uso do requisito dos “graves motivos”, “perigo grave de prejuízo”, etc, quanto a assegurar a efectividade da tutela de direitos de conteúdo/função não patrimonial — a maior das partes das vezes a divisão de P. PISANI parece estar muito pouco suportada na lei. Assim, e nomeadamente, quanto à categoria da economia processual carece de demonstração que a intenção do legislador seja mesmo essa ou se não é antes prosseguir a efectividade do direito de acção ou, mesmo, evitar o abuso do direito de defesa. Esta parece tratar-se de uma categoria indistinta, dificuldade que terá sido sentida pelo próprio P. PISANI que nos anos 70 colocava as providências cautelares conservatórias na categoria de providências sumárias justificadas pelo abuso do direito de defesa — assim, em *Appunti sulla tutela* cit., 324–325 = *La tutela sommaria* cit., 324–325 — e, actualmente, já as coloca na categoria da efectividade da tutela judicial — veja-se R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 21–23 e P. PISANI, *LDPC* cit., 550.

⁵²³ Por exemplo: o *référé* francês ou as *preliminary injunctions* norte-americanas justificam-se para evitar o custo temporal da acção plena, ou para salvaguardar a efectividade da tutela jurisdicional de certos direitos?

distintivos de *previsões de normas processuais* que preceituam estatuições de procedimentos de tipo sumário ⁵²⁴.

IV. Propomos, por isto, um modelo de análise que, pegando em alguns aspectos da visão de P. PISANI, vai muito mais longe e conjuga três vectores: a *previsão normativa* de sumariedade, o *meio de tutela pedido* e o *direito material tutelado*.

Com o *vector da previsão normativa de sumariedade* — o critério só parcelarmente usado por P. PISANI — vamos utilizar o facto ou factos que, por poderem gerar situações de desigualdade material entre as partes ou *periculum in mora*, desempenham a função de elementos das previsões normativas de procedimentos de tipo sumário. Esses factos resumem-se em dois grupos: perigo presumido e perigo concreto. Nas *previsões de perigo presumido* o *perigo de dano não carece de ser alegado e demonstrado pelo autor* seja por causa de um *comportamento negativo* das partes pré-definido na lei e que depois é relevado *ex lege* ⁵²⁵ ou por decisão judicial ⁵²⁶, seja em razão directa do *objecto processual*, i.e., sem que a norma apresente relevância de um comportamento negativo das partes ou de uma concreta situação de perigo. Nas *previsões de perigo concreto*: o *perigo de dano carece de ser alegado e demonstrado pelo autor*.

Cada um destes grupos será internamente dividido pelo *vector do direito material tutelado*, ditado pelo âmbito das próprias situações jurídicas a tutelar, distinguindo, entre *tutela sumária diferenciada* — v.g., de direitos de crédito, de direitos reais, de direitos de família, etc. — e *tutela sumária indiferenciada* ⁵²⁷.

⁵²⁴ Por conseguinte, também não pode dizer-se que sejam técnicas de sumariedade: estas encontram-se, diversamente, nas ditas estatuições normativas e regulam aspectos como o contraditório, cognição, a prova, o valor da medida de tutela.

⁵²⁵ Exemplos: falta de controversão sobre a causa (ausência de oposição do réu, confissão do pedido, transacção entre as partes), falta *presumida* de uma oposição viável, a inacção processual de qualquer das parte.

⁵²⁶ Exemplos: falta de controversão sobre a causa, manifesta inviabilidade do pedido de tutela, falta *efectiva* de uma oposição viável (seja porque a prova produzida pela parte activa é tida por suficiente, seja porque a prova produzida pela parte passiva é tida por insuficiente ou irrelevante perante a prova da parte activa), falta *presumida* de uma oposição viável, má fé processual efectiva.

⁵²⁷ Generalizamos, assim, o critério que R. CAPONI/P. PISANI *ob. cit.*, 307 e 308 usam para os sistemas de tutela cautelar. Nos primeiros “a cautela é, por regra, adoptada com uma providência de conteúdo não determinada legalmente, mas determinado caso a caso pelo juiz de modo funcional com o perigo que se pretende neutralizar”, enquanto nos segundos “prevêem-se através de regras gerais e abstractas, (...) espécies isoladas de pericula in mora e conteúdos isolados das medidas cautelares” criados pelo

Finalmente, o vector do *meio de tutela pedido* irá permitir distinguir as *diferentes pretensões que podem ser deduzidas em sede de um tipo de previsão normativa de sumariedade* — v.g., condenação no cumprimento, de suspensão de uma decisão⁵²⁸

2.2. Previsões de perigo presumido

2.2.1. Tutela diferenciada

I. Em sede de tutela diferenciada de ***direitos de crédito em geral***, encontramos tutelas sumárias como consequência seja da relevância legal de um comportamento negativo das partes, seja ainda porque a lei associa directamente e sem mais exigências a sumariedade ao direito de crédito.

As técnicas de **relevância legal de um comportamento negativo das partes** são em particular as usadas para as pretensões de *condenação no cumprimento de direitos de crédito* em quase todas as suas variantes:

A) Falta de controversão sobre a causa

Exemplos com *autonomia formal*: criação de título executivo para as “obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada da Relação” (art. 1º do Anexo ao Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro) pela *relevância da não oposição do requerido em procedimento de injunção* (art. 14º, nº 1 do Anexo ao Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro) ou em *processo declarativo abreviado* (arts. 1º a 6º do Anexo), *procedimento de ingiunzioni* (art. 641º, 1ª al. CPC/It⁵²⁹), *Mahnverfahren* (§§ 688 ss. ZPO⁵³⁰), *interim payments* (r. 25.1. (1) (k) CPR 1998⁵³¹).

legislador a partir do que é mais normal — mais frequente diríamos — (*id quod plerumque accidit*) (R. CAPONI/P. PISANI, *idem*, 307 e 308).

⁵²⁸ Uma nota metodológica: uma abordagem exaustiva dos respectivos regimes e doutrina está, em absoluto, *excluída*. Assim o determina o nosso critério da pertinência no uso de doutrina, jurisprudência e lei na nossa investigação. Por isso, para cada referência legal sintetizaremos o seu conteúdo, de modo a tornar evidente a sua sumariedade e invocaremos um ou dois AUTORES que, paradigmaticamente, sejam dessa opinião. Apenas colocaremos doutrina de apoio quando se trate de um instrumento processual de qualificação incerta, *maxime*, cautelar, ou quando estivermos em face de uma solução legal-chave para a compreensão do nosso objecto de estudo.

⁵²⁹ Mera invocação pelo autor, ainda que sem prova, de um dos tipos de créditos dos nºs 2 e 3 do art. 633º CPC/It, sendo o réu condenado se não se opuser. Qualificando

Exemplos *sem autonomia formal: produção de certeza jurídica* sobre a qualidade/existência de um crédito dentro de uma execução (arts. 825º, nº 2, 856º, nº 3 e 869º, nº 3⁵³²), *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate* (art. 186 bis, 1ª al. CPC/It⁵³³) e *Ordinanze per il pagamento di somme* (art. 423º, 1ª al. CPC/It⁵³⁴).

expressamente a *ingiunzione* como providência sumária, por todos: MANDRIOLI, *DPC* III¹⁴, 2002, 195 ss.= *CDPC* III⁶, 2007, 149 ss.

⁵³⁰ Simples alegação do crédito e da relação contratual, sem prova, seguida de despacho de injunção de pagamento (*Mahnbescheid*) e, na falta de ulterior oposição, prolação de um despacho com força executiva (*Vollstreckungsbescheid*). Cf. MICHALSKI, *ZPR* cit., 231–233.

⁵³¹ Ordem de pagamento provisório pelo réu por conta de indemnização ou quantia (salvo custas), verificados os requisitos previstos na *r.* 25.7. (1) (a) CPR, tornando desnecessária a prova junta pelo autor, mas não dispensando a sentença final. Cf. ANDREWS, *ECP* cit., nºs 18.04 ss.

⁵³² Cf. RUI PINTO, *A acção executiva depois da Reforma*, 2004, 100–101.

⁵³³ Antecipação de condenação em quantia pecuniária, pedida pelo autor até às alegações sobre a matéria de facto, com força executiva provisória *ex vi* art. 186º bis, 2ª al. CPC/It, e revogável pela decisão final nos termos do art. 177º, 1ª al. CPC/It (*ex vi* art. 186º bis, 3ª al. CPC/It), sob pena de acabar por produzir efeitos autónomos *ex vi* art. 186 bis, 2ª al. CPC/It, embora sem valor de caso julgado. Esta vigência autónoma leva MERLIN, *Le ordinanza di pagamento delle somme con contestate (dall'art. 423 all art. 186 bis c.p.c.)*, St. Mandrioli I, 1995, 168 ss., a qualificá-lo como integrando também, à semelhança da ordinanza do art. 423º, 1ª al. CPC/It, uma categoria intermédia de providências que alcançam “preclusão executiva”, situadas entre as providências sumárias provisórias que carecem de ser absorvidas pela sentença final e as providências sumárias definitivas que fazem caso julgado; identicamente, IMPAGNATIELLO, *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374*, (dir. TARZIA/CIPRIANI) reimp., 1993, Art. 20 [Art. 186–bis c.p.c.]/Art. 21 [Art. 186–ter c.p.c. cit., 108 fala em “simples eficácia executiva”, que não retira do objecto do processo “as questões relativas ao direito ao pagamento das quantias”. Quanto à sua qualificação, cf. NAVARRA, *La tutela interinali: art. 186bis e ter c.p.c. Prospettive “de iure condendo”*, GI 145/IV (1993), 73 ss., esp. 80 e 81 (procedimento sumário–simplificado–executivo ou de função prevalentemente executiva) e SASSANI, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 186 bis, 172–179.

⁵³⁴ Antecipação de condenação em quantia pecuniária, pedida pelo autor em qualquer fase do processo, com força executiva provisória *ex vi* art. 423º, 3ª CPC/It, sem valor de caso julgado mas irrevogável (MERLIN, *Le ordinanza* cit., 164–165 fala, por isso, em “preclusão executiva”). No sentido da **natureza sumária**: CAMPESE, *L'ordinanza provvisoriale di cui all'art. 432, 2º comma c.p.c.*, RDP 43/4 (1988), 1091–1092 e ZUCCHI, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, RTDPC 55/3 (1991),

B) Falta efectiva de oposição viável ao pedido de tutela acompanhada de prova da **parte activa** *tida como suficiente por caber dentro de uma dada categoria legal ou ter especial qualidade*

Exemplos com autonomia formal: *procedimento monitorio* ou de *ingiunzioni* (art. 641º, 1ª al. CPC/It na remissão para o art. 633º, nº 1 CPC/It ⁵³⁵); *procédures d'injonction de payer* e *d'injonction de faire* (arts. 1405º ss e 1425º NCPC/Fr ⁵³⁶); *Urkundensprozess* (§§ 592º ss

1027. Contra, defendendo que é um processo **cautelar**: DE ANGELIS, *CommBv* ⁴, 2002, Art. 423, 1312.

⁵³⁵ Exige-se que o credor apresente uma *prova escrita*, sendo o réu condenado se não se opuser.

⁵³⁶ Se o direito for documentalmente evidente o juiz ordena ao devedor que cumpra ou conteste, sob pena de aposição de fórmula executória no despacho, com valor de caso julgado; havendo oposição abre-se uma fase declarativa simplificada junto do tribunal. Cf. JULIEN/FRICERO, *DJP* ², 2003, 189–196 e VINCENT/GUINCHARD, *PCv* ²⁷, 2003, 749–757.

ZPO⁵³⁷); *Mandatsverfahren* (§§ 548 ss ZPO/ Ö⁵³⁸); *ação monitoria* (arts. 1102º-A ss CPC/Br⁵³⁹); *proceso monitorio* (arts. 812º ss LEC⁵⁴⁰); o *juicio cambiário* (arts. 819º ss LEC⁵⁴¹).

Exemplos sem autonomia formal: *istanza di ingiunzione* (art. 186 *ter* CPC/It⁵⁴²); *ordinanza*

⁵³⁷ O credor requer a condenação no pagamento ou na entrega de coisa fungível ou título de crédito, juntando prova documental, sem prejuízo do réu juntar prova documental das respectivas excepções, após o que o juiz condenará se for suficiente a prova, de modo provisório, caso haja oposição do réu, ou de modo definitivo, na sua falta ou se o réu confessou o pedido. Na primeira hipótese o réu poderá abrir um processo declarativo (*Nachverfahren*) para a plena demonstração da inexistência do pretendo direito. Cf. MICHALSKI, *ZPR* cit., 234–237 e PAULUS, *ZPR* cit., 205–207.

⁵³⁸ O credor requer a condenação no pagamento ou na entrega de coisa fungível ou de título de crédito, juntando prova documental dos factos constitutivos, após o que o juiz condenará provisoriamente, *inaudita altera parte*, condicionado pelo resultado da eventual oposição do requerido.

⁵³⁹ Quem “pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” (1102º-A CPC/Br), poderá obter, se estiver “a petição inicial devidamente instruída”, a “expedição do mandado de pagamento ou a entrega da coisa no prazo de quinze dias” (art. 1102º-B CPC/Br), e depois, ou o réu contesta em embargos e ficará suspensa a eficácia do mandado inicial (art. 1102º-C primeira parte CPC/Br), ou o réu não embarga e “constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo” (1102º-C segunda parte CPC/Br). Cf. CARREIRA ALVIM, *CPCref* 6, 2003, 465–496 e *Ação monitoria e temas polémicos da reforma processual* 4, 2004, 1–44.

⁵⁴⁰ O credor de quantia pecuniária não superior a cinco milhões de pesetas, requer ao tribunal, junto com prova documental arrolada no art. 812º LEC (cf. DE LOS RIOS VERGARA, *El proceso monitorio*, 2002, 21–25) a citação do devedor para pagar ou deduzir oposição, sob pena de decretamento da execução para pagamento da quantia (art. 816º LEC).

⁵⁴¹ Semelhante ao *proceso monitorio*, mas em que o suporte da posição do credor é a apresentação de letra ou cheque, além de se poder pedir desde logo embargo preventivo de bens do devedor.

⁵⁴² Antecipação, a pedido do autor, de condenação no pagamento de quantia pecuniária ou na entrega de coisa certa com base em prova documental, na parte em que remete para o art. 633º, 1ª e 2ª als. CPC/It e para o art. 642º, 1ª al. CPC/It e que é, na verdade, uma *ingiunzione* enxertada até às alegações sobre a matéria de facto (R. CAPONI/P. PISANI *Lineamenti* cit., 299, falam em *transplante* para o processo pleno da execução provisória injuncional). Por isso, goza a exequibilidade provisória da *ingiunzione* dos art. 642º, 1ª e 2ª als. CPC/It e da definitividade, não sobrevivendo oposição. Vendo o art. 186º *ter* como processo sumário: RAMPAZZI, *Le riforme del processo civile* (dir.

successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 *quater*, 1ª al. CPC/It⁵⁴³); *procedimenti de ingiunzioni* (arts. 633º ss CPC/It) fundados em “*cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato*” (art. 642º, 1ª al. CPC/It⁵⁴⁴) ao admitirem execução provisória desde que não tenha havido pagamento do devedor citado; os *interim payments* ou ordens de pagamento provisórias, atrás referidos, quando decretadas porque o autor obteve procedência (*judgment*) para liquidar esses valores (r. 25.7. (1) (b) CPR) ou se a questão fosse a julgamento (*trial*) o autor viria a obter procedência quanto a uma soma substancial de dinheiro contra o dito réu (r. 25.7. (1) (c) CPR) ou o porque o autor reivindica um terreno (*seeking an order for possession of land*) e se a questão fosse a julgamento, e ainda que fosse julgada improcedente, o réu viria a ser condenado a pagar uma indemnização pela ocupação e uso de um terreno (r. 25.7. (1) (d) CPR).

C) Falta efectiva de oposição viável ao pedido de tutela, por a prova produzida pela **parte passiva** ser tida por insuficiente ou irrelevante perante a prova da parte activa

CHIARLONI), 1992, Art. 21. Istanza di ingiunzione, 245–275 e PASSANANTE, *CommBv* cit., Art. 186 ter, 593–601.

⁵⁴³ Despachada a requerimento do autor, com base na prova reunida até ao fim da instrução, dotada de força executiva e produz efeitos enquanto não for revogada pela decisão final (cf. art. 186 *quater*, 2ª al. CPC/It), tornando-se definitiva em caso de extinção sem sentença (cf. art. 186 *quater*, 2ª al., *in fine* CPC/It) ou em caso de a parte activa, uma vez notificada, não manifestar, em 30 dias, a vontade de que seja dada sentença (cf. art. 186 *quater*, 4ª al. CPC/It). Cf. a sumariedade em: SASSANI, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 186 *quater*, 191–204; E. F. RICCI, *Interventi urgenti sul processo civile*, (dir. TARZIA/CIPRIANI), 1997, Art. 7. Ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione, 78–138; LAPERTOSA, *L'art. 186 quater c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, RDP 51/1 (1996), 54–70; CONSOLO, *La nuova ordinanza di cui all'art. 186 quater c.p.c. e La sfera applicativa del nuovo istituto anticipatorio previsto dall'art. 186 quater c.p.c.*, Il nuovo processo cit., 491–497 = *Ordinanza di condanna post-istruttoria, “non liquet” e necessità di accertamento della responsabilità civile*, RespCvPrev 96/1, 740 ss; CARACCILOLO, *L'ordinanza ex art. 186 quater*, Nuovo processo civile e giudice único. La giustizia civile tra crisi e riforme, 2000, 167–177; PASSANANTE, *CommBv* cit., Art. 186 *quater*, 602–616.

⁵⁴⁴ Pode, então, o credor requerer de imediato, independentemente da oposição da parte, que se ordene ao devedor “*di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'opposizione*”.

Exemplos: art. 648, 1ª al. CPC/It ⁵⁴⁵; art. 19º, nº 2 do d.l. n. 5, de 17 de Janeiro de 2003 (*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia* ⁵⁴⁶).

D) Presunção legislativa de que a dedução de oposição não será viável por o legislador considerar que o direito de defesa deve ceder perante o direito à execução quando este se funda em documento legalmente previsto

Exemplos: *títulos extrajudiciais* (v.g., art. 46º, nº 1, als. b e c), art. 474º, nºs 2 e 3 CPC/It ⁵⁴⁷, art. 585º CPC/Br ⁵⁴⁸); *dispensa de citação prévia para execução* (arts. 812º-A, nº 1 e 812º-B, nº 1).

⁵⁴⁵ Decretamento de execução provisória do decreto de injunção se a contestação deduzida não se fundar em prova escrita ou imediatamente apreciável. Cf. os aspectos que lhe dão **natureza sumária** e algumas implicações em **sede cautelar** em FORNACIARI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e l'ordinanza provvisoria di relascio tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale differenziata*, RTDPC 58/3 (1994), 1009 ss.

⁵⁴⁶ Procedimento sumário declarativo, na expressão legal, perante tribunal singular, para pagamento de uma soma em dinheiro ou a entrega de coisa móvel certa de sociedade comercial, em se o juiz considerar “procedentes os factos constitutivos da demanda e manifestamente infundada a contestação do réu, profere despacho imediatamente executivo de condenação”. CHIARLONI, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, GI 156/IV (2004), 681 escreve que se trata de uma **espécie de “référé” à italiana**, enquanto B. CAPPONI, *Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societario (art. 19 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, GI 165/IV (2004), 443–444, fala em tutela sumária não cautelar. Cf., ainda, BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, GI 155/IV (2003), 2203–2209 e DIDONE, *Appunti sul nuovo processo societario di cognizione (con l'ausilio del “commento anticipato” del Mortara e del Ricci)*, GI 155/IV (2003), 1977–1982.

⁵⁴⁷ Documentos com segurança suficiente para substituírem a sentença da acção condenatória, pressupondo uma ponderação legislativa entre o risco de prejuízo do interesse do credor pela mora resultante da citação prévia e o risco de uma execução injusta, favorável àquele. Por isso, são para SATTA/PUNZI, *DPC cit.*, 746, “instrumentos de tutela directa e imediata do credor”, pois evitam um processo anterior à execução. Mas implicam que a defesa se deva exercer já em sede executiva — cf., tratando-os como técnica de tutela sumária para evitar oposições não viáveis, P. PISANI, *Appunti sulla tutela cit.*, 316–318 = *La tutela sommaria cit.*, 317–319 e VALITUTTI, *I procedimenti cit.*, 15.

⁵⁴⁸ Cf. CARREIRA ALVIM, *CPCref cit.*, 353 e 354.

Finalmente a técnica **da sumariedade imediata por simples relevância legal de um tipo de direito**, i.e., ser suficiente estar-se perante um direito de crédito, é usada para a constituição *de garantia especiais*.

Exemplos: apreensão de veículo automóvel em garantia de crédito hipotecário, vencido e não satisfeito (art. 15º, nº 1, primeira parte do Decreto-Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro ⁵⁴⁹; *prejudgment attachment* ou congelamento (*freezing*) de bens (r. 64 FRCP ⁵⁵⁰).

II. Na tutela diferenciada de situações jurídicas do **direito de família, do estado e capacidade** a importância dos bens jurídicos envolvidos é tão grande que a tutela sumária pode ser despoletada pela **simples alegação do direito em si mesmo** ⁵⁵¹ para, nomeadamente:

A) Condenação na prestação de alimentos provisórios

⁵⁴⁹ É tida como **providência cautelar** — assim, MOITINHO DE ALMEIDA, *O processo cautelar de apreensão* cit., 49–50 e *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis (Decreto-Lei nº 54/75, de 12 de Fevereiro)* cit., 8 ss. — mas não exige a alegação de qualquer perigo de dano, mas tão só a prova “dos registos e o vencimento do crédito” (art. 16º, nº 1 do mesmo diploma. Por força do art. 19º, nº 1 do mesmo diploma, é uma providência provisória e instrumental de acção principal de execução, caducando nos termos cautelares gerais.

⁵⁵⁰ Exige-se a existência de previsão legal expressa em *statute* e que o requerente demonstre a probabilidade de sucesso da acção principal (HAY, *Law* cit., 83–84). Portanto, o que deve ser demonstrado não é um perigo mas um aparente direito. Assim sucede no *Californian Code of Civil Procedure* em que se exige “probable validity” — cf. BARNIER, *Prejudgment Attachment: A Strategic Alternative to Awaiting Trial*, 2004, www.barkerlawgroup.com/about/attorneys/documents/PrejudgmenAttachment_Barnier.pdf. Esses procedimentos são designados nos *statutes* como *arrest*, *attachment*, *garnishment*, *replevin*, *sequestration* ou equivalente.

⁵⁵¹ Escreve SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, St. Mandrioli I cit., 596, a propósito do art. art. 708º, 3ª al. CPC/It, mas que se aplica, *mutatis mutandis* à nomeação de tutor ou curador, e ao decretamento de alimentos provisórios: o “conjunto das relações entre os cônjuges e entre estes últimos e os filhos não pode esperar para arranjar regulação pelos tempos da justiça ordinária”. No mesmo sentido, OBERTO, *Il nuovo processo civile. Ristampa integrata con il commento alla legge 4 dicembre 1992 n. 477*, 1993, 141.

Exemplos: providência cautelar típica do art. 399º, mas sem *qualquer exigência de perigo concreto* ⁵⁵²; art. 148º, 2ª al. CC/It (*protecção sumária da obrigação de alimentos aos filhos* ⁵⁵³); art. 446º CC/It, maioritariamente tido por *cautelar* ⁵⁵⁴; § 1615 o/3 BGB (*einstweilige Verfügung* de alimentos a filhos) em que se dispensa a demonstração de um perigo concreto ⁵⁵⁵; art. 852º CPC/Br alegadamente sem natureza cautelar ⁵⁵⁶.

B) Conservação do património conjugal

Exemplos: art. 427º, nº 1 (*arrolamento de bens comuns ou de bens próprios administrados pelo outro cônjuge* com dispensa de alegação de perigo apesar de ser uma cautela típica ⁵⁵⁷, bastando demonstrar a qualidade do bem).

C) Conservação da garantia patrimonial do crédito por alimentos

Exemplos: art. 146º, 3ª al. CC/It ⁵⁵⁸; art. 156º, 6ª al. CC/It ⁵⁵⁹; art. 8º, 7ª al. *legge* n. 898, de 1 de Dezembro de 1970 ⁵⁶⁰.

⁵⁵² Assim, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Processo civil* II cit., 78 = *Natureza* cit., 22: o “processo de alimentos provisórios não é preventivo, por isso [é que] o autor, instaurando-o, não tem por fim acautelar prejuízo algum”.

⁵⁵³ Regulado pelo regime de oposição ao despacho de injunção (arts. 645º ss.CPC/It, *ex vi* art. 138º 4ª al. CC/It), pelo que poderá tornar-se definitivo.

⁵⁵⁴ M. DINI, *La denunzia* cit., 111; DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 207; AIELLO/GIACOBBE, *Guida ragionata ai provvedimenti cautelari. Ambito di applicazione del nuovo procedimento* (art. 669 quaterdecies), 1996, 86–87; CASELLA, *Il nuovo processo cautelare (esperienze e problemi)*, RDP 50/4 (1995), 1025; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 396; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 305 e 321; ATTARDI, *DPC* I cit., 159; aparentemente, TARZIA *La tutela cautelare* cit., XXVII. Contra, SALETTI, *Le système des mesures provisoires en droit italien*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 66.

⁵⁵⁵ BÜDENBENDER, *Der vorläufige Rechtsschutz* cit., 71 e 72; TEPLIZTKY, *Arrest* cit., 123; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., Vor § 935, Rdn. 3; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP-ZP* 8, 2004, 328; DOSE, *Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen* ², 2005, Rdn. 15.

⁵⁵⁶ OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 15, 55 e 420.

⁵⁵⁷ Neste sentido, por exemplo: STJ 28/1/1988, BMJ 373 (1988), 496, RL 8/11/1990, RP 10/10/1991, RP 26/11/1992, RP 22/6/1995, RP 31/10/1995, RL 30/1/1996, RL 29/10/1996, RL 6/2/1997, RL 24/4/1997, RP 21/12/1998, RL 25/5/2000, RL 13/12/2000, RL 16/12/2003, RE 12/10/2006.

⁵⁵⁸ *Sequestro* de bens de cônjuge que abandonou o lar, em garantia das “obrigações previstas nos arts. 143º, 3ª al. [sustento da família] e 147º CC [manutenção, instrução e educação dos filhos], *bastando alegar esse abandono* sem que demonstre perigo

D) Regulação do poder paternal

Exemplo: o art. 888º CPC/Br admite que o juiz ordene ou autorize a “posse provisória dos filhos” em vários casos que são, por si próprios, urgentes.

E) Regulação da convivência entre os cônjuges

Exemplo: o art. 888º, inciso VI CPC/Br autoriza o juiz a ordenar ou autorizar o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

F) Qualquer questão carente de conveniente regulação judicial

concreto. Afirmam a sua **natureza cautelar**, entre outros: COSTANTINO, *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI) cit., *Art. 669-quaterdecies c.p.c.* cit., 410; OBERTO, *Il nuovo processo* cit., 138; CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, 2003, 467; F. VERDE, *Il sequestro nel diritto processuale civile*³, 2006, 615.

⁵⁵⁹ *Sequestro* em garantia de alimentos ao outro e aos filhos (cf. arts. 155º CC/It e 156º, 1ª e 3ª als.CC/It, bastando alegar o seu incumprimento, sem que tenha de haver perigo de desaparecimento dos bens (CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro* cit., 471). Doutrina que o qualifica como **cautelar**: ACONE, *Due sequestri per la tutela giudiziale dei crediti di mantenimento nella riforma del diritto di famiglia*, I processi speciali cit., 3-11 e 43-54; COSTANTINO, *Art. 669-quaterdecies c.p.c.* cit., 411; OBERTO, *Il nuovo processo* cit., 138; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 383 ss; GIORGETTI, *Domanda e procedimento nelle recenti esperienze del processo cautelare*, RDP 56/3 (2001), 811 e 812. Doutrina que o qualifica como **sumário**: CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro* cit., 467 (não se trata “nem de um sequestro atípico, nem de uma providência cautelar *stricto sensu*”, mas de uma medida “equiparável a uma garantia real sobre bens”); porque não é exigível alegação de *periculum in mora*: AIELLO/GIACCOBE, *Guida* cit., 85-86, CECHELLA, *Il processo* cit., 261 e F. VERDE, *Il sequestro* cit., 615 ss., com apoio em parte da jurisprudência; porque não tem instrumentalidade: FINOCCHIARO, *Sul nuovo procedimento cautelare*, RDP 50/3 (1995), 864.

⁵⁶⁰ *Sequestro* em garantia de alimentos após o divórcio. CANTILLO/SANTANGELI, *idem*, 476-478, fazem valer aqui os mesmos argumentos, **negatórios de natureza cautelar**, relativos ao art. 146º, 3ª al. CC/It, notando ainda que aqui nem sequer há necessidade de incumprimento prévio. Vide, ainda COSTANTINO, *Art. 669-quaterdecies c.p.c.* cit., 410-411.

Exemplo: art. 1407º, nº 7; art. 708º, 3ª al. CPC/It = art. 4º, 8ª al. art. *legge n. 898*, de 1 de Dezembro de 1970 (*provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole*⁵⁶¹).

G) Nomeação de tutor ou curador provisório

Exemplo: o art. 717º CPC/it, ao abrigo do art. 419º, 3ª al. CC/It⁵⁶².

III. Também no campo da tutela diferenciada de ***direitos reais, da posse e da locação*** encontramos tutelas sumárias por **relevância legal de um comportamento negativo das partes** ou por a **lei associar directamente e sem mais exigências a sumariedade ao direito real**.

⁵⁶¹ Se no procedimento de separação pessoal dos cônjuges o cônjuge citado não comparecer ou a “conciliação não for obtida, o juiz-presidente, ainda que oficiosamente, ouvidos os cônjuges e os respectivos mandatários, decreta em despacho as *provvidências temporárias e urgentes* que repute “oportunas no interesse dos filhos e do casal. Esta medida é sempre revogável pelo juiz mediante alteração das circunstâncias, *ex vi* art. 709, 4ª al. CPC/It, o que leva CULTRERA, *Natura e regime delle ordinanze presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole* [15.01.2004], <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6870>, a qualificá-los como “*provvedimenti cosiddetti determinativi, che sono emanati*” “*rebus sic stantibus*” *in ragione dell'adeguamento del processo alla situazione reale*”. A medida tem valor executivo *ex vi* art. 189º *dis. att.* CPC/it e os seus efeitos *subsistem desde que não seja substituída por outra ou revogada pela decisão final* porque a extinção do processo não implica uma reconciliação dos conjugues e a uma retoma da vida conjugal (cf. E. DINNI/MAMMONE, *I provvedimenti cit.*, 118; LUISO, *DPC IV cit.*, 255; LUPOI, *CommBv cit.*, Art. 708, 2137). Diversamente, sobrevivendo decisão final concordante, esta consume no seu objecto a regulação provisória, segundo CULTRERA, *Natura cit.* Também o art. 710º, 3ª al. CPC/It admite, de modo semelhante, que o juiz decrete “*provvidências provisórias*”, tidas por cautelares para COSTANTINO, *Art. 669-quaterdecies c.p.c. cit.*, 411 e sumárias antecipatórias para VULLO, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti provvisori assunti nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione ai sensi dell'art. 710, ult. comma, c.p.c.*, RTDPC 52/1 (1998), 314-319.

⁵⁶² É sempre revogável e é qualificado, quase unanimemente, como ***providência cautelar***. TARZIA, *La tutela cautelare cit.*, XXVII; CECHELLA, *Il processo cit.*, 260; CASELLA, *Il nuovo processo cit.*, 1025; MANDRIOLI, *DPC III cit.*, 306 ss. Contra: M. DINI, *La denuncia cit.*, 107, por ausência de *periculum* e *fumus* ede função de conservação; AIELLO/GIACOBBE, *Guida cit.*, 79, por ser estruturalmente de jurisdição voluntária.

As técnicas de **relevância de um comportamento negativo das partes** são, em particular, usadas para as pretensões de *entrega dos bens que são objecto daquelas situações jurídicas activas*:

A) Falta de controversão sobre a causa

Exemplos: art. 663º, 1ª al. (*convalida di sfrato* por falta de *comparizione o opposizione dell'intimato* ⁵⁶³); art. 1053º CPC/Br (a revelia de cominatório pleno nos embargos de terceiro ex vi art. 1053 CPC/Br ⁵⁶⁴).

B) Falta efectiva de oposição viável ao pedido de tutela por a prova produzida pela **parte passiva** ser tida por insuficiente ou irrelevante perante a prova da parte activa

Exemplo: art. 665º CPC/It (novamente, *convalida di sfrato* ⁵⁶⁵).

⁵⁶³ A falta de oposição conduz à validação da *licenza* ou *sfratto* (ordem de despejo), com efeitos permanentes, mesmo após o termo da instância, desde que não seja revogada pela decisão final (neste sentido, cf. TRIFONE, *CPCComm* reimp. 2002, 1997, Arts. 657º–669º, 149–277; CECCHELLA, *Il processo* cit., 237; G. F. RICCI, *CommBv* cit., Arts. 657º–669º, 1979–2019; já antes já FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfrato*, Sc. Gr. Calamandrei III, 1958, 284 ss, defendera que se tratava de um verdadeiro caso julgado substancial). No sentido da qualificação como **procedimento sumário**, por todos: CIGNITTI, *Profili strutturali delle ordinanze di rilascio*, RTDPC 43/1 e 2 (1989), 149 ss. e 439 ss., e FONTE, *L'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.*, RDP 48/1 (1993), 277 ss. Já para MONTELEONE, *MDPC* II 4, 2007, 340, é um processo **célere mas sem ser sumário** ao nível da cognição, enquanto permanece discutível a sua natureza para CECCHELLA, *idem*, 243.

⁵⁶⁴ Presumem-se aceites como verdadeiros os factos alegados pelo recorrente e o juiz decide em 5 dias, como nas medidas cautelares (cf. art. 803º corpo CPC/Br).

⁵⁶⁵ Ordem provisória de despejo se o requerido deduzir a sua oposição, apenas fundada em “excepções não fundadas em prova escrita” e se não existirem “graves motivos em contrário”, sendo susceptível de vir a ser ou não confirmado na decisão final. Cf. CARRATTA, *Profili* cit., 159 ss; CECCHELLA, *Il processo* cit., 238; LUISO, *DPC* III cit., 148 e 149. Defendendo tratar-se de via sumária: P. PISANI, *Provvedimenti in tema di tutela sommaria*, RTDPC 46/1 (1992), 320 e *LDPC* cit., 562; FAZZALARI, *IDP* cit., 189–190 (procedimento interlocutório ou urgente *lato sensu* e antecipatório se a decisão final vier a ser de despejo); defendendo tratar-se de **via cautelar**: TARZIA, *La tutela cautelare* cit., XXVII.

Finalmente, **a lei associa directamente e sem mais exigências a sumariedade ao direito real** para efeitos de:

A) Tutela possessória

Exemplos: art. 393º e art. 1279º CC (*restituição provisória de posse* por “*esbulho violento*”⁵⁶⁶); art. 15º, nº 1, segunda parte do Decreto-Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro (*apreensão de veículo automóvel* pelo vendedor reservante, quando o comprador reservatário incumpriu as suas obrigações contratuais⁵⁶⁷); art. 21º do Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho (*entrega judicial e cancelamento do registo de bens objecto de locação financeira*⁵⁶⁸); *provvedimenti possessori* — *azione di reintegrazione* e *azione di manutenzione* (arts. 703º-705º CPC/It, conjugados com os arts. 1168º e 1170º CC/It, respectivamente) — e que são acções mistas⁵⁶⁹ compostas por uma primeira fase processual sumária⁵⁷⁰ e por uma segunda fase plena e definitiva sobre o mérito⁵⁷¹, sendo que a primeira fase é tida por alguns, na linha de

⁵⁶⁶ Funda-se em “factos que constituem a posse, o esbulho e a violência” (art. 393º) e não num perigo concreto de dano futuro: RP 18/12/1997, RP 14/12/1998, RP 11/11/1999.

⁵⁶⁷ Funda-se tão só nos factos do registo de reserva de propriedade e nos factos que configuram “o não cumprimento do contrato por parte do adquirente” (art. 16º, nº 1 do mesmo diploma) e não em alegação de ameaça de perigo concreto.

⁵⁶⁸ Não é fundada em *periculum* concreto (RL 23/4/1996, RL 11/7/1996; contra, RL 26/9/1996) mas numa efectiva e corrente violação do direito, resultante do contrato estar “findo por resolução ou pelo decurso do prazo sem ter sido exercido o direito de compra” e “o locatário não proceder à restituição do bem ao locado”, requisitos cuja “probabilidade séria da verificação” deve ser demonstrada, segundo o nº4 do dito art. 21º. A lei qualifica-a como **providência cautelar** e sujeita-a ao respectivo regime do Código de Processo Civil — cf. nº 8 do mesmo artigo 21º.

⁵⁶⁹ Neste sentido, por todos: MAZZOLETTI, *I provvedimenti possessori*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 176, para quem estas providências possessórias têm duas fases, ideia retomada pela AUTORA, mas de modo crítico, em *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI) cit., Art. 77 [art. 703 c.p.c.], 429; FRUS, *Le riforme* (dir. CHIARLONI) cit., Art. 77. Domanda di reintegrazione e di manutenzione nel possesso, 813–816. Contra, R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 331–332: é um processo de *fase única*.

⁵⁷⁰ Contra: CONSOLO, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 703, 751–757: tendo em conta a natureza de mera situação de facto da posse, estar-se-ia perante um procedimento de tutela plena, **não sumário**, embora simplificado nos seus trâmites, e sem ser instrumental de nenhuma acção de mérito — pois a tutela da posse não é instrumental da questão de fundo, diríamos, tendo valor autónomo.

⁵⁷¹ A necessidade desta segunda fase, firmada, em razão de dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, pela sentença Css/It 1984 (24/2/1998) (cf. SASSANI, *La tutela*

CARNELUTTI ⁵⁷², como *não cautelar* ⁵⁷³, fundada apenas na alegação e demonstração da posse ⁵⁷⁴, sem necessidade de valoração de uma concreta situação de perigo ⁵⁷⁵, e regida pelo

giurisdizionale del possesso dopo la modifica dell'art. 703 c.p.c. (un grand arrêt delle Sezioni Unite), RDP 53/2 (1998), 530–537) foi posta de lado com a reforma do CPC/It de 2005/2006 (legge n. 80, de 14 de Maio de 2005, modificada pela legge n. 263, de 28 de Dezembro de 2005). A segunda fase é, agora, eventual: apenas se uma das partes a requer em 60 dias (art. 703º, al. 3ª CPC/It) — cf., MAZZOLETTI, *I provvedimenti* cit., 182–183.

⁵⁷² *INPCI* I cit., 45: se, por um lado, os processos possessórios, tal como os processos cautelares, não são definitivos, por outro lado, ao contrário destes, lidam directamente com o litígio, não visando assegurar o bom fim do processo. Contudo esta diferença era atenuada pela exigência legal de se colocar uma acção principal após o processo possessório, exigência essa “provavelmente sem uma boa razão” (*INPCI* I cit., 45).

⁵⁷³ M. DINI, *La denuncia* cit., 98, pois faltariam o *periculum* e o *fumus*; OBERTO, *Il nuovo processo* cit., 152; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 212; MAZZOLETTI, *I provvedimenti* cit., 182; AULETTA, *CPCComm* cit., Art. 703, 453, apesar da intenção uniformizante do legislador; CECHELLA, *Il processo* cit., 236; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 498; LUGO, *MDPC* ¹¹, 1995, 424 e 425; MANDRIOLI, *DPC* III cit., 334, 335, 387 ss. = *CDPC* III cit., 209, 235 ss.; MONTELEONE, *MDPC* II cit., 425 ss; GIORGETTI, *Domanda* cit., 814–815; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 331–332, defendendo que é um processo de *fase única de natureza sumária* e e com função prevalentemente executiva, *i.e.*, um processo de tipo injuntório.

Contra, entendendo que esta primeira parte tem **natureza cautelar antecipatória**, entre outros: FRUS, *Art. 77* cit., 816, falando em “acentuação dos aspectos cautelares”, após a reforma de 1990; SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 829, mas com reservas pois antes da reforma de 1990 a primeira fase seria sumária, e depois desta esta fase teria “estrutura (se não natureza)”; FAZZALARI, *IDP* cit., 192; AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 51; LUISO, *DPC* IV cit., 237; PISANI, *LDPC* cit., 606, qualificando-a expressamente como providência cautelar com dispensa de “qualquer averiguação sobre a subsistência do requisito do *periculum*”. Finalmente, para CONSOLO, *Tutela cautelare e azioni a tutela del possesso*, *Il nuovo processo* cit., 229–236, em especial p. 231 = *Alla ricerca di una soluzione sul merito possessorio (mentre la Sez. II della Cassazione lo acantona già con riguardo al vecchio testo dell'art. 703 c.p.c.)*, GI 147/I (1995), c. 1973 ss, não se trata nem de tutela sumária, nem de uma simples tutela cautelar pois não há instrumentalidade com a acção de reivindicação.

⁵⁷⁴ Em razão de uma “urgência ínsita no procedimento (...) determinada unicamente pela necessidade de evitar uma perturbação violenta da ordem formal” (M. DINI, *La denuncia* cit., 98) ou “exigência da imediata realização da tutela possessória” (SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 828).

⁵⁷⁵ Neste sentido a jurisprudência da Corte di Cassazione citada por LUISO, *DPC* IV cit., 238 e P. PISANI, *LDPC* cit., 606 e 607.

procedimento geral cautelar dos arts. 669º *bis* ⁵⁷⁶; § 861 BGB (*einstweilige Verfügung* ⁵⁷⁷ de restituição provisória de posse ⁵⁷⁸); art. 250º, nº 1, al. 4ª LEC (*juicio verbal* sobre pretensões que “pretendam a tutela sumária da detenção ou posse de uma coisa ou direito por quem haja sido delas despojado ou perturbado no seu gozo”); art. 926º CPC/Br (acções de manutenção na posse “em caso de *turbação*” e de reintegração na posse “no [caso] de *esbulho*” ⁵⁷⁹); § 415.46 CCCP ⁵⁸⁰ (*prejudgment attachment* ⁵⁸¹ designada pela doutrina como *prejudgment claim of right to possession*).

B) Conservação de bens

Exemplo: art. 427º, nº 2 (*arrolamento de bens abandonados*, por estar ausente o seu titular, estar jacente a herança, ou por outro motivo para acautelar a perda ou deterioração ⁵⁸²).

C) Inscrição registal provisória

Exemplo: § 883/I BGB (segurança da pretensão de constituição, extinção ou modificação de direitos reais sobre imóveis ⁵⁸³); § 894 BGB (correção de inscrição registal inexacta ⁵⁸⁴).

⁵⁷⁶ Portanto, com cognição sumária — o juiz deve decidir “sobre a simples notoriedade do facto, sem dilações” (art. 1168º CC/It) — e de valor provisório.

⁵⁷⁷ Assim, TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; G. LÜKE, *ZVR* cit., 375; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 19.

⁵⁷⁸ Presume-se a respectiva urgência (*Dringlichkeit*), ficando o requerente dispensado de alegar e demonstrar (cf. SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 20),

⁵⁷⁹ O autor terá de alegar e provar estes factos, a par do facto da posse e da sua manutenção ou perda, consoante (art. 927º CPC/Br), mas *não um perigo concreto* — cf. BATISTA LOPES, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro* ², 2003, 149.

⁵⁸⁰ Disponível em www.megalawserve.com/states/ca.php. Consiste num despejo imediato de arrendatário ou subarrendatário.

⁵⁸¹ Sobre este ver neste parágrafo o ponto 2.2., I *in fine*.

⁵⁸² Dispensa-se a alegação de perigo concreto ou justo receio de extravio, ocultação ou dissipação, graças ao nº 3 do mesmo artigo.

⁵⁸³ É decretada nos termos da *einstweilige Verfügung* do § 885 BGB, na qual se dispensa a demonstração de perigo. Neste sentido, TEPLITZKY, *Arrest* cit., 123, LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 13 e BROX/WALKER, *ZVR* ⁷, 2003, Rdn. 1588; discutindo o seu alcance, GRUNSKY, *Vor §935* cit., Rdn. 1; SCHUSCHKE, *Vor §935* cit. Rdn. 42.

⁵⁸⁴ É decretada nos termos da *einstweilige Verfügung* do § 899/II BGB, na qual se dispensa a demonstração de perigo. Neste sentido TEPLITZKY, *Arrest* cit., 123; LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 13; GRUNSKY, *Vor §935* cit., Rdn. 1; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1588.

D) Garantia da titularidade

Exemplo: no protesto pela reivindicação salvaguardam-se os direitos do terceiro sobre bens móveis que vão ser vendidos executivamente⁵⁸⁵, sujeitando o comprador à prestação de caução ou ao averbamento, no caso de papéis de crédito, como manda o art. 910º, nº 1.

IV. Depois, em sede de tutela diferenciada de **direitos dos trabalhadores**, encontramos tutelas sumárias por **relevância legal de um comportamento negativo das partes** e por **relevância directa do direito em questão**.

As técnicas de **relevância de um comportamento negativo das partes** são em particular as usadas para as pretensões de *condenação no pagamentos de quantias*.

A) Falta de controversão sobre a causa

Exemplo: art. 121º, nº 1 CPT (*pensão/indemnização de morte/incapacidade, por acordo*⁵⁸⁶).

B) Falta efectiva de oposição viável ao pedido de tutela, por a prova produzida pela **parte activa** ser tida por suficiente

Exemplos: art. 122º, nº 1 CPT (*pensão/indemnização por morte/incapacidade não havendo acordo*⁵⁸⁷); art. 423º, 2ª al. CPC/It (*pagamento di somme* se já houver elementos no sentido da existência do direito e na respectiva medida⁵⁸⁸, com base em *ordinanza* dotada exequibilidade provisória ex vi art. 423º, 3ª CPC/It⁵⁸⁹).

⁵⁸⁵ Tal ocorre sem que o terceiro tenha de alegar perigo em concreto mas, apenas, direito incompatível, sujeito a caducidade por falta de colocação da acção de reivindicação. É, por isso, qualificado como **providência cautelar** pelo ac. STJ 29/10/1991.

⁵⁸⁶ O juiz poderá fixar “pensão ou indemnização que for devida pela morte ou pela incapacidade”, antecipando a sentença, com exequibilidade provisória, ex vi art. 124º, nº 3 CPT. Vide ISABEL ALEXANDRE, *Princípios* cit., 419.

⁵⁸⁷ O juiz fixará a pensão ou indemnização “a requerimento da parte interessada ou se assim resultar directamente da lei aplicável, (...) com base nos elementos fornecidos pelo processo (...) se considerar tais prestações necessárias ao sinistrado, ou aos beneficiários, se do acidente tiver resultado a morte ou uma incapacidade grave ou se se verificar a situação prevista na primeira parte do n.º 1 do artigo 102º”.

⁵⁸⁸ Quando “*ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova*”. Defendendo que se trata de **providência sumária antecipatória**, não cautelar: CAMPESE, *L’ordinanza* cit., 1092; CARRATTA, *Profili* cit., 270 (porque a apreciação sobre a prova reunida é plena e não de mera probabilidade); implicitamente, LUISO, *DPC IV* cit., 65; DE ANGELIS, *Art. 423* cit., 1315. Contra, defendendo que é um

C) Falta efectiva de oposição viável ao pedido de tutela, por a prova produzida pela **parte passiva** ser tida por insuficiente ou irrelevante perante a prova da parte activa

Exemplo: o art. 18º, 7ª al. StatLav (*ordinanza* de reintegração do trabalhador ⁵⁹⁰).

D) Presunção legislativa de que a dedução de oposição não será viável

Exemplo: art. 91º, nº 1 CPT e nº 2 do art. 97º CPT (*dispensa de citação prévia* à execução para pagamento de quantia certa fundada em qualquer título ⁵⁹¹).

Finalmente, o legislador estatui regimes de sumariedade pela **simples relevância directa da natureza laboral do direito violado**, decorrente da importância social ou constitucional dos bens jurídicos em presença, quanto a

A) Despedimento de membros de organizações sindicais

Exemplo: art. 28º, 1ª al. StatLav (*repressione della condotta antisindacale* ⁵⁹²).

processo cautelar: M. DINI, *La denuncia* cit., 141; TARZIA, *La tutela cautelare* cit., XXVII; FAZZALARI, *IDP* cit., 199.

⁵⁸⁹ Cf., *mutatis mutandis*, a nota 540 relativa ao art. 423º, 1º al. CPC/It.

⁵⁹⁰ No caso de trabalhadores referidos no art. 22º StatLav, *v.g.*, que sejam dirigentes sindicais, por requerimento feito a todo o tempo, quando o juiz considere “irrelevantes ou insuficientes os elementos de prova fornecidos pela entidade patronal”, a qual se manterá até à decisão final da causa (cf. art. 18º, 10ª al. StatLav). Doutrina que a qualifica como **cautelar**: M. DINI, *La denuncia* cit., 132; AIELLO/GIACOBBE, *ob. cit.*, 70; TARZIA, *La tutela cautelare*, cit., XXVII, DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 207; CECHELLA, *Il processo* cit. 257; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III, 395–396; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 305; P. PISANI, *LDPC* cit., 607. Contra, CARPI, *Provvedimenti* cit., 627 e CARRATTA, *Profili* cit., 168 ss. (processo sumário antecipatório e incidental).

⁵⁹¹ Vide ISABEL ALEXANDRE, *Princípios* cit., 419.

⁵⁹² Condenação, após instrução sumária, da entidade patronal na cessação do comportamento ilegítimo e na remoção dos efeitos respectivos em despacho fundamentado e imediatamente executivo, irrevogável até à sentença que decida eventual oposição da entidade patronal (cf. art. 28º, 3ª al. StatLav) cuja falta ou improcedência gera caso julgado — cf. LUISO, *DPC* IV cit., 285. Diversamente, o nosso art. 26º, nº 1 CPT dá uma qualificação de *processo de natureza urgente*, *i.e.*, de mera celeridade quantitativa, às acções em que esteja em causa o despedimento de representantes sindicais ou de membros de comissões de trabalhadores, o que tem

B) Despedimento individual

Exemplo: os arts. 34º ss CPT (procedimento cautelar de *suspensão de despedimento individual*) que não parecem exigir uma alegação e demonstração concreta de um perigo para o direito do trabalhador, mas sim de factos impeditivos da validade do despedimento ⁵⁹³, acompanhada de produção de actividade probatória suficiente para levar o juiz a concluir, de modo sumário, pela ocorrência da violação do direito ou, ao menos, “pela probabilidade séria de inexistência de justa causa” (cf. art. 39º, nº 1 LPT *in fine*), com força executiva relativamente aos salários em dívida (art. 39º, nº 2 CPCT).

C) Despedimento colectivo

Exemplo: arts. 41º e 42º CPT (procedimento cautelar de *suspensão de despedimento colectivo*) para o qual o requerente não carece de alegar e demonstrar um dado perigo mas apenas que a suspensão não foi válida ⁵⁹⁴, e cuja decisão favorável tem força executiva relativamente aos salários em dívida, segundo o art. 39º, nº 2 CPT, *ex vi* art. 43º CPT.

V. Seguidamente, em sede de ***direitos de autor, direitos conexos e de propriedade industrial a relevância judicialmente concretizada de um direito*** justifica:

A) Apreensão dos bens produzidos de modo ilícito, bem como os meios dessa produção

Exemplos: art. 340º, nº 1 CPI (“apreensão judicial de produtos, ou de quaisquer outros objectos, em que se manifesta a violação” dos direitos de propriedade industrial, bem como dos “instrumentos que só possam servir para a prática desses ilícitos” ⁵⁹⁵); arts. 161º *legge n. 633*, de

efeitos na contagem de prazos e na distribuição — cf., arts. 144º, nº 1 e 212º *ex vi* art. 1º, nº 2, al. a) CPT.

⁵⁹³ Cf. o art. 39º, nº 1 LPT: a “suspensão do despedimento é decretada se não tiver sido instaurado processo disciplinar, se este for nulo”. Também no Brasil, mas por diferentes razões, OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 55 **recusa “cautelaridade** à reintegração provisória do empregado “injustamente” despedido, pois aí já tem lugar uma “realização antecipada (...) do direito acautelado”.

⁵⁹⁴ Pois só será suspensa pelo tribunal se “não tiverem sido observadas as formalidades previstas nas alíneas a), b), c) ou d) do nº 1 do artigo 24º do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei nº 64-A/89, de 27 de Fevereiro” (art. 42º CPT).

⁵⁹⁵ É decretado após “prova do seu direito de propriedade industrial e do facto lesivo dessa propriedade”, segundo o nº 2 do mesmo artigo e que se rege, subsidiariamente

22 de Abril de 1991 (*sequestro* de exemplares produzidos com violação do direito de autor), 81º r.d. n. 1127, de 29 de Junho de 1939, substituído pelo art. 25º d.l. n. 198, de 19 de Março de 1996 (*sequestro* de objectos produzidos em violação de patentes de invenção industrial ou que tenham servido para produção daqueles) e 62º r.d. n. 929, de 21 de Junho de 1942 (*sequestro* de objectos produzidos em violação de marcas⁵⁹⁶); *medidas cautelares específicas* arroladas no art. 727º LEC (*intervención y depósito, consignación o depósito, depósito temporal e deposito*) e , de entre as *medidas cautelares específicas* arroladas no art. 134º, 2ª al. LPt, a *retención y depósito* e a *retención y depósito*: nenhuma exige alegação de perigo concreto; art. 842º, § 3º CPC/Br (apreensão de objectos pelos quais se violem direitos de autor e direitos conexos⁵⁹⁷).

B) Proibição de actos de índole puramente jurídica, não exigente de alegação de perigo

Exemplos: art. 163º *legge* n. 633, de 22 de Abril de 1991 (inibição de actividade danosa do direito de autor⁵⁹⁸); art. 134º *Ley de Patentes* (*medidas cautelares* de “cessação dos actos que violem o direito do peticionário” (al. 1ª), e de “inscrições registraes que procedam” (al. 4ª)⁵⁹⁹).

VI. Já no **direito da concorrência** temos na Alemanha o § 12/II UWG = § 25 UWG 1909 que dispensa expressamente a necessidade de alegação e demonstração dos

pelo regime processual do arresto dos arts. 406º ss., *ex vi* nº 3 do mesmo art. 340º CPI. Qualificado como **providência cautelar** no ac. RP 27/10/1998.

⁵⁹⁶ Todos serão **meios sumários** para: M. DINI, *La denunzia* cit., 123–138; COSTANTINO, *Art. 669–quaterdecies c.p.c.* cit., 416 e 417; GIACOBBE, *Guida* cit., 101–104; VIANELLO, *Nuove prospettive di applicabilità del rito cautelare uniforme in materia di brevetti per invenzioni industriali*, RTDPC 52/2 (1998), 681 ss; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 376–379; F. VERDE, *Il sequestro* cit., 623 e 624. Contudo, para P. PISANI, *LDPC* cit., 607, seriam **providências cautelares** com dispensa de alegação de *periculum in mora*.

⁵⁹⁷ Está prevista em sede geral de procedimentos cautelares específicos de busca e apreensão de coisas (cf. arts. 839º a 843º CPC/Br), mas não parece exigir alegação de perigo, mas apenas da violação do direito.

⁵⁹⁸ Não exige demonstração de *periculum*, mas apenas, e sumariamente, a titularidade do direito violado — cf. F. VERDE, *Il sequestro* cit., 622 ss.

⁵⁹⁹ Mas há mais: as suspensões de patente, em caso de acção de nulidade da concessão da patente (art. 56º, § 2º da Lei nº 9279/96, de 14 de Maio), do registo de desenho industrial, em caso de acção de nulidade de registo de desenho industrial (art. 56º, § 2º da Lei nº 9279/96, de 14 de Maio, *ex vi* art. 118º da mesma Lei), e do registo e uso da marca, em caso de acção de nulidade de registo de desenho industrial (art. 173º, § Único da Lei nº 9279/96, de 14 de Maio).

requisitos dos §§ 935 e 940 ZPO, *maxime*, da urgência por perigo de dano ⁶⁰⁰, para a condenação provisória nas inibições de concorrência previstas no § 8 UWG.

VII. Por fim, também relativamente a **princípios constitucionais** se pode ver um exemplo de sumariedade por relevância judicialmente valorada dos bens jurídicos em litígio: em Itália o *provvedimento per la parità tra l'uomo e la donna sul posto di lavoro* (art. 15º, 1ª al. *legge n. 903*, de 9 de Dezembro de 1977) possibilita a obtenção de condenação na cessação do comportamento ilícito alegado em dois dias, após a audição das partes e obtenção de informações sumárias ⁶⁰¹, dotada de força executiva e, *ex vi* a 2ª al. do mesmo art. 15ª, vale até ser revogada pela sentença que decida a oposição.

2.2.2. Tutela indiferenciada

A. Relevância legal de um comportamento negativo das partes

Exemplos de sumariedade por comportamento negativo das partes, *sem autonomia formal*, válida para qualquer direito não indisponível são, por exemplo ⁶⁰²;

A) Falta de controversão sobre a matéria de facto

Exemplos: art. 484º, nº 1 *in fine* (*revelia absoluta* operante, *i.e.*, absoluta ausência processual do réu ⁶⁰³; § 330º ss. ZPO (*Versäumnisurteil* ⁶⁰⁴); arts. 319º e 330º, inciso II CPC/BR

⁶⁰⁰ Neste sentido, KLAKA, *Die Einstweilige Verfügung in der Praxis*, GRUR 9 (1979), 596; LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 13; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 1; SCHAREN, *Pastor/Ahrens* cit., Kap. 50. Glaubhaftmachung, Rdn. 10; SCHMUKLE, *Kap. 45* cit., Rdn. 7–9.

⁶⁰¹ Pela natureza sumária deste *decreto*: TARZIA, *La tutela cautelare*, cit., XXVIII (providência de prevalente função executiva); M. DINI, *La denunzia* cit., 139; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 444 (natureza semelhante à do art. 28º StatLav).

⁶⁰² Pois há várias técnicas de relevância da falta de contestação ou de confissão do pedido inseridas em sede de processo pleno, como mostra P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 322–324 = *La tutela sommaria* cit., 322–324.

⁶⁰³ Quer com *efeito cominatório semi-pleno* em que se consideram “confessados os factos articulados pelo autor” (art. 484º, nº 1 *in fine*), o que leva a uma mera *possibilidade* de obtenção quase imediata da procedência, fazendo o normal caso julgado; quer com *efeito cominatório pleno* em que a falta de contestação implica *ipso facto* a procedência do pedido (*v.g.*, art. 805º, nº 4 *in fine*).

(*juigamento (antecipado) da lide, por falta de contestação da acção* ⁶⁰⁵); *Part 12 CPR 1998 (default judgment)* ⁶⁰⁶.

B) Inacção processual de uma das partes

Exemplos: art. 469º, 1ª al. NCPC/Fr ⁶⁰⁷; §§º 251a e 331 ZPO (*Entscheidung nach Aktenlage* ⁶⁰⁸); art. 277º, § 2º CPC/Br (*revelia por falta de comparecimento em juízo* ⁶⁰⁹).

C) Presunção de que a dedução de oposição não será viável

Exemplos: *oneração ou desincentivo do exercício do direito de defesa através da concessão de exequibilidade provisória e imediata das decisões de 1ª instância* (cf. art. 47º, nº 1, art. 282º CPC/It por efeito da *legge n. 353*, de 26 de Novembro de 1990, art. 515º NCPC/Fr ⁶¹⁰, arts. 708º e 709º ZPO ⁶¹¹, art. 526º LEC, com as excepções do art. 525º LEC e do art. 528º, nº 2, als. 2ª e

⁶⁰⁴ A revelia do réu, por falta de comparecimento na audiência, importa o reconhecimento dos factos alegados pelo autor na petição.

⁶⁰⁵ Ainda que o réu compareça, têm-se por confessados os factos afirmados pelo autor e julga-se a causa — cf. CARREIRA ALVIM, *CPCRef* cit., 143; D. DORIA, *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda* ², 2003, 87 ss, esp. 95. Se a não contestação for parcial pode-se antecipar a decisão final, para antes do julgamento quanto a esses factos incontroversos (art. 273º, § 6º CPC/Br) — cf. MARINONI, *Tutela* cit., 136, 137 e 204–206; D. DORIA, *A tutela* cit., 87 ss, esp. 97 ss.

⁶⁰⁶ Pode ter lugar, dentro de certas restrições, a requerimento do autor por ausência de qualquer acto do réu, e é caracterizado por se seguir um procedimento sumário com o “juigamento para o tribunal a que o autor terá direito em face da petição inicial”. Cf. HILL/WOOD/FINE, *A Pratical Guide to Civil Litigation* ², 2005, 157 ss.

⁶⁰⁷ *Julgamento feito de imediato* “em vista dos elementos de que dispõe” se as partes comparecem mas uma delas não cumpre acto imposto em prazos peremptórios. Cf., por todos, COUCHEZ, *PCv* ¹⁴, 2006, 317–318.

⁶⁰⁸ *Sentença emitida em face do estado do processo*, terminado prazo peremptório sem acto de ambas as partes ou havendo ausência de uma das partes na audiência, e desde que as garantias de defesa estejam asseguradas (§ 335º ZPO). Cf., por todos, SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 574 ss.

⁶⁰⁹ Comina-se a falta injustificada à audiência preliminar com a confissão da matéria de facto, “salvo se o contrário resultar da prova dos autos”; nesse caso proferirá “o juiz, desde logo, a sentença”. Cf. CARREIRA ALVIM, *CPCRef* cit., 143 e 144–

⁶¹⁰ Por despacho do juiz, a requerimento ou oficiosamente — cf. AMRANI-MEKKI, *Le temps* cit., 458–463.

⁶¹¹ BEHR, *GZVR*, 1999, 59 ss; U. GOTTWALD, *ZVR* ⁴, 2002, 62 e 63, 89–95.

3ª LEC, art. 521º CPC/Br ⁶¹²), conjugada com o *alargamento do âmbito de fixação de efeito devolutivo ao recurso do mérito* — regra entre nós pelo art. 692º, nº 1 e em Itália *ex vi* art. 337º CPC/It ⁶¹³ — e a *restrição* à recorribilidade das decisões ⁶¹⁴.

B. Relevância judicial de um comportamento negativo das partes

Acabámos de abordar exemplos de sumariedade de âmbito indiferenciado, por falta de controversão sobre a matéria de facto. Essa sumariedade era automática, resultante da mera verificação de uma previsão normativa, não sendo necessária uma valoração adicional pelo tribunal.

Mas há uma variante em que os mesmos factos carecem de *avaliação judicial* quanto à sua ocorrência e aos eventuais efeitos sobre o seguimento da acção, por:

A) Falta de controversão sobre a causa

Exemplos: art. 472º NCPC/Fr (*procédure par défaut faute de comparaître du défendeur* ⁶¹⁵); r. 56 FRCP (*summary judgment* ⁶¹⁶).

B) Inacção processual de uma das partes

Exemplo: art. 468º, 1ª al. NCPC/Fr (*procedure par défaut du demandeur* ⁶¹⁷).

C) Manifesta inviabilidade do pedido de tutela em que sumariedade existe porquanto a causa é resolvida liminarmente *contra o autor* e sem completo desenvolvimento do processo — eventualmente sem instrução.

⁶¹² CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 355–358.

⁶¹³ Por todos: CONSOLO, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 337, 365–369.

⁶¹⁴ Neste sentido P. PISANI, *Ancora sull' emergenza della giustizia civile*, FI 110/V (1987), 190 e AMRANI-MEKKI, *Le temps* cit., 459.

⁶¹⁵ Semelhante à revelia operante, mas sem ser automática: se o réu foi citado mas não compareceu, pode o juiz “decidir da questão de mérito”, na medida em que ele considere a demanda “regular, passível de ser recebida e bem fundada”. Cf. VINCENT/GUINCHARD, *PCv* cit., 655 e 658–663.

⁶¹⁶ Dispensa o julgamento por júri por não haver litígio quanto à matéria de facto (*no genuine issue as to any material fact*) e *seja inverosímil* que o júri chegasse a conclusões diversas sobre essa matéria. Ver HAY, *Law* cit., 79.

⁶¹⁷ A requerimento do réu se o autor após a entrega da petição inicial nada mais diligenciar. Por todos, VINCENT/GUINCHARD, *PCv* cit., 657 e 658.

Exemplos: os arts. 234º-A, nº 1, primeira parte, 548º, nº 3, 705º, 809º, nº 2, 812º, nº 2, al. a), e 817º, nº 1, al. c), a r. 24.2. (a) (i) CPR 1998)⁶¹⁸.

D) Falta efectiva de uma oposição viável: as previsões de sumariedade em que a causa é resolvida antecipadamente *contra o réu* seja porque *a prova produzida pela parte activa é tida por suficiente*, seja porque *a prova produzida pela parte passiva é tida por insuficiente ou irrelevante* e, por isso, é evidente a procedência do pedido do autor, ou ambas as ocorrências

Exemplos: art. 19º, 2ª al. CJ/B (*mesures provisoires ou jugements avant-dire droit*⁶¹⁹) e o *référé-provision* quando por causa legal ou por interpretação jurisprudencial dispense a urgência⁶²⁰; art. 330º, inciso I CPC/Br (*julgamento (antecipado) da lide, por não houver necessidade de produzir prova em audiência*); o *summary judgment* da Part 24 CRP quando o réu não tem “real perspectiva de sucesso na defesa” (r. 24.2. (a) (ii) CPR 1998)⁶²¹.

E) Presunção de que a dedução de oposição não será viável: *oneração ou desacentivo do exercício do direito de defesa através de atribuição de força executiva provisória e imediata às decisões de 1ª instância por decisão judicial*

Exemplo: em França, ao abrigo do art. 515º NCPC/Fr, a requerimento ou oficiosamente⁶²².

⁶¹⁸ Trata-se do *summary judgment* da Part 24 CRP que tem lugar se o tribunal considerar que o *autor* não tem “real perspectiva de obter procedência na causa” (“*That claimant has no real prospect of succeeding on the claim or issue*”). Cf. HILL/WOOD/FINE, *A Pratical Guide* cit., 171 ss.

⁶¹⁹ O instituto está sintetizado em VAN COMPERNOLLE, *Introduction générale*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 8: o juiz da causa tem competência para, *incidentalmente*, “antes de declarar o direito, ordenar uma *medida provisória*” de conteúdo determinado pelo juiz, conservatório ou antecipatório, “destinada a (...) regular provisoriamente a situação das partes”⁶¹⁹, com base no grau e consistência da aparência do direito do autor naquele estágio do processo. O autor não tem que alegar nenhuma causa concreta de urgência segundo o mesmo VAN COMPERNOLLE, *idem*, 8 e CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 26.

⁶²⁰ Voltaremos a este, no § 6º 2.4.2.

⁶²¹ Cf. HILL/WOOD/FINE, *A Pratical Guide* cit., 171 ss.

⁶²² Cf. AMRANI-MEKKI, *Le temps* cit., 458–463.

F) Má fé processual efectiva

Exemplo: *antecipação de condenação no pedido por abuso do direito de defesa* requerida ao tribunal ao abrigo art. 273º/II e corpo CPC/Br⁶²³.

2.3. Previsões de perigo concreto

2.3.1. Tutela diferenciada

I. No campo da tutela diferenciada de ***direitos de crédito em geral*** vê-se que a técnica da relevância judicial de uma situação concreta de perigo cobre *todo o ciclo de vida de um crédito*, desde a sua garantia até à sua execução, através de medidas de:

A) Conservação da garantia geral das obrigações

Exemplos entre nós: providência cautelar nominada de arresto (art. 406º) decretado após a demonstração de “*justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito*”, sem citação prévia (cf. art. 408º, nº 1); o *arresto especial de navios e outras embarcações* do art. 12º da Lei nº 35/86, de 4 de Setembro, incluindo outras medidas como a guarda e retenção.

Exemplos em Itália: o *sequestro conservativo* (arts. 2905º, 1ª al. CC/It e 671º CPC/It), sendo um *procedimento cautelare* para os casos de “*fundado receio de perda da garantia do próprio crédito*”, configurando uma função *conservatória* dos bens⁶²⁴; os *sequestri* de *quantias entregues ou coisas entregues em cumprimento* pelo devedor mas recusadas pelo credor (art. 687º CPC/It), para conservar esses bens para “determinar se o cumprimento era ou não

⁶²³ “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [de acção pendente], desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e” (II) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. É provisoriamente exequível (arts. 588º CPC/Br), mas “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada” (art. 273º, § 4º CPC/Br), enquanto que o processo segue até julgamento (art. 273º, § 4º CPC/Br).

⁶²⁴ Por todos: MANDRIOLI, *DPC* III cit., 369 ss. = *CDPC* III cit., 225 ss.; contra, vendo neles uma antecipação dos efeitos finais executivos, F. VERDE, *II sequestro* cit., 28. Tal como o nosso arresto, o sequestro conservativo implica a apreensão dos bens e a ineficácia perante o *credore sequestrante* dos ulteriores actos de disposição ou oneração — art. 2906º CC/It — e caduca se não for proposta a respectiva execução em 30 dias, *ex vi* art. 675º CPC/it.

conforme às previsões do direito substantivo”⁶²⁵; de *coisa móvel* objecto de privilégio creditório especial se o credor tiver “*motivos fundados para recear a remoção da coisa*” (art. 2769º CC/It)⁶²⁶; de *automóvel* em garantia do preço de compra (art. 8º, 1ª al. *r.d.l. n. 436*, de 15 de Março de 1927⁶²⁷); de *prédio rústico* em garantia de crédito agrário (art. 11º do *r.d.l. n. 1509*, de 29 de Julho de 1927⁶²⁸).

Exemplos na Alemanha: o *Arrest* (§§ 916º a 934º ZPO) quando “seja de *temer* que, sem sua imposição, a execução de uma sentença seria *frustrada* ou *agravada* de modo essencial” (§ 917/I ZPO)⁶²⁹, relativamente a um *crédito pecuniário ou convertível em obrigação pecuniária*⁶³⁰ e que se distingue entre *dinglicher Arrest* (§ 917º ZPO) e *persönlicher Arrest* (§ 918º ZPO)⁶³¹.

Exemplos em França: as *saisies-conservatoires* de móveis⁶³², créditos, participações sociais

⁶²⁵ No sentido de uma **natureza cautelar**: M. DINI, *La denunzia* cit., 92; LUISO, *DPC* IV cit., 211; CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro* cit., 457 ss. Diversamente, pondo em dúvida essa natureza, ou, pelo menos, uma função de garantia patrimonial, F. VERDE, *Il sequestro* cit., 595 ss, esp. 599 ss.

⁶²⁶ Cf. COSTANTINO, *Art. 669-quaterdecies c.p.c.*, 409 e 410.

⁶²⁷ No sentido da **natureza cautelar**: M. DINI, *La denunzia* cit., 92; COSTANTINO, *Art. 669-quaterdecies c.p.c.* cit., 409-410, como meio de tutela cautelar particular; CECHELLA, *Il processo* cit., 259. Contra, vendo-o menos como sequestro e mais como penhora, *i.e.*, como providência executiva, M. DINI, *La denunzia* cit., 91, pois tem lugar ao mesmo tempo que o despacho de venda executiva.

⁶²⁸ DITTRICH, *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, RDP 43/3 (1988), 672-705. **Contra a natureza cautelar**, M. DINI, *La denunzia* cit., 91.

⁶²⁹ É o *Arrestgrund*: TEPLITZKY, *Arrest* cit., 884; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1497; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 154; HEINZE, *MükoZPO* 3 cit., § 917, Rdn. 1 ss; GRÜNSKY, § 917 cit., Rdn. 1 ss; WALKER, *Schuschke/Walker II* cit., § 917, 50-58; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 35, Rdn. 6.

⁶³⁰ É o *Arrestanspruch*: TEPLITZKY, *Arrest* cit., 884; DAMM, *AlternativKomm* cit., § 916, Rdn. 2; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1494; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 150; GRÜNSKY, § 916 cit. 24-32; ENDERS, *[Grundlagen]*, *Enders/Börstinghaus* cit., Rdn. 11; WALKER, § 916 cit., Rdn. 2; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 35, Rdn. 1-5.

⁶³¹ A distinção pode ser compulsada em RITTER, *Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach §§ 918, 933 S. 1, 1. Alt ZPO*, ZZP 88/4 (1975), 126, 162 ss. O arresto pessoal consiste em limitação à liberdade da pessoa do devedor (GRÜNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 918, Rdn. 6, 2), através de imposição de deveres de identificação pessoal, apreensão de documentos, proibição de mudança de lugar, e a detenção. O meio é uma “reliquia histórica”, sendo residual e raro (DAMM, *AlternativKomm* cit., § 918, Rdn. 1; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 10 e *Schuschke/Walker II* cit., § 918, Rdn. 3).

⁶³² Por todos, VINCENT/PRÉVAULT, *VExPD* 19, 1999, 199 ss. e MARC DONNIER/JEAN-BAPTISTE DONNIER, *VExPD* 7, 2003, 157 ss.

e valores mobiliários (arts. 67º a 73º da *loi* nº 91 650 de 9 de Julho de 1991 e 210º a 219º do *décret* nº 92 755 de 31 de Julho de 1992) e que são medidas provisórias de “precaução”⁶³³, cuja aplicação pelo credor pode ser autorizada judicialmente, sem citação prévia, para prevenir a insolvabilidade eventual do devedor”⁶³⁴, se as “circunstâncias são susceptíveis de ameaçar”⁶³⁵ a execução” do crédito (art. 210º do *décret* de 31 de Julho de 1992), e desde que o crédito “aparente [ao tribunal] ser em princípio fundado”⁶³⁶.

Exemplo (1) em Inglaterra, até 1998, e na Irlanda: a *Mareva Injunction* pela qual o tribunal, a requerimento de credor que demonstre o fundado de um pedido (*good arguable case*) relativo a um direito a valer ou já feito valer em acção de mérito (*substantive right* ou *substantive cause of action*) e o fundado risco (*good reasons*) de os bens virem a ser removidos por parte do devedor uma vez citado, e desde que haja um *balance of convenience* favorável ao requerente, ordena ao devedor que não os remova ou não os disponha até ao valor do crédito do requerente, sob pena de ser condenado por desobediência ao tribunal pelo requerido⁶³⁷; com o novo CPR 1998 passaram a ser designadas⁶³⁸ por *freezing injunctions* (cf. *r.* 25.1. (1) (f) CPR 1998) pelas o tribunal proíbe a parte de remover os bens ou de deles dispor (*r.* 25.1. (1) (f) CPR 1998).

Exemplo (2) em Inglaterra: a *security for costs* prevista nas *rs.* 25.12 ss. CPR 1998, mediante a qual o réu requer que o autor ou terceiro prestem garantias para cobrir os seus gastos com o processo, e que serão concedidas se o tribunal, considerando todas as circunstâncias da causa, decidir que tal concessão de garantias é justa (*rs.* 25.13 (1) (a) e 25. 14 (1) (a) CPR 1998) e se, cumulativamente, se verificarem os requisitos das *rs.* 25.13 (1) (b) (ii) e 25.13 (2) CPR 1998 ou *rs.* 25.14 (1) (b) e 25.14 (2) CPR 1998, em face de terceiros⁶³⁹.

Exemplos em Espanha: o *embargo preventivo de bienes* para assegurar a execução de

⁶³³ COUCHEZ, *VEx* 7, 2003, 177.

⁶³⁴ COUCHEZ, *idem*, 177

⁶³⁵ Ameaçar de modo sério, segundo VICENT/PRÉVAULT, *VExPD* cit., 205.

⁶³⁶ O credor depois de realizar a *saisie-conservatoire* tem depois um mês para colocar a acção executiva, sob pena de caducidade (cf. art. 70º da *loi* de 9 de Julho de 1991).

⁶³⁷ Por todos, em geral, COURTNEY, *Mareva* cit. Embora idêntica na função, a *Mareja Injunction* é muito diferente na sua natureza e conteúdo do nosso arresto ou do *sequestro* italiano ou do *arrest* alemão. Enquanto estes são dirigidos aos bens — conferem uma prevalência ao respectivo credor perante os demais, tornam ineficazes os negócios jurídicos sobre esses bens — já a solução britânica é uma condenação de *non facere* imposta à parte passiva, *i.e.*, uma “in personam order” (ANDREWS, *ECP* cit., nº 17.06) sem nenhum daqueles efeitos oneradores do bem; ainda, assim, pode também vincular terceiros — *v.g.*, entidades bancárias (Cf. GIARDINA, *Provisional measures* cit., 793–794, MICHALIK, *Justice* cit., 130 e ANDREWS, *ECP* cit., nº 17.06). Se o obrigado não cumprir a injunção está em *contempt of court*, podendo ser sujeito a multa, prisão ou arresto de bens (ANDREWS, *ECP* cit., nºs 17.66 ss).

⁶³⁸ ANDREWS, *ECP* cit., nº 17.01.

⁶³⁹ Cf. HILL/WOOD/FINE, *A Pratical Guide* cit., 333 ss.

sentenças de condenação no pagamento de quantias pecuniárias, frutos, rendas ou coisas fungíveis computáveis em moeda (uma das medidas cautelares específicas prevista no art. 727º, 1ª al. LEC) e, em geral, quando seja em concreto a “medida idónea e não substituível por outra de eficácia igual ou superior e de menor onerosidade para o demandado” (art. 727º, 1ª al, segunda parte LEC).

Exemplos no Brasil: o *arresto* dos bens do devedor (arts. 813º a 821º CPC/Br), mandando o art. 814º CPC/Br que o requerente junte prova literal da dívida e prova documental ou justificação prévia de existência de uma das *situações de perigo* para a garantia patrimonial previstas no art. 813º CPC/Br, sujeito a caducidade se o arrestante não colocar a execução no prazo de 30 dias a contar da efectivação do arresto, não for sequer executada ou o processo principal vier a ser declarado extinto (art. 808º, incisos II e III CPC/Br).

B) Imposição de prestação de garantia especiais, nomeadamente a prestação de caução

Exemplos: pela pessoa que violou propriedade industrial, em garantia de eventual indemnização por danos e prejuízos por violação da propriedade industrial (art. 134º, al. 3ª LPT); o *procedimento cautelar específico de prestação de caução*, previsto e regulado nos arts. 826º ss CPC/Br, e que parece exigir que no requerimento a parte faça a “exposição sumária do *direito ameaçado* e o *receio da lesão*” (art. 801º CPC/Br ex vi art. 812º CPC/Br).

C) Condenação antecipada no cumprimento, em razão de urgência avaliada pelo tribunal

Exemplos: providência cautelar nominada de *arbitramento de reparação provisória* exige “uma *situação de necessidade* ⁶⁴⁰ em consequência dos danos sofridos” (art. 403º) ou no caso especial do art. 403º, nº 4 “que a pretensão indemnizatória se funde em dano *susceptível de pôr seriamente em causa* o sustento ou habitação do lesado”; a providência cautelar, segundo uns ⁶⁴¹, ou antecipatória sumária, para outros ⁶⁴², do art. 24º legge n. 990, de 24 de Dezembro de

⁶⁴⁰ Identificando esta *necessidade* com o *periculum in mora* das providências cautelares: LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 6 e CURA MARIANO, *A providência* cit., 79. Confirmando o requisito, entre outros: RP 22/11/1995, RL 19/11/1998, RP 16/1/2006.

⁶⁴¹ M. DINI, *La denunzia* cit., 129 e 130, encontrando *fumus* e *periculum*; TARZIA, *La tutela cautelare* cit., XXVII; CASELLA, *Il nuovo processo* cit., 1025; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 208; CECHELLA, *Il processo* cit., 260; FERRI, *Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo*, RTDPC 54/1 (2000), 84 e 85, com dúvidas; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 305 e 321.

⁶⁴² Porquanto, segundo jurisprudência citada por AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 111 e 112, a medida “não tem a específica utilidade de assegurar a efectividade da tutela do direito” por lhe faltar o requisito de prejuízo iminente e irreparável” embora se lhe

1969 que admite que os lesados que estejam “*em estado de necessidade*” possam incidentalmente à acção, cível ou penal, de indemnização por acidente automóvel, *requerer que lhes seja “consignada uma quantia a imputar-se na liquidação definitiva do dano”*, com valor executório provisório e que poderá ser revogada com decisão de mérito; o *interim remedy* da “consignação de rendimentos de propriedade relevante até que a causa seja decidida” (r. 25.1. (1) (c) (vi) CPR 1998; o art. 461º § 3º CPC/Br que estabelece para as acções de condenação em prestação de facto positivo ou negativo que se for “relevante o fundamento da demanda e havendo *justificado receio de ineficácia do provimento final*, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia”, e que é tido não como tutela cautelar mas como *tutela antecipada* ⁶⁴³, aplicando-se-lhe a doutrina do art. 273/ I CPC/Br ⁶⁴⁴.

D) Concessão de exequibilidade provisória (*i.e.*, de antecipação do momento de concessão de valor executivo a uma decisão condenatória que foi objecto de recurso) *quando sejam justificadas em previsões de urgência*

Exemplos: em *ingiunzione* decretada com base em “*cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato*”, o art. 642º, 2ª al. CPC/It admite que o juiz, se o credor invocar “*pericolo di grave pregiudizio nel ritardo*”, declare provisoriamente exequível a *injunção* de pagamento ou de entrega ⁶⁴⁵; para o caso, do art. 525º NCPC/Fr de recusa de concessão de exequibilidade provisória, pode o juiz da *cour d’ appel* receber um requerimento de revogação dessa negação de concessão, alegando necessidade ⁶⁴⁶.

E) Dispensa de citação prévia aos actos executivos exequibilidade provisória justificadas em previsões de urgência

Exemplo: a dispensa de citação prévia mediante alegação de “factos que justifiquem o *receio*

reconheça uma função cautelar em sentido amplo. No mesmo sentido, CARPI, *Provvedimenti* cit., 618 e 626.; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III, 395, exprimindo reservas à tese da natureza cautelar, tendendo, parece-nos, uma natureza de apreciação sumária segundo o “estado do processo”.

⁶⁴³ CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 199 ss.

⁶⁴⁴ BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 133, 134, 137 e 138.

⁶⁴⁵ Esta exequibilidade provisória pode ser revogada em caso de oposição procedente do requerido ou de alguma razão de conhecimento oficioso do juiz, mas, se assim não for, *tornar-se-á definitiva* nos termos do art. 647º CPC/It.

⁶⁴⁶ HOONAKKER, *[Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier]*, DPPCv 2006/2007 ⁵, 2006, nº 431.112: por risco de insolvência do devedor ou por extrema necessidade da quantia pelo cedor, em razão de acidente ou idade.

de perda da garantia patrimonial do seu crédito” e oferecimento imediato de “meios de prova (art. 812º-B, nº 2).

F) Conteúdo determinado pelo juiz

Exemplos: no art. 2813º CC/It se o devedor praticar “actos de que possa derivar perecimento ou deterioração dos bens hipotecados” pode o credor “requerer à autoridade judiciária que ordene a cessação de tais actos ou decrete as cautelas necessárias para evitar o prejuízo da sua garantia”, enquanto o art. 646º CNav estatui que “quando ocorra a urgência, o comandante do porto, ou a autoridade de polícia judiciária do lugar, em que se encontra o navio, podem tomar as “providências oportunas para impedir a partida do navio” a cumprir em 24 horas ⁶⁴⁷.

II. Na tutela diferenciada no campo do **direito de família, estado e capacidade** vê-se a relevância judicial de uma concreta situação de perigo em sede de

A) Direitos patrimoniais

Exemplos: nomeação de curador ou tutor para administração de bens (cf. art. 89º, art. 142º e art. 151º CC); *imposição de prestação de garantias especiais*, nomeadamente a *prestação de caução* como sucede em Itália com quanto ao cônjuge constituído devedor de alimentos ao outro cônjuge e filhos por decisão judicial de separação pessoal dos cônjuges (cf. arts. 155º e 156º, als. 1ª e 3ª CC/It) “se existir perigo de que ele possa subtrair-se ao cumprimento” — art. 156º, 4ª al. CC/It;

B) Direitos não patrimoniais

Exemplos: as *einstweiligen Anordnungen* dos §§ 620 ZPO relativas a alimentos, poder paternal, casa de morada de família e bens comuns ⁶⁴⁸; arts. 89º ss, 142º, 151º, 1881º CC, no Brasil o art. 213º § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia” e que é tido não como tutela cautelar mas como *tutela antecipada* ⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Defendendo a sua **natureza cautelar**, concretizada em decretamento de sequestro conservativo ou de sequestro giudiziario, M. DINI, *La denunzia* cit., 92.

⁶⁴⁸ Tidas como essencialmente idênticas às *einstweiligen Verfügungen*, dispensando expressa alegação de *Grund*, mas, contudo, exigindo uma *Regelungsbedurfnis* — cf. DOSE, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., Rdn. 15; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen*, 2002, 89 ss.; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17.

⁶⁴⁹ Neste sentido, CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 197 ss, implicitamente, esp. 201.

III. Também no campo da tutela diferenciada de ***direitos reais, da posse e da locação*** uma **causa de perigo concretamente alegada** justifica regimes de sumariiedade em praticamente todo o espectro de pretensões que os direitos reais e a posse podem dar causa. Alguns exemplos variados de pretensões possíveis são as de

A) Registo provisório

Exemplo: em Espanha estatui-se a *anotación preventiva* de “acção, quando esta se refira a bens ou direitos sujeitos a inscrição em Registos públicos”, assim como as “outras inscrições registais, nos casos em que a publicidade registal seja útil para o bom fim da execução”, e que são tidas como *medidas cautelares específicas*, ex vi art. 727º, als. 5ª e 6ª LEC, respectivamente, sujeitando-se às normas de registo correspondentes — art. 738º, nº 2, terceira parte LEC ⁶⁵⁰.

B) Conservação de bens

Exemplo em Espanha: a *intervención o la administración judiciales de bienes productivos* “quando se pretenda sentença de condenação na sua entrega a título de proprietário, usufrutuário ou qualquer outro que comporte interesse legítimo em manter ou melhorar a produtividade ou quando a garantia desta seja de primordial interesse para a efectividade da condenação” (art. 727º, 2ª al. LEC).

Exemplo em Inglaterra: as ordens de “*apreensão, guarda ou preservação de propriedade relevante*” da r. 25.1 (1) (c) (i) CPR 1998, de *venda de propriedade relevante* que seja de natureza perecível ou que por alguma outra boa razão se deva vender rapidamente” r. 25.1 (1) (c) (v) CPR 1998 e de *inspecção de coisa* r. 25.1 (1) (C) (ii) CPR 1998.

Exemplo no Brasil: o tribunal pode ordenar ou autorizar “obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida” (art. 888º, inciso I CPC/Br), no quadro de medidas cautelares avulsas.

C) Apreensão de bens

Exemplo entre nós: providência cautelar nominada de *arrolamento* (arts. 421º, nº 1 e 422º, nº 1) requerida por pessoa que “tenha interesse na conservação dos bens ou documentos”, havendo “*justo receio* de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis”, sendo “dependência da acção à qual interessa a especificação dos bens ou a prova da titularidade dos direitos relativos às coisas arroladas” (art. 421º, nº 2) e por isso “tem o requerente de convencer

⁶⁵⁰ **Natureza cautelar** afirmada no domínio da LEC/81; veja-se MONTES REYES, *La anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva*, El sistema de medidas cautelares, 1974, 203–231.

o tribunal da provável procedência do pedido correspondente” (art. 423º, nº 1, segunda parte), pois o juiz ordenará as providências apenas “se adquirir a convicção de que, sem o arrolamento, o interesse do requerente corre risco sério” — art. 423º, nº 2.

Exemplos em Itália: as providências *cautelares* típicas de *sequestro conservativo* da coisa dada em penhor, a favor do dono da coisa se “o credor [pignoratício] abusar da coisa dada em penhor” (art. 2793º CC/It) e houver “*fundado receio*”⁶⁵¹, e de *sequestro giudiziario* de bens estabelecimentos e universalidades de bens, em relação aos quais seja “controversa a propriedade ou posse, e seja *oportuno* prover à sua guarda ou à sua administração provisória” (art. 670º, 1ª al. CPC/It)⁶⁵².

Exemplo na Alemanha: a *Sequestration* (§ 938º, 2ª al. ZPO)⁶⁵³.

Exemplo em Espanha: o art. 727º LEC contém como *Medidas cautelares específicas o depósito de cosa mueble* (3ª al.) para salvaguardar “demanda [em que se] pretenda a condenação a entregá-la ou se encontre na posse do demandado” e “a constituição de inventários de bens, segundo as condições que o tribunal disponha” (4ª al.).

Exemplo em Inglaterra: como um dos *interim remedies* enunciados na r. 25.1 (1) (c) (i) CPR 1998, a “apreensão, guarda ou preservação de propriedade relevante”, ou seja, de “bens (incluindo propriedade imóvel) que são objecto de uma pretensão ou em relação à qual alguma questão possa surgir num litígio” (r. 25.1 (2) CPR 1998).

Exemplo na Irlanda: as medidas de guarda de bens até ao termo da acção: *disclosure in aid of proprietary claims* ao abrigo da Ord. 31 RSC 1986⁶⁵⁴ e a *ordem de entrega de bens móveis (Delivery Up of Chattels)* ao abrigo da s. 28 (8) do *Supreme Court of Judicature Ireland Act 1877*⁶⁵⁵.

Exemplo no Brasil: o *sequestro* previsto nos arts. 822º CPC/Br, sujeito ao regime do arresto *ex vi* art. 823º CPC/Br, de móveis e imóveis “quando lhes for disputada a propriedade ou a posse” havendo “*fundado receio* de rixas ou danificações”, assim como dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando “se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os *dissipar*”; dos bens do casal “nas ações de separação judicial e de anulação do casamento, se o

⁶⁵¹ MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 397. Justificando a sua **natureza cautelar**, por todos, COMOGLIO/FERRI /TARUFFO, *LDPC* cit., 391, 393–395.

⁶⁵² Demonstrando a **natureza cautelar**, por todos, GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 72 ss. e R. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile. Profilo storico-sistematico*, 2000, 2, 41 ss. Ainda, em matéria real, o art. 50º *legge n. 203*, de 3 de Maio de 1982 (*Legge patti agrari*) prevê o despejo ou desocupação de terrenos agrícolas em favor de quem tem licença de construção ou de urbanização, mediante ordem administrativa, tidos por CASELLA, *Il nuovo processo* cit., 1025–1026 e CECHELLA, *Il processo* cit., 260, como processos especiais de execução, **não cautelares**.

⁶⁵³ Remete-se para o se escreverá adiante sobre o § 935 ZPO, no § 5º, 2.3.2.G., II.

⁶⁵⁴ COURTNEY, *Mareva* cit., 375–377.

⁶⁵⁵ COURTNEY, *Mareva* cit., 421–422.

cônjuge os estiver delapidando"; o *arrolamento* requerido por "aquele que tem interesse na conservação dos bens" (art. 856º CPC/Br) e exista "*fundado receio de extravio ou de dissipação de bens*" (art. 855º CPC/Br), a demonstrar pelo autor (art. 857º CPC/Br), sendo a providência concedida se "produzidas as provas em justificação prévia" o juiz se convença de que o "interesse do requerente *corre sério risco*" (art. 858º CPC/Br); os *procedimentos cautelares específicos* de busca e apreensão de coisas dos arts. 839º a 843º CPC/Br, mediante justificação prévia, eventualmente não contraditória (cf. arts. 840º e 841º, corpo CPC/Br) sendo suficiente para o seu decretamento que fique "provado quanto baste o alegado" (art. 841º, corpo CPC/Br);

D) Oposição preventiva a obra de terceiro

Exemplo em Portugal: providência cautelar especificada de embargo de obra nova (arts. 412º a 420º ⁶⁵⁶);

Exemplos em Itália: os *provvedimenti nunciativi* regulados como providências cautelares ⁶⁵⁷ inibitórias ⁶⁵⁸ nos arts. 688º a 691º CPC/It, com função antecipatória ⁶⁵⁹, instrumentais ⁶⁶⁰ de futura acção que o titular de propriedade, de direito real de gozo ou da posse venha a colocar: a

⁶⁵⁶ Há AUTORES — ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* II cit., 58 ss, 65 ss. = *A figura* cit., 38–39; MOITINHO DE ALMEIDA *Embargo* cit., 18 — que sobre a leitura do referido nº 1 do art. 412º concluem que há dois embargos de obra nova: um em que é suficiente a alegação de dano já ocorrido e que se quer que não prossiga ou *embargo repressivo*, outro fundado em elementos que, nos termos gerais do art. 381º, nº1, *ex vi* art. 392º, nº 1, consubstanciem um "fundado receio" de dano a ocorrer ou *embargo preventivo* — neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* II cit., 58 ss, 65 ss.= *A figura* cit., 38 e 39; MOITINHO DE ALMEIDA *Embargo* cit., 18. Em termos próximos a esta última opinião, segue a jurisprudência que dispensa a demonstração de que a obra gerou prejuízos: RL 12/11/1991, RP 28/3/1995, RP 20/6/1995.

A divisão deve ser entendida com cuidado: a suspensão da obra no embargo para ser apenas repressiva teria de ser *represtinatórias ou puramente de remédio*, i.e., pretender-se a reposição de um estado anterior à ilicitude e não uma omissão futura. Só que, na verdade, assim não sucede: pretende-se que o dano não prossiga e não que o dano passado seja eliminado. Claramente, por isso, há uma tutela contra o perigo de dano em qualquer caso.

⁶⁵⁷ Neste sentido, por exemplo: PATELLI, *I provvedimenti nunciativi*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 97 ss., AULETTA, *CPCComm* cit., Art. 688, 402 e SAMORI, *CommBv* cit., Art. 688, 2099. Diversamente, SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 818, falam em natureza cautelar em "sentido assaz lato", devido às reservas pessoais quanto à admissibilidade de providências cautelares antecipatórias, enquanto MONTELEONE, *MDPC* II cit., 411 vê neles um procedimento sumário real.

⁶⁵⁸ JANNUZZI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (diritto vigente)*, EnD XII, 1964,168; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17.

denunce di nuova opera (art. 1171º CC/It) a ser exercida quando o requerente tenha “razões para temer que uma nova obra”, i.e., um comportamento activo de outrem ⁶⁶¹, “possa provocar dano” à coisa que constitui o objecto do seu direito ou da sua posse”, pedindo, para tal, a intervenção de tribunal o qual, “feita apreciação sumária do facto”, poderá proibir a “continuação da obra, ou permiti-la” mediante a prestação de “caução oportuna”; a *denunce di danno temuto* (art. 1172º CC/It) — correspondente ao nosso antigo procedimento de caução *damni infecti* ou caução ao dano futuro ⁶⁶² que existia ainda no art. 487º CPC/1876 (Da prevenção contra o dano) ⁶⁶³ — quando haja “razões para temer que um qualquer edifício, árvore ou outra coisa”, i.e., um comportamento omissivo de outrem ⁶⁶⁴, “coloque perigo de dano grave e iminente à coisa que constitui o objecto do seu direito ou da sua posse” pedindo, para tal, a intervenção de tribunal para “obter, segundo as circunstâncias, que providencie para obviar ao perigo”, mediante, se for o caso, prestação de “garantia idónea para os danos eventuais”.

Exemplos em Espanha: o *interdicto de obra nueva* (art. 250º, nº 1, al. 5ª LEC, conjugado com os preceitos do *juicio verbal* e, identicamente à *denunce di danno temuto* italiana, o *interdicto de obra ruinosa* que, correndo a tramitação sumária do *juicio verbal* (cf. arts. 437º ss LEC), tutela as pretensões de “que o tribunal resolva, com carácter sumário, a demolição ou derrube de obra, edifício, árvore, coluna ou qualquer outro objecto análogo em estado de ruína

⁶⁵⁹ FAZZALARI, *IDP* cit., 190–191; SALETTI, *Le système* cit., 62; LUISO, *DPC* IV cit., 228.

⁶⁶⁰ Até à reforma de 2005/2006 essa instrumentalidade era *necessária* — o juiz fixava um prazo para colocar a acção principal, sob pena de caducidade — mas passou a *eventual*, com a entrada em vigor em 1 de Março de 2006, da *legge n. 80*, de 14 de Maio de 2005, modificada pela *legge n. 263*, de 28 de Dezembro de 2005.

⁶⁶¹ MONTELEONE, *MDPC* II cit., 410.

⁶⁶² Antes do CPC/1876 era definida como a “alegação de justo receio de dano, que lhe pode causar a negligência, ou facto de outro, e o valor de tal damno, e requerendo citação do réo para fazer cessar aquelle receio, ou dar caução ao damno, com cominação de se desfazer à custa delle, a obra que ameaça o damno, ou de se lhe proibir com penas a repetição dos actos, que e causão o justo temor do dano” (CORRÊA TELLES, *MPC* cit., 201).

⁶⁶³ Concedido para “aquele que, na falta de regulamentos administrativos, pretender que se fixem judicialmente as cautelas necessárias nos termos da lei civil para evitar o prejuízo, que ao seu prédio possa resultar de alguma obra alheia, junto ao muro comum ou alheio”, e se o “juiz, se entender que o pedido procede, determinará as condições em que deve efectuar-se a obra, ou mandará reduzi-la aos termos devidos se já estiver começada”; cf. DIAS FERREIRA, *CPCannot* II, 1888, 40–41 e NEVES E CASTRO, *Manual* cit., 88–89. Não correspondia, portanto, aos actuais embargos de obra nova, pois visava prevenir um dano de uma coisa já existente, e não de uma coisa inovada — neste sentido, NEVES E CASTRO, *idem*, 88; diversamente, fazendo-o corresponder ao embargo repressivo, MOITINHO DE ALMEIDA, *Embargo* cit., 17 e 18.

⁶⁶⁴ MONTELEONE, *MDPC* II cit., 410

ou que *ameace causar danos a quem demande*”, não tendo, por força do art. 447º, nº 2 LEC, valor caso julgado e podendo, assim, ser alteradas no seu conteúdo decisório.

Exemplo no Brasil: um dos *procedimentos especiais de jurisdição contenciosa*: a *acção de nunciação de obra nova* que pode ser colocada pelo proprietário ou possuidor a fim de impedir prejuízo decorrente de edificação de obra nova em imóvel vizinho, pelo condômino para impedir prejuízo derivado de obra em prejuízo ou alteração da coisa comum, e pelo Município quanto à construção de particular em contravenção de lei, regulamento ou postura (art. 934º CPC/Br)⁶⁶⁵, podendo o juiz “conceder o embargo liminarmente”, como apenas “após *justificação prévia*” (art. 937º CPC/Br), demonstrado o *perigo daquele prejuízo*; as previsões dos arts. 1280º e 1281º CC/Br, de prestação de caução preventiva de dano iminente, a ser pedida tanto judicial, como extrajudicialmente.

IV. Em *matéria societária e de assembleias* são importantes pelo seu uso os dois seguintes grupos de medidas provisórias decretadas por perigo de dano, concretamente demonstrado

A) Suspensão provisória de deliberações

Exemplos: providência cautelar especificada do art. 396º, nº 1 (*Suspensão de deliberações sociais*), sujeita aos regimes gerais de instrumentalidade necessária e eventual caducidade, *ex vi* art. 392º, nº 1⁶⁶⁶ e para onde remetem normas avulsas como os arts. 1433º, nº 5 CC, 31º, nº 4 e 282º, nº 3 CSC;

Exemplos em Itália: as providência cautelares incidentais de anulação de uma deliberação previstas nos arts. 23, 3ª al. CC/It (assembleia de uma associação quando ocorram “*motivos graves*”) ⁶⁶⁷, 1109º, 2ª al. CC/It (maioria de comproprietários) ⁶⁶⁸, 1137º, 2ª al. CC/It (assembleia de condôminos) ⁶⁶⁹, 2287, 2ª al. CC/It (*deliberação societária* de expulsão de sócio) ⁶⁷⁰, 2378º, 4ª

⁶⁶⁵ Nesses casos pode o prejudicado fazer o embargo extrajudicialmente “se o caso for urgente” (art. 935, corpo CPC/Br), cuja ratificação judicial deverá requerer no prazo de 3 dias, sob pena de caducidade (art. 935º § Único CPC/Br).

⁶⁶⁶ Há uma versão especial desta providência, como incidente da acção de declaração de nulidade das “deliberações de assembleias gerais ou órgãos equivalentes de instituições de previdência ou associações sindicais viciadas por violação da lei, quer de fundo, quer de forma, ou violação dos estatutos” (art. 164º, nº 1 CPT). Assim, manda o art. 168º CPT que se “na petição inicial o autor requerer a suspensão da deliberação impugnada, demonstrando que da sua execução *pode resultar dano apreciável*, o juiz pode ordenar a suspensão nesse momento ou após a contestação”.

⁶⁶⁷ No sentido cautelar, por todos, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 387.

⁶⁶⁸ No sentido cautelar, por todos, GIORGETTI, *Domanda* cit., 814.

⁶⁶⁹ No sentido cautelar, por todos, GOMMELLINI, *Sulla sospensione dell'esecuzione delle libere assembleari*, GC I/6 (1987), 935 ss.

al. CC/It (*società di capitali* caso “ocorram graves motivos”) ⁶⁷¹ e 2527º, 3ª al. CC/It (*deliberação de società cooperativa* de expulsão de sócio caso “ocorram graves motivos”) ⁶⁷².

Exemplo em Espanha: a *medida cautelar específica* de suspensión de acuerdos sociales impugnados “quando o demandante ou demandantes representem, pelo menos, um ou cinco por cento do capital social” (art. 727º, 10ª al. LEC).

B) Medidas de conteúdo judicialmente determinado

Exemplo: o art. 31º, nº 1 CIRE a título de *medida cautelar*, incidental da acção de declaração de insolvência (cf. arts. 18º ss. CIRE): “Havendo *justificado receio* da prática de actos de má gestão, o Juiz, oficiosamente ou a pedido do requerente, ordena *as medidas cautelares que se mostrem necessárias ou convenientes para impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor*, até que seja proferida sentença”, “designadamente”, mas não só, a medida de “nomeação de um administrador judicial provisório”.

Exemplo em Itália: o art. 2409º, 3ª al. CC/It fixa que “se houver *suspeita fundada de graves irregularidades no cumprimento dos deveres* dos administradores e gestores, os sócios que representem um décimo do capital social podem denunciar os factos ao tribunal” o qual pode *decretar as “providências cautelares oportunas* [v.g., inibições] e *convocar a assembleia* para as subseqüentes deliberações” e “nos casos mais graves pode *destituir os administradores e gestores e nomear um administrador judiciário, fixando-lhe os poderes e a duração*” ⁶⁷³; são medidas autónomas, não provisórias — podem manter-se por si mesmas — e não instrumentais pois não exigem que se coloque acção de mérito ⁶⁷⁴.

V. Finalmente também há tutela diferenciada de perigo concreto em outras áreas não penais

⁶⁷⁰ No sentido cautelar, por todos, AIELLO/GIACCOBE, *Guida* cit., 88 ss.

⁶⁷¹ No sentido cautelar, por todos, FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, RDTPC 49/1 (1995), 123 ss;.

⁶⁷² No sentido cautelar, por todos, AIELLO/GIACCOBE, *ob. cit.*, 88 ss.

⁶⁷³ BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall' art. 2409 cod. civ.*, St. Mandrioli I cit., 229, vê aqui uma forma de autotutela dos sócios minoritários contra os possíveis abusos da maioria.

⁶⁷⁴ *La tutela* cit., 713. Mais: segundo OBERTO *Il nuovo processo* cit., 141 a acção que se viesse a propor nem sequer seria de conteúdo semelhante às medidas do art. 2409º, 3ª al. CC/It, pois haveria de ser uma acção de responsabilidade civil do administrador, que é a única coisa que depois se pode invocar contra o administrador. Já para BONGIORNO, *Il procedimento* cit., 269–272 e AIELLO/GIACCOBE, *Guida* cit., 88 são providências de jurisdição voluntária ou “*provvedimento camerale definitivo*” ⁶⁷⁴ regulados pelos arts. 737º ss. CPC/It e, por isso, passíveis de serem alterados se sobrevierem modificações de facto que levem a uma reexame da oportunidade da resolução do tribunal

A) no Direito do Trabalho

Exemplo: “havendo perigo, sério e iminente, à segurança, à higiene ou à saúde dos trabalhadores, para além do risco inerente à perigosidade do trabalho a prestar” que seja susceptível de ser causado pelas “instalações, locais e processos de trabalho, prevê o art. 44º, nº 1 CPT, que sejam requeridas as “providências que, em função da gravidade da situação e das demais circunstâncias do caso, se mostrem adequadas a prevenir ou a afastar aquele perigo”; “produzidas as provas *que forem julgadas necessárias*, o juiz ordena as *providências adequadas* se adquirir a *convicção* de que, sem elas, o perigo invocado ocorrerá ou subsistirá” (art. 46º, nº 1 CPT ⁶⁷⁵); já na Alemanha faz-se remissão expressa para os regimes gerais do *Arrest* e das *einstweiligen Verfügungen* para situações de perigo/necessidade em sede de § 62/2 ArbGG ⁶⁷⁶ e § 85/2 ArbGG ⁶⁷⁷.

B) nos direitos de autor, direitos conexos e de propriedade industrial:

Exemplos:

- *cláusulas gerais de tutela pelo perigo cujo conteúdo compete ao tribunal definir em função do caso concreto* ⁶⁷⁸ mas cuja utilidade é conservar a situação para o exercício das acções de fundo respectivas ⁶⁷⁹: o art. 339º CPI ao *remeter para as providências cautelares não especificadas dos arts. 381º ss do Código de Processo Civil* “sempre que se verifique qualquer dos ilícitos previstos neste Código [da Propriedade Industrial] e sempre que a finalidade não seja, exclusivamente, a apreensão prevista” no art. 340º CPI; o art. 133º da *Ley de Patentes* que “quem instaure ou vá instaurar uma das acções previstas” nesta *Ley* “poderá solicitar ao órgão judicial que haja de as apreciar a adopção de *medidas cautelares tendentes a assegurar a eficácia das ditas acções*”, tendo por requisito específico demonstrar “a exploração da patente objecto da acção nos termos do artigo 83º” da dita lei “ou de que iniciou preparativos sérios e efectivos com tal finalidade”; o § 24b/1 GebMG;

⁶⁷⁵ A decisão, por força da remissão do art. 32º, nº 1 CPT para o regime dos arts. 381º ss. pode caducar *ex vi* art. 389º, nº 1.

⁶⁷⁶ Cf. LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 261; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 111; SCHÄFER, *Ostrowicz/Künzl/Schäfer* ³, 2006, Kap. 9 *Einstweiliger Rechtsschutz*, Rdn. 829 ss.

⁶⁷⁷ Cf. KÜSTER, *Einstweilige Verfügungen im Beschlußverfahren*, DB 13 (1972), 631.

⁶⁷⁸ Por exemplo: inibições, destruição de exemplares e outras soluções de remoção dos efeitos da violação, de modo a impedir a continuação de violação ou a repetição de violação dos direitos respectivos.

⁶⁷⁹ É o que estatui expressamente o art. 161º, nº 1 *legge n. 633*, de 22 de Abril de 1941 — conservar a situação para “*effetti dell'esercizio delle azioni*” respectivas.

- *imediata suspensão de representação, recitação, execução ou qualquer outra forma de exibição de obra protegida* que se estejam realizando sem a devida autorização e, cumulativamente, a *apreensão da totalidade das receitas*, mediante requerimento do autor às autoridades policiais e administrativas do lugar onde se verifique a violação do seu direito (art. 209º CDADC).

C) no direito do consumo e da concorrência

Exemplos: *proibição provisórias de cláusula contratual abusiva ou violadora dos direitos dos consumidores*, por força dos arts. 31º, nº 1 CCG e 11º, nº 4 LDC, em caso de “*receio fundado*”, de dano irreparável adita a doutrina ⁶⁸⁰ e, em Itália, do art. 37º, nº 2 CCon/It (= anterior art. 1469º *sexies*, 2ª al. CC/It) quando “*ocorram justos motivos de urgência*” tidas como providências cautelares ⁶⁸¹; *cessação, suspensão ou interdição de fornecimentos de bens ou prestações de serviços*, ao abrigo do art. 21º, nº 2, al. d) LDC que a admite “independentemente de prova de uma perda ou um prejuízo real, pelo seu objecto, forma ou fim, acarretem ou possam acarretar *riscos* para a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores” ⁶⁸².

D) No direito de publicidade

Exemplo: em “caso de publicidade enganosa, publicidade comparativa ilícita ou de publicidade que, pelo seu objecto, forma ou fim, *acarrete ou possa acarretar riscos* para a saúde, a segurança, os direitos ou os interesses legalmente protegidos dos seus destinatários, de menores ou do público” pode a entidade competente para a aplicação de coimas “ordenar *medidas cautelares de suspensão, cessação ou proibição daquela publicidade*,”

⁶⁸⁰ Por força da remissão do nº 2 do mesmo art. 31º CCG para os termos dos procedimentos cautelares não especificados. Cf., neste sentido, JOÃO ALVES, *A proibição provisória de cláusulas contratuais gerais. O “prejuízo” para os aderentes*, <http://www.pgdlisboa.pt>, 2004.

⁶⁸¹ JOÃO ALVES, *A proibição* cit., 2004. Identicamente, em Itália, mas com requisitos menos exigentes que os da providência cautelar indiferenciada do art. 700º CPC/It — cf. CONSOLO, *Tutela d’urgenza e clausole abusive*, Il nuovo processo cit., 459–468 = *Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppur non irreparabili*, CorrG 97/2, 211 ss; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 379–381; FERRI, *Procedimenti cautelari* cit., 85; MONTELEONE, *MDPC* II cit., 420 e 421.

⁶⁸² No Brasil o art. 84º § 3º do *Código de Defesa do Consumidor* estabelece que “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia”, sendo tido como *tutela antecipada* não cautelar — assim, CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 197 ss, implicitamente, esp. 201.

independentemente de culpa ou da prova de uma perda ou de um prejuízo real” (art. 41º, nº 1 do Decreto-Lei nº 330/90 de 23 de Outubro);

E) No campo dos *direitos de personalidade*

Exemplo em França: por força do art. 9º do Code Civil, o respeito da vida privada pode ser tutelado em *référé* em caso de urgência, que é uma forma de *tutela pelo perigo concreto* como veremos ⁶⁸³.

Exemplos em Itália: perante transmissões televisivas e radiofónicas que lesem direitos de personalidade — bem assim como patrimoniais — pode o titular requerer à entidade concessionária a emissão de um comunicado de rectificação ou resposta (art. 10º *legge n. 223*, de 6 de Agosto de 1990, n. 223), a ser feita no prazo de 48 horas, qualificado como um *procedimento cautelar* pela doutrina ⁶⁸⁴; semelhante direito de rectificação ou de resposta dá-se a quem viu publicada na imprensa notícia que repete como atentatória da sua dignidade ou como falsa, a ser feita em dois dias para os diários ou até ao segundo número para os periódicos (art. 8º *legge n. 47*, de 8 de Fevereiro de 1948, modificado pelo art. 42º *legge n. 416*, de 5 de Agosto de 1981); não sendo feita a rectificação pode o juiz, em “*via de urgência*”, ordená-la, segundo o art. 21º, 10ª al. *legge n. 47*, de 8 de Fevereiro de 1948, acrescentado pelo art. 43º *legge n. 416*, de 5 de Agosto de 1981 ⁶⁸⁵.

Exemplo na Alemanha ⁶⁸⁶: o visado por artigo publicado na imprensa pode exigir extrajudicialmente a publicação de direito de resposta na imprensa (*Gegendarstellung*) ⁶⁸⁷, e

⁶⁸³ “Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé” — cf. JACQUES VUITTON/XAVIER VUITTON, *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale*, 2003, 16 e 17.

⁶⁸⁴ Por todos, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 371.

⁶⁸⁵ Providência que DITTRICH, *Dalla tutela* cit., 682, qualifica como sumária definitiva, mas que AIELLO/GIACOBBE, *idem*, 104 ss, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 369–370 e P. PISANI, *LDPC* cit., 607, entendem ser cautelar.

⁶⁸⁶ Correntemente tratado na doutrina alemã em sede de *Befriedigungsverfügung* (cf. 2.3.2.G., III) mas nós isolamo-lo dado não ter lugar a referida alegação concreta de dano.

⁶⁸⁷ Trata-se de matéria que é objecto de regulação específica da cada Estado federado, sendo paradigmático o exemplo do § 11/1 LPressG /B-W “*Der verantwortliche Redakteur und der Verleger eines periodischen Druckwerks sind verpflichtet, eine Gegendarstellung der Person oder Stelle zum Abdruck zu bringen...*”

bem assim judicialmente, na qual não se exige alegação de algum perigo concreto de dano⁶⁸⁸ e, segundo alguma doutrina, dispensará ulterior confirmação em acção principal por inútil⁶⁸⁹.

F) Finalmente, no interior do próprio **direito processual** há também medidas de protecção por *perigo de dano à funcionalidade ou utilidade*⁶⁹⁰

Exemplos para o *direito de acção* em geral: cf. o art. 283º, nº 1 pelo qual, estando suspensa a instância, “só podem praticar-se validamente os actos urgentes destinados a evitar dano irreparável”⁶⁹¹.

Exemplos para o *direito de defesa*: medidas *suspensivas* dos efeitos do acto processual a que o beneficiário da medida deduz impugnação, de modo a evitar que a sua situação seja prejudicada de “modo grave e irreparável”⁶⁹², como:

- *Suspensão da exequibilidade de sentença*: entre nós cf. o art. 692º, nº 4 em que a parte vencida pode requerer, ao interpor recurso que a “apelação tenha efeito suspensivo quando a execução lhe cause *prejuízo considerável* e se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação da caução no prazo fixado pelo tribunal”; em Itália em diferentes pontos legais se prevê que, estando pendente recurso com efeito devolutivo, o executado pode requerer a atribuição de efeito

⁶⁸⁸ Exemplo, do do § 11/4 LPressG /B-W: “Para a execução do direito de resposta é facultada a via judiciária adequada”, devendo ser aplicadas as “disposições do código de processo civil relativas ao procedimento cautelar”, mas não sendo necessária a “demonstração da verosimilhança de uma ameaça à pretensão”.

⁶⁸⁹ Assim, § 11/4 LPressg /B-W: “Não há lugar a uma acção principal”. Na doutrina: TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; DAMM, *AlternativKomm* cit., § 926, Rdn. 3; GRUNSKY, *Stein/Jonas 9* cit., § 926, Rdn. 1 (em função, naturalmente, da própria previsão legal); WALKER, § 926 cit., Rdn. 27; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 21 expondo também a tese contrária da aplicabilidade do § 938/II ZPO, *i.e.*, da sujeição ao poder discricionário do juiz; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 926, Rdn 2.

⁶⁹⁰ OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 23: a tutela cautelar é uma resposta a um “estado de perigo e urgência não previsto pelo legislador, capaz de por em risco a incolumidade de uma situação de direito material ou *mesmo de direito processual*”.

⁶⁹¹ Pelo seu escopo, o preceito vale tanto para actos praticados pelas partes — que terão alegar o perigo de dano irreparável —, tanto para actos praticados oficiosamente pelo juiz — que terá declarar para o processo ter considerado haver tal perigo, sob pena de nulidade por violação da suspensão, mas, parece, já não terá o dever de justificar tal alegação, por não se tratar de “decisão proferida sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo” (art. 158º, nº 1), salvo se tocar nos interesses das partes.

⁶⁹² AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 75.

suspensivo (*inibitoria*) quando existam “*motivos graves*”⁶⁹³, da “*execução possa derivar grave e irreparável dano*”⁶⁹⁴ ou da mesma “*possa derivar para a outra parte gravíssimo dano*”⁶⁹⁵, salvaguardas que para alguns AUTORES não têm natureza cautelar por serem posteriores ao termo da acção de mérito⁶⁹⁶, ao contrário de AUTORES que vêem aqui uma tutela do efeito útil do recurso interposto perante o *periculum in mora*⁶⁹⁷; em França estando pendente recurso de *appel*, o recorrente pede a suspensão da execução demonstrada a urgência (art. 957ºNCPC/Fr)⁶⁹⁸; em Espanha garante-se como causa de oposição à execução para pagamento de quantia certa (*ejecución dineraria*) provisória a demonstração de que se a sentença vier a ser revogada resulte “impossível ou de extrema dificuldade, atenta a natureza dos actos executivos, restaurar a situação anterior à execução provisória ou compensar economicamente o executado mediante o ressarcimento dos danos e prejuízos que se lhe causem” (art. 528º, nº 2, 2ª al. LEC⁶⁹⁹);

⁶⁹³ Expressão usada nos arts. 283º e 351º (atribuição de efeito suspensivo ao *appello*), 649º (atribuição de efeito suspensivo à execução provisória de injunção *ex vi* art. 642º).

⁶⁹⁴ Expressão usada nos arts. 373º, 1ª al. (atribuição de efeito suspensivo à *cassazione*), 401º por remissão para aquele 373º, 1ª al. (atribuição de efeito suspensivo à *revogazione*), 407º por remissão para aquele 373º, 1ª al. (atribuição de efeito suspensivo à *oposizione di terzo*), com possibilidade de, em alternativa, o exequente prestar caução (art. 373º, 1ª al. CPC/It).

⁶⁹⁵ Expressão dos art. 431º, 3ª al., (atribuição de efeito suspensivo à sentença em matéria laboral) e 447 *bis*, 3ª al. CPC/It (atribuição de efeito suspensivo à sentença em matéria locatícia e de depósito).

⁶⁹⁶ AIELLO/GIACCOBE, *Guida* cit., 75; GIORGETTI, *Domanda* cit., 813; SCARSELLI, *Brevi nota in tema di art. 648, comma 1º, c.p.c. e di rapporti cronologici fra processo a cognizione piena ed esecuzione forzata*, RTDPC 54/4 (1990), 1363 ss; FORNACIARI, *La provvisoria esecutività* cit., 1007 ss.

⁶⁹⁷ Assim, M. DINI, *La denuncia* cit., 103; já sem se pronunciar, e abordando a relevância do *fumus* de procedência do recurso interposto e o grau de *periculum* necessário, FERRI, *Note in margine alle leggi processuali. In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, RDP 48/2 (1993), 564–566.

⁶⁹⁸ Exigindo este requisito: LACABARATS, [La compétence des juges des référés], DPPCv 2006/2007 cit., nº 124.343.

⁶⁹⁹ Já nas demais execuções (*ejecución non dineraria*) o executado não pode opor-se à provisoriedade da execução mas sim “aos actos executivos concretos (...) quando entenda que os ditos actos causarão uma situação absolutamente impossível de restaurar ou de compensar economicamente mediante o ressarcimento dos danos e prejuízos” (art. 528º, nº 2, 3ª al. LEC).

- *suspensão da execução ou de actos executivos*: o nosso art. 359º, nº 1 (embargo de terceiro preventivo) ⁷⁰⁰; em Itália, a *suspensão por oposição à execução* no art. 624º, 1ª al. CPC/It, conjugada com os arts. 615º, 2ª al. e 619º CPC/It, quando existam “*motivos graves*”, não sendo providência cautelar para a maioria da doutrina ⁷⁰¹ e a *suspensão, se o juiz assim o decidir oficiosamente, da distribuição do produto da venda*, prevista no art. 512º, 2ª al. CPC/It e que será uma providência cautelar para P. PISANI ⁷⁰², mas não para a maior parte da doutrina ⁷⁰³.

Exemplos para o *direito à prova* ⁷⁰⁴: medidas cautelares para uns ⁷⁰⁵, não cautelares para

⁷⁰⁰ Sendo preventivo não bastará alegar a titularidade de um direito incompatível com o âmbito da penhora ou diligência judicial, como manda o art. 351º, mas que há o perigo desta vir a ter lugar e, por isso, de violar esse mesmo direito.

⁷⁰¹ P. PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti* cit., 106; AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 71–74, embora de modo duvidoso, pois tantam citam jurisprudência que nega a cautela, por ausência de instrumentalidade e provisoriedade, como jurisprudência contrária; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 183. Contra, falando em “função cautelar” da suspensão, tanto legal, quanto a mando do juiz, CAMPEIS/DE PAULI, *Le esecuzioni civile* 4, 2007, 377: por ela é “possível fazer reemergir, com efeitos provisórios, a situação substancial de referência, neutralizando *pro tempore* a abstracção da acção executiva”, coordenando-se, assim, o “processo executivo com o declarativo”, pelo afastamento do “perigo que a pretensão do oponente seja frustrada e possa ser realizada uma execução injusta” (*idem*, 334).

⁷⁰² *La nuova disciplina dei procedimenti* cit., 106, antes da reforma de 2005/2006.

⁷⁰³ AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 74, mais uma vez de modo pouco claro; CARRATTA, *Profili* cit., 149; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 188–189; todos para antes da reforma de 2005/2006. Mas a questão mantém-se, pois esta reforma apenas passou a previsão de o juiz poder suspender a distribuição do produto da venda do art. 624º, 2ª al. CPC/It para o art. 512º, 2ª al. CPC/It.

⁷⁰⁴ Expressamente dizendo que o direito à prova é o objecto tutelado pela antecipação de prova: MAGI/CARLETTI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 137; LUGO, *MDPC* cit., 421–422; CECHELLA, *Il processo* cit., 232–235; SALETTI, *Le système* cit., 64; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, RDP 53/3 (1998), 801; LUISO, *DPC* IV cit., 213; MONTESANO, *Danno irreparabile e reclamo nell’istruzione preventiva*, RDP 55/1 (2000), 103; SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 826; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 323; MONTELEONE, *MDPC* II cit., 412 ss. Identicamente, para as medidas de conservação da prova, CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro* cit., 450 e F. VERDE, *Il sequestro* cit., 79 (direito à exibição da prova).

⁷⁰⁵ Para LUISO, *DPC* IV, 213, são as “providências cautelares mais conservatórios de todos: limitam-se a conservar (...) uma situação processual, sem incidir sobre a realidade material”, recolhendo “uma prova que terá efeito apenas no interior do processo de mérito”. No mesmo sentido, M. DINI, *La denunzia* cit., 95; FAZZALARI, *IDP*

outros ⁷⁰⁶, como:

- *antecipação da actividade probatória*: entre nós a *produção antecipada de prova* do art. 520º “Havendo *justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil* o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de arbitramento ou inspecção”; em Itália os *provvedimenti di istruzione preventiva*, previstos como *Procedimenti cautelari* nos arts. 692º a 699º CPC/It para a prova testemunhal quando haja “*fundados motivos de temer* que venham a faltar uma ou mais testemunhas, cujos depoimentos possam ser necessários em causa a propor” e para a prova pericial ou por inspecção judicial quando haja “*urgência* em fazer verificar, antes da acção, o estado de lugares ou a qualidade ou condição de coisas” (art. 696º CPC/It) ⁷⁰⁷; em França as *mesures d’instruction in futurum* ou *référé probatoire* admitidas pelo art. 145º NCPC/Fr ⁷⁰⁸ para conservar ou produzir a

cit., 199–200, implicitamente; MAGI/CARLETTI, *I provvedimenti* cit., 136–137; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 400; AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 65 ss, 98–101; JACCHERI, *CPCComm* cit., Art. 692, 409; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 97 ss, esp. 99; SALVANESCHI, *I provvedimenti* cit., 801; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 317 ss.; SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 826; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 323. MANDRIOLI, *DPC* III cit., 398 ss. = *CDPC* III cit., 240 ss; SAMORI, *CommBv* cit., Art. 692, 2103; ROMANO, *La tutela* cit., 149 ss.; MAZZARELLA/ TESORIERE, *CDPC* ², 2007, 344. Entre nós: I. CELESTE FONSECA *Introdução* cit., 131 e J. RAMOS PEREIRA, *Prontuário* II cit., 157; no Brasil, DINAMARCO, *A reforma* cit., 334.

⁷⁰⁶ Assim, AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 100 e 101, para quem a natureza processual do objecto de tutela determina que não sejam, em rigor, verdadeiras providências cautelares por não assegurarem a efectividade da tutela jurisdicional. Também MONTELEONE, *MDPC* II cit., 413–414, escreve ser duvidoso que se trate de uma providência cautelar pois não é provisória, nem depende dessa acção de mérito para se manter, e, caso o juiz a reconheça admissível, produz efeitos nessa acção; quando muito só impropriamente se poderia falar de uma instrumentalidade indirecta ou de segundo grau com a acção de mérito. Entre nós, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 22–23: escrevia que estas medidas “não tendem a obter providências a fim de evitar prejuízos que se receiem”, enquanto C. AMADO GOMES *À espera* cit., 52 e CURA MARIANO *A providência cautelar* cit., 16, consideram que a antecipação de prova é um mero acto/diligência preparatório pois não trata de litígios.

⁷⁰⁷ Cf. COMOGLIO/FERRI /TARUFFO, *LDPC* cit., 400–404. Estas medidas gozam de uma “instrumentalidade atenuada” e podem “sobreviver mesmo na ausência da acção de mérito” (SALVANESCHI, *I provvedimenti* cit., 800–801) pois, graças à não sujeição ao rito cautelar uniforme operada pelo art. 669 *quaterdecies* CPC/It, o autor não tem o *onus de colocar em certo prazo a acção* em que as provas virão a ser utilizadas.

⁷⁰⁸ *Vide*, por todos, NORMAND, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 178 ss.

prova, bastando para tal que o autor justifique ter um *motivo legítimo* ⁷⁰⁹ que para efeitos de conservação é o perigo concreto de desaparecimento das provas, enquanto para efeitos de produção de prova já não o é, podendo ser apenas o “melhor apreciar as possibilidades de sucesso de um processo” que o sujeito “visa intentar” ⁷¹⁰; na Bélgica o art. 19º/II CJ/B, na parte em que admite que o juiz da causa “antes de declarar o direito, [pode] ordenar uma *medida provisória* destinada a instruir a demanda” e o art. 584º CJ/B que permite que o juiz dos *référés* possa “ordenar a audição de uma ou mais testemunhas quando uma parte justifique ter um interesse aparente em vista de uma contestação futura”, se for “manifesto que qualquer atraso na audição possa fazer temer que o testemunho não possa mais ser recolhido posteriormente”;

- a antecipação de produção de prova, quando esta tenha de ser conservada ⁷¹¹; no Brasil, a *Produção antecipada de provas* (arts. 846º ss CPC/Br): de interrogatório de parte, inquirição de testemunhas e exame pericial;
- *conservação da prova* para um futura actividade probatória: entre nós, “*justo receio* de extravio, ocultação ou dissipação (...) de documentos”, “qualquer pessoa que tenha interesse na conservação (...) dos documentos” pode requer o seu *arrolamento* (arts. 421º, nº 1 e 422º, nº 1), sendo “dependência da acção à qual interessa (...) a prova da titularidade dos direitos relativos às coisas arroladas” (art. 421º, nº 2) ⁷¹²; em Itália a providência cautelar conservatória ⁷¹³ de *sequestro probatorio* (art. 670º, 2ª al. CPC/It) de livros, registos, documentos, *modelli campioni* e qualquer outra coisa de que se pretenda retirar elementos de prova, quando seja “controverso o direito à exibição ou à comunicação e é *necessário* prover à sua guarda temporária” e o *sequestro giudiziario* da coisa vendida em garantia do direito à inspecção judicial da coisa ⁷¹⁴; no Brasil: o procedimento cautelar específico e “preparatório” da *exibição judicial* (art. 844º CPC/Br

⁷⁰⁹ “O interesse probatório que apresenta a diligência instrutória na perspectiva de um processo eventual ou futuro” (BENDJOUYA, *PCv*, 2001, 117).

⁷¹⁰ HÉRON/LE BARS, *DJP* 2, 2002, 303. Cf, ainda, CROZE/MOREL/FRADIN, *PCv* 3, 2005, 275: “não é necessário que haja urgência”; JULIEN/FRICERO, *DJP* cit., 228: basta um “interesse simplesmente eventual”; na mesma linha, VINCENT/GUINCHARD, *PCv* cit., 292 e 814.

⁷¹¹ CLOSSET-MARCHAL, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 157.

⁷¹² Por isso “tem o requerente de convencer o tribunal da provável procedência do pedido correspondente” (art. 423º, nº 1, segunda parte), já que o juiz ordenará as providências apenas “se adquirir a convicção de que, sem o arrolamento, *o interesse do requerente corre risco sério*” (art. 423º, nº 2).

⁷¹³ Por todos: CANTILLO/SANTANGELI, *Il sequestro* cit., 450–457.

⁷¹⁴ MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 381–382.

⁷¹⁵) e a *posse em nome do nascituro* (arts. 877º e 878º CPC/Br ⁷¹⁶); nos processos civil inglês e irlandês: as *Anton Piller Orders* ⁷¹⁷ (designados com o novo CPR 1998 como *search orders* dentro do domicílio, sede ou estabelecimento de uma parte, a fim de se preservar prova da outra parte (r. 25.1 (h) CPR 1998) ⁷¹⁸; as *orders* para descoberta (“*disclosure*”) de documentos ou *inspecção de bens* de terceiros antes da propositura de uma acção (“before a claim has been made”) ⁷¹⁹; e as idênticas *orders* de descoberta ou inspecção perante terceiros (r. 25.1. (j) CPR 1998) desde que se demonstre a sua relevância para a causa nos termos da r. 25.5. (2) CPR 1998.

2.3.2. Tutela indiferenciada

A. Generalidades; enunciados normativos

I. Terminámos de analisar como a *alegação de um perigo concreto* releva de modo diferenciado para a tutela das situações jurídicas subjectivas. Importa agora passar para a tutela indiferenciada.

Na tutela diferenciada o legislador enuncia: a causa ou fundamento, *i.e.*, o *periculum in mora*, fazendo uso de *conceitos indeterminados* ⁷²⁰, o específico direito litigioso — *v.g.*, um crédito, o direito à prova — e bem assim qual a solução que se pode esperar para esse litígio — *v.g.*, uma apreensão de bens, uma antecipação da prova. Em suma: a indeterminação normativa está restringida à causa da sumariedade.

⁷¹⁵ De coisa móvel em poder de outrem que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor, ou em poder de terceiro; de escrituração comercial, balanços e documentos de arquivo.

⁷¹⁶ “A mulher que, *para garantia dos direitos* do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação”.

⁷¹⁷ Permitem ao mandatário do requerente entrar no domicílio do requerido para pesquisar e recolher documentos e meios probatórios necessários para uma acção, quando tenha *fundadas razões* para crer que o réu *uma vez citado* possa destruir ou ocultar prova relevante. Por todos, COURTNEY, *Mareva* cit., 401–421.

⁷¹⁸ ANDREWS, *ECP* cit., nºs 17.106 ss.

⁷¹⁹ Em Inglaterra pelo r. 25.1 (i) CPR 1998, em conformidade com a s. 33 SCA 1981 e a s. 52 CCA 1984; na Irlanda pela *Ord.* 31, r. 12 (1) RSC 1986. Veja-se COURTNEY, *Mareva* cit., 373–375.

⁷²⁰ Exemplos: o “risco de desaparecimento de bens”, o “risco de inutilização da prova”, a “continuação da lesão do direito”, “dano apreciável”, “motivos graves”.

Agora, iremos observar que na tutela indiferenciada a indeterminação normativa está presente em todos os elementos da norma processual respectiva, seja por meio de cláusulas gerais relativas à causa da necessidade da tutela — v.g., alguém “mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito” (art. 381º, nº 1) —, seja por meio de conceitos indeterminados ⁷²¹ quanto à situação jurídica tutelanda — v.g., “ao seu direito” (art. 381º, nº 1), “o seu direito em via ordinária” (art. 700º CPC/It) — seja, enfim, na estatuição do meio de tutela — v.g., “regulação de uma situação provisória relativamente a uma relação jurídica controvertida” (§ 940 ZPO), “providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado” (art. 381º, nº 1).

II. Ora esta realidade impõem-nos duas exigências metodológicas na nossa análise dos ordenamentos positivos: o *uso de critérios abstractos que dêem sentido* a este universo aparentemente plural de enunciados normativos que já de si são abertos e a *exibição da concretização* que esses enunciados normativos abertos têm recebido na jurisprudência e na doutrina.

Ora, o *primeiro dado* a apontar preliminarmente é o de que pode dizer-se que as similitudes que existem entre os vários ordenamentos são mais fortes do que as diferenças que existem entre eles, sendo possível enunciar uma *linha de estruturação comum* quanto à tutela indiferenciada: *é sempre o último remédio* ao dispor do sujeito; tem por condições de decretamento a alegação e demonstração de um *perigo de dano a uma situação jurídica material*; o *âmbito da situação jurídica material é irrestrito*; pode *antecipar* ou *não antecipar* as vantagens de uma decisão de mérito; o procedimento é *sumário*; a determinação da medida é feita segundo um *juízo discricionário de adequação material da medida ao perigo*; a decisão é *instrumental* de uma outra decisão, dita principal; a decisão tem *força executiva*, mas é *provisória*.

O *segundo dado* a reter é o de que, sobre este tronco comum, há especialidades nascidas num dado ordenamento jurídico e seguidas por outros ordenamentos. Essas especialidades surgem quanto aos *enunciados normativos* (concentrados/dispersos), ao modo de expressão do *periculum* (cláusula geral/conceito indeterminado), à relevância do factor de ponderação da *probabilidade da procedência do direito de fundo* (legalmente autonomizada/não autonomizada), à *instrumentalidade* na eficácia: ser imposta ao autor/estar na disponibilidade das partes.

Pode-se, neste sentido, falar na existência de *matrizes* de sistemas de tutela indiferenciada por perigo de dano: uma matriz italiana, com a subvariante da matriz

⁷²¹ Cf. a distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* II, 1984, 1176–1184.

espanhola ⁷²², uma matriz francesa, incluindo a solução brasileira ⁷²³, uma matriz alemã e uma matriz anglo-saxónica ⁷²⁴.

III. Essa matricialidade de soluções começa logo na própria estrutura das normas processuais sobre a tutela indiferenciada. Quanto a isto temos: ordenamentos que *concentram* esses enunciados num único preceito, ordenamentos que *dispersam* esses enunciados por vários preceitos, mas com um *regime procedimental comum* e ordenamentos que usam de um *casuísimo normativo*, sem um regime procedimental comum.

Os ordenamentos que concentram os enunciados num único preceito são próprios da **matriz italiana**, ao mesmo tempo que o *periculum* é expresso por meio de uma **cláusula geral**.

Efectivamente, em Itália a previsão de tutela indiferenciada por perigo avaliado judicialmente reside exclusivamente no art. 700º CPC/It (*provvedimenti d'urgenza*) onde se estatui que “quem tenha *fundado motivo de temer* que, durante o tempo a decorrer para fazer valer o seu direito em via ordinária, este seja ameaçado de um *prejuízo iminente e irreparável*” pode requerer ao tribunal as “providências de urgência

⁷²² Quais são os ordenamentos que bebem do exemplo italiano vigente no *Codice di Procedura Civile*? Antes de mais o nosso: o Código de Processo Civil de 1939, cujo essencial se mantém ainda em vigor, inspirou-se na doutrina de CALAMANDREI e no projecto de CARNELUTTI de *Codice di procedura civile* apresentado em 1926 e que viria a desembocar no art. 700º CPC/It — cf. LOPES CARDOSO, *Projectos* I cit., 112–113; PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 238–239, 248–249; MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 14 e 32. O próprio apelativo *providências cautelares* nada mais é que tradução literal do título *provvedimenti cautelari* constante daquele projecto e actualmente vigente. E, enfim, os caracteres centrais do sistema português são decalcados sobre os caracteres italianos, como se verá em breve. Já o sistema espanhol de tutela indiferenciada contra o perigo concreto por *medidas cautelares* é matricialmente italiano no plano das estatuições normativas, mas apresenta uma variação dessa mesma matriz no plano das previsões normativas, onde apresenta várias originalidades.

⁷²³ Escusado será dizer que a matriz francesa abrange não apenas as soluções vigentes em França, mas bem assim as soluções de belgas e, em geral, os ordenamentos historicamente marcados pela cultura jurídica francesa. Nelas a figura central é a das “*ordonnances en référé*”. Por seu turno, o sistema brasileiro de *providências cautelares* e de *tutela antecipatória* é originariamente tributário da matriz italiana mas, desde a reforma de 1994–1995, está em *evolução* para a matriz francesa.

⁷²⁴ Esta matriz acompanha o *imperio* da língua inglesa enquanto língua materna, nomeadamente os vários ordenamentos do Reino Unido, o ordenamento da Irlanda, aquele dos Estados Unidos ou ainda o austriano.

[*provvedimenti d'urgenza*] que pareçam segundo as circunstâncias, mais idóneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito”.

Também entre nós se dispõe de modo articulado no art. 381º, nºs 1 e 2 que “sempre que alguém mostre *fundado receio* de que outrem *cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito*, pode requerer a *providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*” ⁷²⁵ e que esse seu direito pode ser “já existente ou (...) emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor”.

Já em Espanha o art. 721º, nº 1 da nova LEC traz o seguinte: poderá a parte activa requerer ao Tribunal a “adopção das *medidas cautelares que considere necessárias para assegurar a efectividade da tutela judicial* que poderá conceder-se na sentença de mérito” ⁷²⁶, mandando o art. 728º LEC ao interessado “justificar (...) que (...) caso não se adoptem as medidas solicitadas, *poderão produzir-se* durante a pendência do processo *situações que impeçam ou dificultem a efectividade da tutela* que se possa conceder numa eventual sentença de mérito” e adicionalmente, se o requerimento das medidas for anterior à instauração de qualquer acção deverá o requerente “*alegar e fundamentar razões de urgência ou necessidade*” (art. 730º, nº 2 LEC) ⁷²⁷.

⁷²⁵ Na versão do Código de Processo Civil de 1939 o preceito era menos sintético, lendo-se no art. 405º “Quando uma pessoa tenha justo receio de que alguém cometa violências ou pratique factos susceptíveis de causar lesão grave e de difícil reparação ao seu direito, pode requerer as providências que forem adequadas para se evitar o prejuízo”, exemplificando-se depois com “tais como a posse, o sequestro ou depósito de coisa litigiosa, a proibição ou a autorização de certos actos”.

⁷²⁶ Já a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 era mais restrita no âmbito de utilização, pois exigia que o autor apresentasse em juízo “*principio de prova por escrito* de que *decorra de modo claro uma obrigação de fazer ou não fazer, ou de entregar coisas determinadas ou específicas*” em ordem à adopção “a pedido do demandante e sob responsabilidade deste, [d]as *medidas que, segundo as circunstâncias, sejam necessárias para assegurar a efectividade da sentença* no juízo recaia” (art. 1428º).

⁷²⁷ A preocupação com a materialidade e funcionalidade do processo foi tão grande no legislador espanhol que o art. 725º, nº 2 LEC prevê uma competência excepcional de urgência: se o tribunal se considerar incompetente poderá, ainda assim, dar “em prevenção aquelas medidas cautelares que resultem mais urgentes”, antes da remessa do processo. Por outro lado, em nossa opinião, apesar de ser qualificada pela LEC como medida cautelar específica (art. 727º, 7ª al. LEC) pensamos que é ainda de âmbito genérico — pois não se dirige a um tipo específico de direito violado — a *previsão de inibição* nela prevista como “*ordem judicial* de cessar provisoriamente uma actividade; de se abster temporariamente de levar a cabo uma conduta; ou a proibição temporária de interromper ou de cessar a realização de uma prestação que se vinha levando a cabo”.

Este enunciado geral concretiza-se depois num rol de *Medidas cautelares específicas enunciadas* no art. 727º LEC, parte das quais já tivemos oportunidade de referir em sede de tutela sumária diferenciada que se desenvolve na al. 11ª do mesmo art. 727º LEC. Nesta alínea, além de uma remissão geral para outras medidas cautelares avulsas — todas e quaisquer “medidas que para protecção de certos direitos sejam expressamente previstas na lei” — abre-se uma cláusula geral referente a “*outras medidas que, para a protecção de certos direitos (...) se achem necessárias para assegurar a efectividade da tutela judicial que se poderá obter na sentença de mérito que recaia sobre a causa*”⁷²⁸.

IV. Os ordenamentos que dispersam os enunciados por vários preceitos, mas com um regime procedimental comum são o alemão e o francês. Contudo, naqueles o *periculum* é expresso através de uma **cláusula geral** e neste é expresso através de **conceitos indeterminados**.

Na Alemanha a regulação da matéria distribui-se entre os preceitos relativos aos pressupostos do **Arrest** (§§ 916º a 918 ZPO), já atrás apontado em sede de previsões diferenciadas de perigo concreto em tutela de direitos de crédito, e as previsões especiais relativos às ***einstweiligen Verfügungen*** — a *Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand* ou ***Sicherungsverfügung*** dos §§ 935 e 938 ZPO e a *einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes* ou ***Regelungsverfügung*** do § 940 ZPO, com uma especialidade no § 940a ZPO para a desocupação de habitação.

A *Sicherungsverfügung* permite a obtenção de “medidas provisórias quanto ao objecto do litígio quando se tema que pela modificação do estado existente a realização do direito para uma parte poderá ser posta em causa ou tornar-se substancialmente difícil”⁷²⁹, enquanto a *Regelungsverfügung* declara “admissíveis medidas provisórias com a finalidade de regulação de uma situação provisória relativamente a uma relação jurídica controvertida, desde que esta regulação se mostre necessária, em especial quanto a relações jurídicas continuadas para afastamento de prejuízo substancial ou para impedir uma ameaça ou por outras causas”⁷³⁰. Contudo, uma terceira categoria de

⁷²⁸ Deste modo, parece que esta cláusula geral apenas terá uso quando não se apliquem as medidas enunciadas no art. 727º LEC, mas na verdade algumas delas parecem ser meros exemplos e não verdadeiras medidas cautelares especificadas, pois carecem de regime próprio.

⁷²⁹ “Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte”.

⁷³⁰ “Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung,

einstweilige Verfügung tem emergido: a das *Leistungsverfügungen* — *Befriedigungsverfügungen* e *Erfüllungsverfügungen*⁷³¹ — pelas quais se pode conseguir a realização antecipada do direito, as quais umas vezes são retiradas do § 940º⁷³², outras do § 938 ZPO⁷³³ outras dos preceitos avulsos que expressamente as admitam⁷³⁴ e outras, ainda, da jurisprudência⁷³⁵.

Perante este quadro a doutrina divide-se entre aqueles AUTORES que entendem que se está efectivamente perante três diferentes *einstweiligen Verfügungen*⁷³⁶, os AUTORES para quem há dois grupos de *einstweiligen Verfügungen* — as *Regelungsverfügung/Sicherungsverfügung*, como figura unitária, *versus Befriedigungsverfügung*⁷³⁷ ou *Regelungsverfügung/Befriedigungsverfügung* *versus Sicherungsverfügung*⁷³⁸ — e os AUTORES que defendem que estamos na presença de

insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint". Adicionalmente, em caso de despejo, o § 940 a ZPO restringe o uso dos dois tipos de medidas à defesa contra actuações proibidas ou em face de perigo concreto sobre a vida ou o corpo.

⁷³¹ Terminologia e distinções que remontam a JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen*, ZZP 79/5-6 (1966), 331 ss.

⁷³² Assim, HAMELBECK, *Die einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers*, ZZP 55 (1930), 235; F. BAUR, *Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich*, BB 19/1 (1964), 608 e *Studien* cit., 57; JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 331 ss; LEIPOLD, *Grundlagen* cit., 119 ss.; SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung* cit., 68 ss.; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 125 ss.; MICHALSKI, *ZPR* cit., 271.

⁷³³ W. P. WALTER, *Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast ind den Verfahren von Arrest und einstweiliger Verfügung nach §§ 916ff ZPO*, 1992, 102.

⁷³⁴ BRUNS/PETERS, *ZVR* cit., 346.

⁷³⁵ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 31; ENDERS, [*Grundlagen*] cit., Rdn. 16.

⁷³⁶ Assim: F. BAUR, *Arrest* cit., 607; JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 323 e, com BERGER, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 3; MÄDRICH, *Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren*, 1980, 2; PIEHLER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 26-27; HARTMUT, *Realisierung des Bildungsurlaubs durch EinstweiligeVerfügung?*, ArbuR 1-2 (1984), 33-34, implicitamente; G. LÜKE, *ZVR* cit., 345; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 467-469; GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 11 ss; MICHALSKI, *ZPR* cit., 271; PAULUS, *ZPR* cit., 319-321.

⁷³⁷ Assim, LEIPOLD, *Grundlagen* cit., 99 ss.; GRUNSKY, *Grundlagen* cit., 283; TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884, considerando que a distinção entre os dois tipos de medidas é desprovida de sentido; ENDERS, [*Grundlagen*] cit., Rdn. 14, considerando na prática as duas medidas não se deixam separar.

⁷³⁸ SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung* cit., 124 ss.

uma única *einstweilige Verfügung* sendo os §§ 935º e 940º meramente exemplificativos⁷³⁹. Para estes trata-se sempre da matéria da urgência da medida provisória, não fazendo sentido uma delimitação entre *Sicherungs-* e *Regelungsverfügung*⁷⁴⁰ e mesmo entre *Sicherungs-*, *Regelungsverfügung* e *Leistungsverfügung*⁷⁴¹.

Estando sistematicamente reguladas em sede de *Zwangsvollstreckung* (Livro VIII da ZPO) as *einstweilige verfügungen* eram tidas na doutrina mais antigas como medidas de salvaguarda da utilidade das acções executivas⁷⁴². Não passavam, por isso, de um “mero apêndice do processo executivo”, no dizer de OVÍDIO BAPTISTA⁷⁴³. Contudo, este amputamento à utilidade das *einstweilige verfügungen* já foi ultrapassado e criticado⁷⁴⁴, permanecendo a sua colocação em sede executiva como uma “ruptura no sistema”⁷⁴⁵, já que elas constituem uma verdadeira acção *declarativa* para a maior parte da doutrina alemã⁷⁴⁶. Elas estão a montante da acção executiva, produzindo títulos para uma futura execução⁷⁴⁷ como qualquer outra acção declarativa⁷⁴⁸.

V. Em França deve-se ter em conta a regra geral do art. 484º NCPCFr — o *référé* é “uma decisão provisória proferida a pedido de uma parte (...) nos casos em que a lei confere a um juiz, que não tenha de decidir a questão de mérito, o poder de ordenar

⁷³⁹ MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 57–59; DAMM, *AlternativKomm* cit., Vor § 916, Rdn. 8, § 916 cit., Rdn. 1, §§ 935, 940, Rdn. 1 ss.; BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren. Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfg*, 2000, 132; HEINZE, *MükoZPO* 3 cit., § 935 Rdn. 3,4, 23; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., 263 (“não há manifestamente diferenças materiais essenciais que se escondam por detrás dos enunciados” legais dos §§ 935 e 940); SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 30.

⁷⁴⁰ HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 542; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP-ZP* cit., 328.

⁷⁴¹ Assim, DAMM, *§§ 935, 940* cit., Rdn. 2 e 7 ss.

⁷⁴² Assim, BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse* reimp. 1969, 1859, 339–340; MERKEL, *Über Arrest* cit., 7 ss; WERNER, *Das Recht des Arrestes im Zivilprozesse*, 1884, 9 ss.; OERTMANN, *SyDZPR* II/1(fund. HELLWIG) reimp. 1968 1912, 439 ss.

⁷⁴³ *Do processo* cit., 68.

⁷⁴⁴ Entre outros, GRÜNSKY, *Grundlagen* cit., 279–280; LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 258 e 261. No entanto, alguns ainda hoje falam de “função de segurança da futura execução do devedor”, como, por exemplo, MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 1.

⁷⁴⁵ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 7. Observações críticas semelhantes podem ser colhidas, por exemplo, em TEPLIZKY, *Arrest* cit., 883, GRÜNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 1, 3 ou em JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 4.

⁷⁴⁶ Cf. neste sentido a doutrina citada no § 11º 2., III.

⁷⁴⁷ LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 261.

⁷⁴⁸ GRÜNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 1, 3.

imediatamente as medidas necessárias” — e os artigos 808º e 809º NCPC/Fr. Estes reservam a respectiva competência em *référé* para o juiz-presidente dos tribunais de *grande instance*, o qual pode “em todos os casos de urgência (...) ordenar em *référé* todas as medidas que não sejam passíveis de alguma contestação séria ou que a existência do diferendo justifique” (art. 808º NCPC/Fr) e “mesmo em presença de uma contestação séria, decretar em *référé* as medidas conservatórias ou de reposição do estado inicial que se imponham, seja para prevenir um prejuízo eminente, seja para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita” (art. 809º/I NCPC/Fr). Mas, “nos casos em que a existência da obrigação não é seriamente contestável, pode acordar uma provisão ao credor ou ordenar a execução da obrigação, ainda que se trate de uma obrigação de fazer” (art. 809º/II NCPC/Fr) ⁷⁴⁹.

Já na Bélgica os preceitos do art. 584º/I CJ/B estatuem que o presidente de tribunal de primeira instância tem uma competência exclusiva para estatuir “provisoriamente nos casos em que reconheça a urgência, em todas as matérias, salvo aquelas que a lei retira ao poder judicial”⁷⁵⁰, sendo para tal efeito tido como “juiz dos *référés*”, podendo “decidir soberanamente se há a urgência”.

No Brasil permanece um núcleo tipicamente italiano de *medidas cautelares* no art. 798º CPC/Br — “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver *receio* de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*” — e acrescentou-se uma *tutela antecipatória* no art. 273º CPC/Br corpo e (I) ⁷⁵¹ de inspiração francesa. Neste pode ler-se que o “juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, *existindo prova inequívoca*, se convença da verosimilhança da alegação e (I) haja *fundado receio de dano irreparável ou de difícil*

⁷⁴⁹ Há regras com mesmo o conteúdo em sede de *juge de instance* (arts. 848º e 849º NCP/Fr), presidente do tribunal do comércio (arts. 872º e 873º NCP/Fr), presidente do *tribunal paritair des baux ruraux* (arts. 893º e 894º NCP/Fr), primeiro presidente da *cour d’appel* (art. 956º NCPC/Fr), assim como para o *conseil de prud’hommes* e tribunal dos assuntos da segurança socia — cf. BENDJOUYA, *PCv* cit., 113; HÉRON/LE BARS, *DJP* cit., 285–286; JULIEN/FRICERO, *DJP* cit., 197; com especialidades, é certo — ESTOUP, *La pratique* cit., 163–235;

⁷⁵⁰ Também os presidentes dos tribunais de trabalho e de comércio têm tal poder no estrito âmbito de matérias sujeitas à sua jurisdição, por força 2ª al. do mesmo art. 584º CJ/B.

⁷⁵¹ Recorde-se que já abordámos este mesmo corpo do art. 273º CPC/Br, mas conjugado com o seu parágrafo (II) e vimos então que se tratava de tutela sumária, e como tal antecipatória dos resultados do processo ordinário, mas por uma causa diversa: o abuso do direito de defesa pelo réu. Além disso também já incluímos o § 6º do mesmo artigo na tutela antecipatória indiferenciada por falta de controversão. Cf. o § 5º 2.2.2.B., F) e a nota 611.

reparação”, só assim não será se “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. art. 273º, § 2º CPC/Br) ⁷⁵².

No seu conjunto *providências cautelares e tutela antecipatória* seriam espécies de um mesmo género — a tutela de urgência ⁷⁵³ — correspondente a um “*poder geral de cautela do juiz*” ⁷⁵⁴ sujeitas a um *regime comum* que toma o das medidas cautelares dos arts. 798º ss CPC/Br como base legal aplicável analogicamente para o art. 273º CPC/Br.

VI. Finalmente, os ordenamentos que dispersam os enunciados por vários preceitos, sem um regime procedimental único são os anglo-saxónicos.

Em Inglaterra conhecem-se *interim remedies/injunctions*, arrolados em termos gerais na *r. 25.1. (1) (c)* do *Civil Procedure Rules 1998* que, precisamente, consagra na *Part 25* disposições comuns para os *Interim Remedies and Security for Costs*. Seja como for, este arrolamento não é taxativo, havendo um poder residual geral de decretar *interim remedies* garantido na *r. 25.1. (3)* CPR 1998 ⁷⁵⁵. Ao lado desta medida geral, existem outras previsões em direito especial, como a *s. 37 SCA 1981* que reconhece o “poder para decretar uma injunção em todos os casos em que pareça ser *justo e conveniente* que assim se faça” ⁷⁵⁶ e como o *Country Court Act 1984* onde também reconhece esse poder.

Nos Estados Unidos, se não for um caso de extrema urgência, a *r. 65 (a)* FRCP prevê *preliminary injunctions* antes do *Trial ou hearing*. Ao contrário, se houver uma particular urgência ⁷⁵⁷ pode ser decretada uma *temporary restraining order* (TRO)

⁷⁵² Isto sem prejuízo das previsões específicas de tutela antecipatória constantes dos arts. 461º § 3º CPC/Br, art. 213º § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 84º § 3º do Código de Defesa do Consumido que contêm sempre este preceito: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia”.

⁷⁵³ CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 154; DINAMARCO, *A reforma* cit., 334.

⁷⁵⁴ CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 154 = *CPCref* cit., 92. Para DINAMARCO, *A reforma* cit., 341, sem prejuízo de afirmar que as medidas antecipatórias e as medidas cautelares são “irmãos gémeos quase siameses” (*idem*, 340) refere que o art. 273º CPC/Br consagra um *poder geral de antecipação*.

⁷⁵⁵ “The fact that a particular kind of interim remedy is not listed in paragraph (1) does not affect any power that the court may have to grant that remedy”.

⁷⁵⁶ “(1) The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which appears to the court to be just and convenient to do so” (*s. 37 SCA*, http://www.swarb.co.uk/acts/1981Suprem_Court.shtml).

⁷⁵⁷ HAY, *Law* cit., 78.

*inaudita altera parte*⁷⁵⁸ — se “*parecer claramente dos factos específicos apresentados pelo requerente (...) que lesão, perda ou dano imediatos e irreparáveis* advirão para o requerente antes que a parte contrária ou o mandatário da outra parte possam ser ouvidos em oposição” (r. 65 (b) (1) FRCP⁷⁵⁹).

B. Âmbito

I. Seja qual for o ordenamento jurídico a tutela indiferenciada por perigo concreto *opera quando nenhuma outra, tanto por perigo presumido, como por perigo concreto, seja adequada a cumprir a garantia constitucional do direito à tutela jurisdicional*.

Assim, o nº 3 do art. 381º estatui que as providências inominadas não “são aplicáveis (...) quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas na secção seguinte”, casos em que não podem ser decretadas⁷⁶⁰. Trata-se de algo que é enunciado pela nossa doutrina e na jurisprudência como se fosse um pressuposto ou requisito adicional, ao lado do *fumus* e do *periculum*: “não basta que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito” mas é “também preciso que a tais providências não corresponda nenhum dos outros procedimentos cautelares regulados no C.P.C.”, escreve MOITINHO DE ALMEIDA⁷⁶¹. Por seu turno, uma medida do art.

⁷⁵⁸ O´ CONNELL, *Remedies* cit., 32.

⁷⁵⁹ “ *A temporary restraining order may be granted without written or oral notice to the adverse party or that party’s attorney only if (1) it clearly appears from specific facts shown by affidavit or by the verified complaint that immediate and irreparable injury, loss, or damage will result to the applicant before the adverse party or that party’s attorney can be heard in opposition*”.

⁷⁶⁰ Tal como não se sobrepõem às providências típicas, nem o art. 700º CPC/It, nem o art. 381º podem ser utilizados para alargar a aplicação das mesmas, em particular por via de integração de eventuais lacunas — TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 181; ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.* 2, 1985, 80; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 334; LOPES DO REGO, *ComCPC* I cit., 344.

⁷⁶¹ *Providências cautelares* cit., 17. Neste sentido, por exemplo: STJ 10/11/1944, RLJ 78 (1945), 107, STJ 2/7/1946, BO 6 (1946), 311, STJ 25/5/1951, BMJ 25 (1951), 309, STJ 25/7/1952 (BMJ 32 (1952), 199), RP 13/4/1956, RT 74 (1956), 349, STJ 16/11/1956, BMJ 61 (1956), 454, STJ 3/7/1959, BMJ 89 (1959), 441, STJ 11/1/1963, BMJ 123 (1963), 480, STJ 11/1/1963, BMJ 123 (1963), 483, STJ 9/7/1963, BMJ 129 (1963), 383, STJ 22/3/1974, BMJ 235, 1974), 237, STJ 15/1/1980, BMJ 293 (1980), 230, STJ 6/6/1989, STJ 28/9/1989, STJ 23/4/1991, STJ 15/5/1991, STJ 5/11/1992, STJ 15/3/1994, STJ 13/4/1994, STJ 20/9/1994, RP 26/10/1995, RP 18/12/1995, RL 4/7/1996, RC 26/1/1999.

700º CPC/It apenas pode ser pedida “fora dos casos previstos nas precedentes secções” do dito capítulo dos *procedimenti cautelari* — os casos do *sequestro*, *denuncia di nuova opera* e *di danno temuto* e *procedimenti di istruzione preventiva*.

Identicamente, para a doutrina alemã não há lugar a medidas provisórias quando pré-exista decisão provisoriamente executiva, pois esta retirar-lhe-ia o fundamento de perigo ⁷⁶², ou, em matéria familiar, quando já foi decretada alguma medida antecipatória ao abrigo dos §§ 620 a 629g ZPO ⁷⁶³.

Também em Inglaterra os *interim remedies* do *Civil Procedure Rules 1998* anteriores à acção de mérito apenas podem ter lugar se “o *demandado não possa requerer alguma das providências* listadas na regra 25.1 (1) antes de ter recebido a citação ou ter contestado” salvo se o tribunal considerar diferentemente ⁷⁶⁴, enquanto nos Estados Unidos, vale o requisito da *inadequacy of the remedy at law* ⁷⁶⁵.

⁷⁶² Assim, WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 208 e GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 20, contrariando a jurisprudência qualificadora da situação como uma falta de interesse processual.

⁷⁶³ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 5; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 376.

⁷⁶⁴ “*Unless the court otherwise orders, a defendant may not apply for any of the orders listed in rule 25.1(1) before he has filed either an acknowledgment of service or a defence*”. O requerente deverá juntar prova que suporte o seu pedido, salvo se o tribunal decidir diversamente, segundo a *r. 25.3. (2) CPR 1998*

⁷⁶⁵ Esta verifica-se segundo O’CONNEL, *Remedies* cit., 39–41, em várias situações: a) quando qualquer outro *remedy at law* confere uma protecção inadequada porque *não vai evitar um dano irreparável ou de difícil reparação por se tratar de um bem único — maxime*, uma violação continuada de propriedade/posse imobiliária, implicaria uma pluralidade de acções (*multiplicity of suits*), tantas quantas os actos de violação de um direito pelo que o que é adequado é uma só acção para todo o problema (*land is unique*); b) quando há quebra de uma relação de confiança (*breach of a fiduciary relationship*), como a perda de crédito comercial (*goodwill*); c) quando se trate de estrago ou perecimento de bens móveis únicos (*chattel is unique*), do ponto de vista objectivo, porque infungíveis — *v.g.*, uma peça de colecção em que qualquer indemnização não substituiria a própria colecção — ou, ainda que fungíveis, são bens únicos do ponto de vista subjectivo, por terem valor sentimental (nestes últimos dois casos qualquer avaliação seria difícil e colocaria a indemnização por dano num campo altamente especulativo (*damages are too speculative*)); d) quando *não afasta uma mera ameaça de lesão* e exige uma lesão já concretizada; e) quando é *inferior a uma solução injunctória preliminar disponível (a far superior remedy available only in equity)* — *v.g.*, a condenação no pagamento de uma indemnização por bloqueio de uma saída de uma propriedade não obriga só por si o réu retirar destroços com que fez o bloqueio.

II. Deste modo, é evidente a existência de uma *relação de subsidiariedade ou relação de exclusão*⁷⁶⁶ entre as providências cautelares típicas e a cláusula geral de tutela cautelar, sendo o melhor entendimento o de que *essa subsidiariedade é entre os periculae in si mesmos* e não entre os âmbitos materiais das normas, como já se defendeu⁷⁶⁷ — i.e., pode lançar-se mão da tutela inominada para riscos de *lesão ou periculae concretos* não previstos naquelas, mesmo que se reportem a direitos previstos pelas mesmas⁷⁶⁸ — e mesmo que até existam formas de tutela sumária, como v.g., *ingiunzione* (arts. 633º ss CPC/It, desde que incapazes de obviarem ao perigo⁷⁶⁹).

⁷⁶⁶ LOPES DO REGO, *ComCPC I* cit., 343–345. Também: MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 17 e 18; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 249. Nos tribunais, por exemplo: STJ 20/5/1993.

⁷⁶⁷ Assim, para a doutrina italiana mais antiga *o campo de aplicação de uma e outros seria definido em função do direito acautelando*, pelo que só se poderia lançar mão do art. 700º CPC/It apenas se esse direito não estivesse dentro do âmbito quer *provvedimento* cautelar específico, quer de procedimentos sumários, previstos tanto dentro como fora do CPC/It, dada a referência literal do texto do art. 700º a “fazer valer o seu direito em via ordinária”. Nesse sentido: o entendimento inicial de MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile*, 1955, 40; CALVOSA, *Provvedimenti* cit., 447, 449–450 e *Il processo cautelare. I sequestri e i provvedimenti d’urgenza*, 1970, 768, que exclui o uso do art. 700º quando possa ser colocada acção executiva, processo especial ou de jurisdição voluntária; SATTA/PUNZI, *DPC* cit., 656 ss, que afirmam que é ao sequestro conservativo que cabe assegurar sempre a tutela do direito de crédito. Aliás em sede de jurisdição voluntária a exclusão seria também inevitável por o art. 700º CPC/It só admitir que o requerente peça tutela para os *seus* direitos e não para aqueles, v.g., do filho, dos quais não é titular – CALVOSA, *Provvedimenti* cit., 449.

⁷⁶⁸ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 5: “não basta, para afastar a tutela cautelar comum, que haja um procedimento especificado formalmente susceptível de integrar a situação concreta carecida de tutela; é preciso também que o **risco de lesão** (sic) que o procedimento especificado visa afastar concida com o risco de lesão que concretamente se verifique”. Identicamente, com apoio na doutrina de TOMMASEO, LOPES DO REGO, *ComCPC I* cit., 342 e 344 e, ainda, ABRANTES GERALDES, *Temas III* cit., 53. Na jurisprudência, implicitamente, STJ 21/6/1979, BMJ 288 (1979), 336 e RP 2/12/1997.

⁷⁶⁹ ANDRIOLI, *CommCPC IV* ³, 1964, 255 ss; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, TDC (dir. VASSALLI) XIV/4 reimp. 1988, 1985, 256 ss., FRISINA, *La tutela cautelare d’urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, RDP 41/4 (1986), 978–979 e 981–93; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 78–86; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 209–211, esp. 210, usando ainda, *idem*, 208–209, um critério de delimitação temporal: as providências especificadas seriam incidentais, enquanto o art. 700º CPC/It tanto pode ser incidental como prévio à acção de mérito; MONTESANO/ARIETA, *DPC III* cit., 333–

Deste modo, bem se pode concluir que a tutela indiferenciada por perigo concreto é o último remédio processual que se apresenta ao dispor do titular de um direito — de qualquer direito dada a ausência de restrições nos enunciados legais ⁷⁷⁰.

III. Com este âmbito de aplicação irrestrito a todas as situações que por outra via cautelar a não tenham, os *provvedimenti d'urgenza* italianos e as *medidas cautelares* espanholas emergem, quanto aos direitos tuteláveis, como uma *acção genérica* ou *norma de fecho do sistema cautelar* ⁷⁷¹, *princípio geral do ordenamento* ⁷⁷², ou poder cautelar geral ⁷⁷³.

336; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 303 e 326–327. Contra: P. PISANI, *LDPC* cit., 633 (a existência de providências sumárias aplicáveis ao caso exclui o uso do art. 700º CPC/It); TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 180–181, 365 e 203 ss. = *Provvedimenti di urgenza*, EnD XXVII, 1988, 867 e COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 406 (a tutela sumária retira interesse processual ao requerente já que aí deixa de haver irreparabilidade do dano).

⁷⁷⁰ Neste sentido, TARZIA, *Providências* cit., 243–244 e STJ 19/1/1993). Mas assim não sucedia em Espanha até à reforma de 2000, pois o art. 1428º LEC/81 apenas se destinava às “obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa específica”, creditícias, como reais. Por isso, sem prejuízo de alguns AUTORES mais ousados, a doutrina maioritária respeitava a literalidade da norma excluindo a tutela de obrigações de pagamento de quantia (CUADRADO, *idem*, 158–159), mesmo que não tivessem tutela em medida cautelar específica. Actualmente o art. 721º, nº 1 LEC assegura a efectividade da tutela para qualquer direito — em consonância, aliás, com o que era defendido pela doutrina de *iure condendo*.

⁷⁷¹ TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 180–181; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 84; CUADRADO, *Las medidas* cit., 41 ss., 157 ss.; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 206; JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, 1995, 18 ss. e 110 ss; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 330–331; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro*, 2000, 29–30; P. PISANI, *LDPC* cit., 631–635. Mas já não um *poder geral de cautela* — cf. DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 236–237 — expressão contestada por CALVOSA, *Provvedimenti* cit., 447 e 450, em razão da posição subsidiária perante as outras medidas cautelares, e por ARIETA, *I provvedimenti* cit., 117–118 e MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 330–331, para quem, quando muito, seria um poder geral de cautela restrito, conducente à salvaguarda dos efeitos da acção principal e nunca no sentido de poder de salvaguarda dos direitos contra o perigo, com o que se nega que sobre o art. 700º CPC/It se possa erigir uma tutela preventiva geral.

⁷⁷² R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 303.

⁷⁷³ ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 7, em análise ao art. 700º CPC/It.

Por seu lado, SCHLOSSER considera as *einstweiligen Verfügungen* como “último remédio jurídico” ⁷⁷⁴. Mas o mesmo se pode dizer para as nossas providências cautelares para as quais ANSELMO DE CASTRO ⁷⁷⁵ reserva a expressão *cobertura do sistema* e LEBRE DE FREITAS ⁷⁷⁶ e LOPES DO REGO ⁷⁷⁷ o qualificativo de *cláusula geral*.

LOPES DO REGO defende, mesmo, um *princípio da plenitude da tutela cautelar* ou uma *ação cautelar geral* ⁷⁷⁸.

Com esta subsidiariedade de uma cautela indiferenciada, cumpre-se uma preocupação constitucional de que a tutela cautelar deve ser “*sem lacunas*” [“*lückenlos*”] ⁷⁷⁹, não se restringindo às cautelas diferenciadas.

C. Condições: matrizes italiana e alemã

I. Resulta das leituras do nosso art. 381º, nº1, conjugado com o art. 387º, nº 1, do art. 700º CPC/It e dos arts. 728º ⁷⁸⁰ e 735º, nº 2 ⁷⁸¹ LEC, que nos ordenamentos de matriz italiana, a lei impõe como condições a alegar e demonstrar, necessárias, mas não suficientes para o decretamento de uma providência cautelar: a verificação de um **perigo** ou **ameaça da ocorrência de um dano**, a um **direito que está ou irá ser feito valer em via plena** ⁷⁸². O primeiro é conhecido como ***periculum in mora*** ⁷⁸³, enquanto o

⁷⁷⁴ *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, 1966, 234.

⁷⁷⁵ *DPCD* I cit., 135.

⁷⁷⁶ *CPCanot* 2 cit., 5.

⁷⁷⁷ *ComCPC* I cit., 341.

⁷⁷⁸ *Idem*, 364..

⁷⁷⁹ SCHULZE-FIELITZ, *Art. 19 IV* cit., Rdn. 113. No mesmo sentido, ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 23 ss, aludindo a um “princípio de cobertura integral da tutela cautelar”.

⁷⁸⁰ Cujas epígrafe se refere ao “peligro por la mora procesal” — cf. CUADRADO, *Las medidas* cit., 45 ss e 169 ss.; JOVÉ, *Medidas* cit., 57–61. A doutrina espanhola identifica-o com as *circunstâncias que tornam necessária a medida* (assim, CUADRADO, *idem*, 169–170) ou *critério da necessidade* (JOVÉ, *idem*, 127 ss), que se extrai da cláusula geral do art. 721º, nº1 LEC, na linha do anterior art. 1428º LEC/81.

⁷⁸¹ Onde se exige a aparência de direito, como se pode confirmar em CUADRADO, *Las medidas* cit., 41 ss. e JOVÉ, *Medidas* cit., 30 ss, na sequência da epígrafe “aparência de buen derecho” do art. 728º LEC.

⁷⁸² Invocando os dois requisitos, solitariamente: STJ 2/3/1973, BMJ 224 (1973), 124, STJ 15/4/1980, BMJ 296 (1980), 206, STJ 9/5/1990, STJ 14/3/1991, STJ 19/03/1991, STJ 3/10/1991, STJ 19/3/1992, STJ 2/4/1992, RP 13/1/1994, STJ 31/5/1994, RL 15/12/1994, STJ 11/10/1995, STJ 08/02/1996, STJ 28/5/1997, STJ 26/6/1997, STJ 23/10/1997, STJ 6/4/2000, RE 16/1/2006; em cumulação com a subsidiariedade: STJ

segundo é frequentemente tratado a propósito da qualidade da sua cognição: o *fumus boni iuris* ⁷⁸⁴.

Ao ser uma tutela contra uma *ameaça* a providência só visa impedir *danos futuros* ⁷⁸⁵, devendo ser recusada para reparar danos já consumados ⁷⁸⁶, mas já deve ser admitida para afastar *efeitos danosos repetidos* ⁷⁸⁷ ou *continuados/prolongados* ⁷⁸⁸ quando a providência possa diminuir, impedir ou remover esses efeitos ⁷⁸⁹.

15/1/1980, BMJ 293 (1980), 230 e RL 6/4/1995; em cumulação com a subsidiariedade e a proporcionalidade: STJ 28/9/1989, RL 15/1/1991, STJ 23/4/1991, STJ 15/5/1992, STJ 5/11/1992, STJ 15/3/1994, STJ 13/4/1994, RL 21/4/1994.

⁷⁸³ CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 15 (“perigo de dano jurídico resultante do atraso de uma providência jurisdicional definitiva”). Cf. ainda ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 27.

⁷⁸⁴ Mas também a nível do TJCE esta expressão latina é já usada: assim, TJCE *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH et alia (I)/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (C-465/93-9/11/1995).

⁷⁸⁵ STJ 14/12/1973, BMJ 233 (1974), 85; STJ 20/1/1977; STJ 17/3/1993. De modo mais exigente, em Itália o dano terá ainda de ser temporalmente *iminente* — cf., por todos, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 345 ss. e suporte jurisprudencial em GIACCOBBE, *Orientamenti e prassi della giurisprudenza in tema di art.700 c.p.c.*, Le nuove frontiere della giurisprudenza, 2001, 169-280.

⁷⁸⁶ STJ 7/2/1941, RLJ 74 (1941), 79; RL 21/11/1942, RJ 28 (1943), 74; STJ 17/12/1943, RLJ 77 (1944), 107; STJ 17/11/1944, RLJ 78 (1945), 110; STJ 14/1/1958, BMJ 73 (1958), 570; RC 29/5/1964, JR (1964), 655; STJ 1/6/1965, BMJ 148 (1965), 211; STJ 23/5/1975, BMJ 247 (1975), 133; RP 17/1/1980, CJ 5/I (1980), 13; RP 4/12/1990; RP 7/1/1992; RL 11/2/1992; STJ 2/4/1992; RL 18/2/1993; RP 4/11/1993; RP 29/11/1993; RP 12/12/1994; RP 3/4/1995; RP 7/4/1997; RP 11/4/2000; RP 14/1/2003.

⁷⁸⁷ As subsequentes lesões futuras ou repetidas, que os danos consumados já indiciam: STJ 31/7/1962, BMJ 119 (1962), 409; STJ 22/11/1963, BMJ 131 (1963), 328; RC 29/5/1964, JR (1964), 655; RL 1/4/1970, JR (1970), 264; RP 17/1/1980, CJ 5/I (1980), 13; STJ 17/3/1993; RP 3/7/1995; RP 22/4/1997; RP 19/6/1997. No mesmo sentido, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 347.

⁷⁸⁸ RL 23/6/1992, RL 18/1/1996, RL 3/10/1996, RP 13/1/1997, RP 27/10/1998, RL 27/3/2007. Em sede de suspensão de deliberação social: RP 26/1/1978, RP 23/5/1989, RP 14/1/1992, RP 10/3/1992, RL 29/5/1993, RP 31/1/1994, RL 10/2/1994, RP 18/4/1994, RP 26/5/1994, RP 11/3/1996, RP 3/10/1996, RP 16/1/1997, RL 8/5/1997.

⁷⁸⁹ P. PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.p.c.*, Appunti sulla giustizia cit., 389-390 e *LDPC* cit., 640; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, 1987, 136; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 220-221; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 346-347; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *CPCanot* 2 cit., 7; RL 26/9/1995, RL 8/5/1997, STJ 18/1/2000.

II. O dano que se teme não pode ser um qualquer.

A este respeito, foi-se caminhando de uma *noção absoluta de irreparabilidade*, literalmente consagrada no art. 700º CPC/It, em que irreparáveis são os direitos não passíveis de reparação/reversão *in integrum* ⁷⁹⁰, para uma *noção relativa de irreparabilidade* ⁷⁹¹ consagrada no nosso art. 381º, nº 1, em que irreparáveis são *direitos não susceptíveis de tutela adequada* ⁷⁹², i.e., o dano “não [é] facilmente ou não seguramente reparável” nas formas de tutela plena ⁷⁹³.

Da densificação do que sejam direitos *não susceptíveis de tutela adequada* tem resultado um âmbito de protecção de tendência crescente em que se vai revelando o *jus* a que o *fumus* se reporta.

Assim, se para alguns AUTORES, sobretudo no início da vigência do CPC/It ⁷⁹⁴, somente as *situações jurídicas absolutas* correspondentes a direitos de conteúdo não patrimonial ⁷⁹⁵ ou em geral a *direitos a bens ou prestações infungíveis*, poderiam sofrer perigo de dano irreparável ⁷⁹⁶, actualmente prevalece o entendimento de que, além daquelas situações absolutas, *todo e qualquer direito subjectivo constitucionalmente previsto, ainda que de conteúdo patrimonial (maxime, direitos de crédito)* é passível de sofrer um prejuízo irreparável ⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰ Cf. MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 349.

⁷⁹¹ CONSOLO, *SpDPC* I ⁵, 2006, 315.

⁷⁹² P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700* cit., 380 ss.; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 305.

⁷⁹³ COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 409. Também, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 350.

⁷⁹⁴ SATTA, *Limiti di applicazioni del provvedimento d'urgenza*, FI 76/ I (1953), 132 ss; sobre esta visão: SALETTI, *Le système* cit., 63. Ainda: MONTELEONE, *DPC* cit., 1208–1209, posição já abandonada no *MDPC* II cit., 418, em razão da reforma de 2005/2006.

⁷⁹⁵ Nomeadamente, *direitos de personalidade*, como à identidade e à reserva da vida privada, e *direitos de autor* — cf. jurisprudência em AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 84, 92 ss. e 98 ss.

⁷⁹⁶ Pois as situações relativas seriam sempre tuteladas através da subsequente responsabilidade civil pelo dano.

⁷⁹⁷ Assim: ARIETA, *I provvedimenti* cit., 89 e 90, com exclusão dos interesses legalmente protegidos, *maxime*, a tutela cautelar de expectativas de direitos que o requerente conta vir obter com a declaração de inconstitucionalidade (cf. no sentido, desta restrição, GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 214 ss, *maxime*, 219–222 e MONTELEONE, *DPC* cit., 1209–1210, antes da reforma de 2005/2006; contra, BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, I processi speciali, 148; P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C. P.c.* cit., 368 ss.; GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 214 ss, *maxime*, 219–222; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 37 ss.; R.

Tal sucederá desde que um *direito, embora de conteúdo patrimonial prossiga instrumentalmente* ⁷⁹⁸ ou dê suporte a valores constitucionais não patrimoniais — v.g., crédito salarial ⁷⁹⁹, reintegração no posto de trabalho ⁸⁰⁰, direito à fruição de um serviço público em concessão ou em monopólio ⁸⁰¹ —, quando *haja uma grande separação temporal entre o momento do dano e o momento do ressarcimento na acção principal* ⁸⁰², quando *haja uma impossibilidade absoluta de o autor do dano poder no futuro ressarcir o dano* ⁸⁰³, quando *a lei o preveja expressamente, como sucede com o Direito da concorrência* — v.g., o art. 33º, al. 2ª *legge* n. 287, de 10 de Outubro de 1990, n. 287 (*legge antitrust*) ⁸⁰⁴ e o art. 156º *legge* n. 633, de 22 de Abril de 1941 ⁸⁰⁵ — e, em geral, *sempre que a acção ordinária não seja a mais adequada* ⁸⁰⁶.

Já entre nós, em face da letra solta da lei, tendeu-se sempre para um uso irrestrito dos providências cautelares inominadas em sede patrimonial.

III. Por seu lado, na matriz alemã também se exige a verificação de um perigo ou ameaça da ocorrência de um dano a um direito que está ou irá ser feito valer em via plena.

Efectivamente, são os dois pressupostos a invocar, expressa ou implicitamente enunciados nos §§ 916-918, 935, 940 e 940a ZPO: uma urgência (*Dringlichkeit* ⁸⁰⁷) por receio (*Besorgnis*) de perigo (*Gefahrdung*) da ocorrência de um dano ou prejuízo —

CAPONI/P. PISANI *Lineamenti* cit., 305–306; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, 2001, 24).

⁷⁹⁸ Cf. essa instrumentalidade em LIVI, *Tutela del credito e provvedimenti di urgenza*, GI 141/IV (1989), 404.

⁷⁹⁹ Por serem uma condição da dignidade da pessoa: FRISINA, *La tutela cautelare* cit., 985; VULLO, *L'attuazione* cit., 24; MONTELEONE, *DPC* cit., 1209, antes da reforma de 2005/2006.

⁸⁰⁰ P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C. P.c.* cit., 382; CONTE, *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, RDP 53/1 (1998), 218.

⁸⁰¹ CONTE, *idem*, 219.

⁸⁰² CONTE, *idem*, 219; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 305 e 306.

⁸⁰³ GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 214 ss, maxime, 219–222.

⁸⁰⁴ Cf. AIELLO/GIACCOBE, *Guida* cit., 113; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 374–375.

⁸⁰⁵ F. VERDE, *Il sequestro* cit., 621 ss.

⁸⁰⁶ GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 214 ss, maxime, 219–222.

⁸⁰⁷ Tomando a *Dringlichkeit* como fundamento da medida (*Verfügungsgrund*): TEPLITZKY, *Arrest* cit., 123; KLAKA, *Die Einstweilige Verfügung* cit., 596.

Arrest ou **Verfügungsgrund** — resultante de impedimento ou agravamento à realização de uma pretensão material: a **Arrest** ou **Verfügungsanspruch** ⁸⁰⁸.

O *Grund* deve ser um resultado da espera (*Abwarten* ⁸⁰⁹) pela acção principal onde o direito subjectivo está ou irá ser feito valer. Assim, sucede com o *Arrest* cujo fundamento é o “perigo de uma frustração ou de agravamento da execução” de uma decisão ⁸¹⁰, em resultado da “duração da acção principal” ⁸¹¹. Assim sucede nas *einstweiligen Verfügungen* em que há um receio de perigo para uma pretensão individual no caso da *Sicherungsverfügung* do § 935 ZPO ⁸¹² ou um perigo de prejuízo substancial ou ameaça a relações jurídicas continuadas no caso da *Regelungsverfügung* do § 940 ZPO, cujas pretensões devem ser passíveis de accionabilidade actual, pois é função cautelar a salvaguarda da tutela principal ⁸¹³.

A *Anspruch* a salvaguardar é a individualizada naqueles §§ referidos: no caso do *Arrest* um crédito à entrega de quantia pecuniária ou a uma prestação convertível em quantia pecuniária; no caso das *einstweiligen Verfügungen* todos os demais direitos a uma prestação ou uma situação jurídica respeitante a uma relação controvertida carente de uma futura decisão de simples apreciação ou constitutiva, salvo se for uma *Leistungsverfügung* que pode também tutelar um crédito pecuniário ⁸¹⁴.

D. (Continuação): matriz francesa; a variante brasileira

I. A matriz francesa de tutela de urgência indiferenciada pelo perigo concreto afasta-se das duas anteriores.

⁸⁰⁸ Este dualismo de requisitos, que já era estruturante na doutrina clássica — cf., por exemplo, MERKEL, *Über Arrest* cit., 23 ss., 43 ss., 221 ss., 226 ss. — é nuclear na doutrina hodierna: ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1088–1089, 1107; SCHLOSSER, *ZPR* II cit., Rdn. 260; G. LÜKE, *ZVR* cit., 369; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 6; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1581, 1591–1592, 1615–1616; SCHWONNERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 126–127; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 47, § 920 cit., Rdn. 6 e *Vor § 935* cit., Rdn. 2; MICHALSKI, *ZPR* cit., 269–270, 271; PAULUS, *ZPR* cit., 317; MUSIELAK, *GkZPO* cit., Rdn. 750; SCHUSCHKE, *Schuschke/Walker* II cit., § 935, Rdn. 5 ss; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 29 ss.

⁸⁰⁹ SCHMUKLE, *Kap. 45* cit., Rdn. 5.

⁸¹⁰ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 31 e § 916 cit., Rdn. 1. No mesmo sentido, TEPLITZKY, *Arrest* cit., 123; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 917, Rdn. 1.

⁸¹¹ WALKER, § 916 cit., Rdn. 1, 43. Assim, também LÜKE, *ZVR* cit., 343 e ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 7.

⁸¹² TEPLITZKY, *Arrest* cit., 123.

⁸¹³ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 30.

⁸¹⁴ Cf. o ponto G.

É certo que, como nessas matrizes, se exige uma *urgence* — conceito indeterminado central na doutrina francesa — potenciadora de um dano, mas esta é por vezes dispensada. É a propósito desse conceito que o *droit* — a demonstrar sumariamente — *carente de tutela* surge na doutrina e na jurisprudência.

Mas, ao contrário do que sucede nas matrizes italiana e alemã, a lei faz ainda relevar autonomamente o requisito de a medida requerida *não ser oponível* ou *uma contestação séria*. Trata-se de algo que nas outras matrizes não tem expressão legal directa, parecendo apenas relevar em sede de ponderação da adequação da medida⁸¹⁵.

Da conjugação destes vectores resulta que existem na França e na Bélgica dois grupos de *référé*⁸¹⁶: o *référé* com “função repressiva [de police]”⁸¹⁷ ou antecipatória, e o *référé* com “função conservatória”⁸¹⁸.

II. Efectivamente, os arts. 808º, 1ª parte e 809º/II NCPC/FR habilitam, respectivamente, o juiz dos *référé*s a decretar medidas que não sejam “**passíveis de alguma contestação séria**” ou quando a “**obrigação [em si mesma⁸¹⁹] não é seriamente contestável**”. Esta é a **regra geral** de admissibilidade de antecipação.

Nestes casos, o direito é em face do processo “evidente e incontestável”⁸²⁰, pelo que o juiz do *référé* não tem de tocar em nenhuma questão relevante relativa ao fundo para poder decretar um *référé*⁸²¹, ou, em outras palavras, a pretensão do requerente é manifestamente procedente, seja porque a defesa é manifestamente destituída de

⁸¹⁵ Cf. o ponto K., III.

⁸¹⁶ Neste sentido, NORMAND, *Les fonctions des référés*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 76 ss. e VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12. Por seu turno, HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 293 distingue também dois grupos de medidas: de “espera” e as correspondentes ao “efeito jurídico, ou a uma parte do efeito jurídico da regra material aplicável”.

⁸¹⁷ NORMAND, *Les fonctions* cit., 81.

⁸¹⁸ NORMAND, *Les fonctions* cit., 76.

⁸¹⁹ E não a medida de *référé* pedida como se exige para a referida previsão constante do art. 808º NCPC/Fr, como nos alerta ESTOUP, *ob. cit.*, 111.

⁸²⁰ CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 20. No mesmo sentido, VAN COMPERNOLLE, *Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge*, La crise du juge (coord. LENOBLE), 1996, 18 e *Introduction* cit., 13 e STAES, *DJP* cit., nº 32. Contra, defendendo que o *référé-provision* basta-se com uma aparência de direito, sem exigir que esta seja incontestável, KRINGS, *La jurisprudence* cit., 217 e 218.

⁸²¹ VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 285. Para saber se a medida é passível de contestação séria o juiz tem de conhecer do fundo da questão no sentido de que deve antecipar a decisão a que chegaria o juiz da acção principal (*v.g.*, a nulidade do despedimento) — neste sentido, por exemplo, JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 202.

qualquer fundamento jurídico⁸²², seja porque é evidente a existência do direito alegado⁸²³.

Esta quase-certeza do direito⁸²⁴ torna possível, segundo a doutrina⁸²⁵, que o juiz possa decretar — mas sem declarar formalmente o direito⁸²⁶ — uma *medida de satisfação antecipada*, i.e., com um conteúdo que provisoriamente trará “um resultado idêntico àquele que poderia ser atribuído pelo juiz do fundo”⁸²⁷, *desde que não cause um prejuízo definitivo e irreparável ao requerido*⁸²⁸. Por isso este *référé* toma, por vezes, o nome de *référé de fond*⁸²⁹ ou, no caso específico do art. 809º/ II NCPC/Fr⁸³⁰, o nome de *référé-provision*.

Está-se, então aqui, perante a **tutela de référé com com “função repressiva [de police]”: o respeito “a título de antecipação (...) de direitos não seriamente contestáveis”**⁸³¹.

Mas há uma diferença entre a invocação pela parte activa do art. 808º, 1ª parte NCPC/Fr e a invocação do art. 809º/II NCPC/Fr: o art. 808º, 1ª parte NCPC/FR exige um segundo pressuposto para o decretamento de um *référé-provision*: que se trate de um **“caso (...) de urgência”**⁸³². A *contrario* o art. 809º/II NCPC/Fr dispensa esse segundo pressuposto⁸³³.

⁸²² CASTILLON, *Les pouvoirs, au provisoire du juge des référés : déraison de la mesure ou mesure de la raison?*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 34, citando NORMAND.

⁸²³ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 13. Por outras palavras, que a “solução seja evidente para um jurista experimentado” (HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 299) ou, segundo KRINGS, *la jurisprudence* cit., 209, o “direito não deve ser nem contestado, nem contestável”.

⁸²⁴ Apenas se pode dizer, pensamos, que *esse direito é quase certo em face do processo*, porque a apreciação não é final e plena, mas tão só sumária.

⁸²⁵ Assim, VAN COMPERNOLLE, *Crise* cit., 18.

⁸²⁶ CAVALLINI, *Le juge* cit., 24 e 25.

⁸²⁷ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 13. Identicamente, HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 291 (o juiz dos *référés* “antecipa-se à decisão que deverá ser tomada pelo juiz da acção principal”), 294; ainda, AMRANI-MEKKI, *Le temps* cit., 482.

⁸²⁸ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 42.

⁸²⁹ JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 202.

⁸³⁰ CAVALLINI, *Le juge* cit., 24.

⁸³¹ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12. Falando em medidas correspondentes ao “efeito jurídico, ou a uma parte do efeito jurídico da regra material aplicável”: HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 293.

⁸³² Esta diferença leva a um uso muito maior do art. 809º, al. 2ª NCPC/Fr pois o requerente não tem interesse em demonstrar adicionalmente um pressuposto de

Já na Bélgica exige-se sempre a urgência para o *référé-provision*, mas, na jurisprudência tem havido uma deriva de constante aligeiramento do requisito de urgência, admitindo-se uma *providência* de antecipação da tutela apenas por razões de celeridade, desde que o direito seja incontestado ou incontestável, seguindo o *procedimento* de *référé*, *mas sem necessidade de urgência* ⁸³⁴.

Mas o que é a urgência? Apesar de diferenças entre os preceitos que resultam, nomeadamente, de a lei belga ser mais vaga que a lei francesa, parece haver elementos para se concluir que a **urgência se identifica com o perigo de dano de um direito por mora processual** ⁸³⁵ (*“péril en la demeure”*) ⁸³⁶, pois ela consiste numa “ameaça de grave perturbação se o autor tiver de estar exposto às lentidões do processo ordinário” ⁸³⁷.

Assim, na doutrina francesa COUCHEZ diz existir urgência “sempre que a medida requerida é indispensável para impedir a realização de um prejuízo em detrimento do requerente” ⁸³⁸, prejuízos esses que seriam “irreversíveis ou graves” segundo JACQUES VUITTON/XAVIER VUITTON ⁸³⁹. Também a jurisprudência e doutrina belgas identificam a urgência com o “receio” ⁸⁴⁰ de um “prejuízo ou perda irreparável” ⁸⁴¹ ou de prejuízo grave em razão dos inconvenientes sérios desde que haja um *perigo sério resultante da mora processual* ⁸⁴².

urgência e, como consequência, o “référé geral do artigo 808º acha-se assim reduzido a um papel subsidiário” segundo HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 299.

⁸³³ CAVALLINI, *Le juge* cit., 25; LARGUIER/CONTE, *PCv/DJP* 19, 2005, 41; LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.255.

⁸³⁴ Cf. KRINGS, *La jurisprudence* cir., 209 e 210.

⁸³⁵ “A ideia principal que surge de maneira recorrente é aquela de evitar um prejuízo pelo atraso”, escreve MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge* cit., 33.

⁸³⁶ KRINGS, *La jurisprudence* cit., 208. No mesmo sentido, JOMMI, *Il référé* cit., 19.

⁸³⁷ SOLUS/PERROT, *DJP*, 1991, nº 1274. Em termos próximos VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11: quando o “processo ordinário se mostre impotente para resolver o litígio no tempo pretendido”.

⁸³⁸ *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU), 1998, 33. A realização ou o “agravamento”, acrescenta FRICERO, *PCv* 4, 2006, 105.

⁸³⁹ *Ob. cit.*, 9. Em termos semelhantes, ESTOUP, *ob. cit.*, 72; BENDJOUYA, *ob. cit.*, 112; HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 291; LACABARATS, [*La compétence*] cit., nº 124.131.

⁸⁴⁰ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11.

⁸⁴¹ CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 20, dando como exemplos a indisponibilidade dos capitais para uma sociedade durante um longo período e ausência de decisão provisória sobre a situação de um estudante estrangeiro que requereu autorização de residência.

⁸⁴² VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11. No mesmo sentido segue CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 21, com exemplos de receio de prejuízos graves para a saúde

A existência ou não de urgência é função da natureza da causa ⁸⁴³.

Exemplos de eventos susceptíveis originarem uma tal urgência, apresentados por LACABARATS ⁸⁴⁴: a prossecução e conclusão de obras; a interrupção de fornecimento de mercadorias; a ocupação ilícita de imóvel sem pagamento de indemnização ao proprietário; ocupação de uma fábrica por grevistas, violando direito de propriedade e entravando a liberdade de trabalho dos demais; guarda de um menor tornada perigosa para a sua saúde e educação; a oposição dos pais ao exercício do direito de visita pelos avós que ameace os laços afectivos entre estes e a a criança.

III. Em alternativa ⁸⁴⁵, e como **regra especial**, um resultado igual de tutela antecipatória pode ser alcançado, não sendo necessários *nem a ausência de contestabilidade séria* ⁸⁴⁶, *nem a urgência* ⁸⁴⁷, se, nos termos do art. 809º, 1ª al., 2ª parte se estiver perante uma “**perturbação manifestamente ilícita**” ou “**voie de fait**” ⁸⁴⁸. Esta é um acto material ou jurídico que “directa, ou indirectamente, constitui uma violação evidente da regra jurídica” ou um comportamento violento ou intempestivo ⁸⁴⁹.

e o ambiente, por causa do lançamento de efluentes perigosos, para a liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade em caso de apreensão pela polícia de aparelhos profissionais, para a liberdade de comércio e os princípios da concorrência em caso de uso fraudulento de uma marca comercial, para a gestão societária em caso de grave desentendimento entre os administradores. Ainda: CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 39, com o exemplo do perigo para a situação financeira do credor, por falta de cumprimento das obrigações do seus devedores, desde que documentalmente bem comprovado.

⁸⁴³ STAES, *DJP* cit., nº 32.

⁸⁴⁴ *Ob. cit.*, 124.132. A este propósito cite-se a decisão da Css/B 21/5/1987, *apud* KRINGS, *La jurisprudence* cit., 213 e 214: “há urgência (...) desde que o receio de um prejuízo de uma certa gravidade (...) torne uma decisão imediatamente desejável”.

⁸⁴⁵ É “indiferente que (...) o requerente se funde no art. 808º, 1ª parte, e peça a seu favor uma medida que não seja passível de contestação séria”, ou sobre o artigo 809º, 1ª alínea, 2ª parte, e solicite que lhe seja posto termo a uma “perturbação manifestamente ilícita” (NORMAND, *Les fonctions* cit., 83).

⁸⁴⁶ SOLUS/PERROT, *DJP* cit., nº 1288; CAVALINI, *Le juge* cit., 29; HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 305; CADIET/JEULAND, *DJP* ⁵, 2006, nº 633.

⁸⁴⁷ SOLUS/PERROT, *DJP* cit., nº 1288; CAVALLINI, *Le juge* cit., 33–34; LACABARATS, *ob. cit.*, nº 1062; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 633.

⁸⁴⁸ CAVALLINI, *Le juge* cit., 29; CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 19–20; COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 35 = *PCv* cit., 53.

⁸⁴⁹ SOLUS/PERROT, *DJP* III cit., nº 1289. Identicamente: LACABARTS, *ob. cit.*, 203 e STAES, *DJP* cit., nº 33 e COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 35: “actuações ilícitas que

Exemplos: ordem de expulsão de um cidadão estrangeiro ao arrepio de recurso pendente, não devolução de documentos sociais no final de um contrato de trabalho ⁸⁵⁰, obstrução de passagem exercida há muito tempo, interdição de acesso e ocupação de local de trabalho por grevistas ⁸⁵¹, ocupação de imóvel sem título ⁸⁵², violação arbitrária de obrigações contratuais ⁸⁵³.

Neste caso, e ao contrário do dano iminente referido no mesmo art. 809º/I NCPC/Fr, **o prejuízo ou *voi de fait* “já se realizou”** ⁸⁵⁴.

É em razão desta diferença que, em vez de medidas de prevenção, poderão ser decretadas medidas de repressão ⁸⁵⁵ que a lei designa como **“medidas (...) de reposição no estado anterior que se imponham”, ou seja, medidas de remoção dos efeitos de um acto danosos** — v.g., restituição de coisa objecto de esbulho ⁸⁵⁶, ordem de levantamento do corte de água ⁸⁵⁷, direito de resposta num jornal ⁸⁵⁸, demolição de obra ilegal ⁸⁵⁹.

IV. Em todas as demais circunstâncias, se a contestação é seriamente contestável o juiz não pode decretar medidas antecipatórias

Uma contestação é séria quando, inversamente ao que se escreveu atrás, tenha por objecto uma *questão apenas reservada ao juiz da acção principal* — v.g., validade, qualificação e interpretação de um acto jurídico, propriedade de um bem, ausência ou existência de justo título de ocupação, imputabilidade de um dano ao réu, interpretação e alcance de disposições legais ⁸⁶⁰ — ou, em qualquer caso, porque os *meios de defesa*

causam um prejuízo grave e imediato ao requerente”. Na doutrina belga, CLOSSET-MARCHAL *L´urgence* cit., 20: “acto material ou um comportamento violento ou intempestivo”.

⁸⁵⁰ Cf. CLOSSET-MARCHAL, *L´urgence* cit., 20.

⁸⁵¹ MANDOLINI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l´entreprise*, 2004, nºs 142 ss.

⁸⁵² STAES, *DJP* cit., nº 33.

⁸⁵³ STAES, *DJP* cit., nº 33.

⁸⁵⁴ ESTOUP, *ob. cit.*, 90.

⁸⁵⁵ ESTOUP, *ob. Loc. cits.*.

⁸⁵⁶ HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 306 : há uma aproximação entre este art. 809º, 1ª al., 2ª parte NCPC/Fr e as acções possessórias, que leva ao uso preferencial daquele em detrimentos, nomeadamente, da acção de restituição de posse.

⁸⁵⁷ FRICERO, *PCv* cit., 105.

⁸⁵⁸ STAES, *DJP* cit., nº 33.

⁸⁵⁹ STAES, *DJP* cit., nº 33.

⁸⁶⁰ Exemplos retirados de COUCHEZ *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 34 , de ESTOUP, *La pratique* cit, 22–23 e 76–77 e de LACABARATS, *ob. cit.*, nºs 124.142 e 124.143.

opostos à demanda não são manifestamente vãos ⁸⁶¹ e há uma incerteza sobre o sentido em que iria o juiz do fundo se se viesse a ser interpelado ⁸⁶².

Porque é que a seriedade da contestação impede um *référé* antecipatório? Porque a divisão de poderes processuais entre juiz de *référé* e juiz do fundo leva a que o fundamento da contestação apenas possa ser objecto de apreciação por este último ⁸⁶³ — cf. o art. 808º NCPC/Fr e o citado art. 484º NCPC/Fr que impedem precisamente o juiz do *référé* de conhecer dessa contestação séria ou do *diferendo* em si mesmo por ela já relevar do fundo ou mérito da causa ⁸⁶⁴. O juiz do *référé* conhece do que é evidente e incontestável; o juiz do fundo conhece do que não é evidente ou do que é contestável ⁸⁶⁵. Por isso, pode dizer-se, com HÉRON/LE BARS, que uma contestação séria é “aquela que apenas o juiz da acção principal pode decidir” ⁸⁶⁶, devendo, por isso, o juiz do *référé* declarar-se incompetente para a questão ⁸⁶⁷.

V. Ainda assim, a “presença de uma contestação séria não impede o juiz dos *référé* de intervir” ⁸⁶⁸: como em face do processo o direito é apenas aparente ⁸⁶⁹ o juiz pode, em alternativa, decretar as medidas que “a existência de um *diferendo* ⁸⁷⁰ justifica” (art. 808º, 2ª parte NCPC/Fr) ou ⁸⁷¹ as “medidas conservatórias (...) para prevenir um dano iminente” (art. 809º/I NCPC/Fr) ou seja, um “dano que ainda não se realizou, mas que se produzirá seguramente se a situação presente se perpetuar” ⁸⁷². Com uma

⁸⁶¹ São “meios sérios de facto ou de direito”, segundo FRICERO, *PCv* cit., 105.

⁸⁶² CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 34; LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.143 e JOMMI, *Il référé* cit., 23 ss, ambos citando NORMAND. No dizer de BENDJOUYA, *PCv* cit., 114: “o direito que serve de fundamento à medida solicitada não é evidente e incontestável”.

⁸⁶³ CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 631 *in fine*.

⁸⁶⁴ COUCHEZ, *PCv* cit., 54.

⁸⁶⁵ Estamos seguindo LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.141.

⁸⁶⁶ *Ob. cit.*, 291.

⁸⁶⁷ CAVALLINI, *Le juge* cit., 26.

⁸⁶⁸ COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 34 e , com afirmação semelhante, ESTOUP, *La pratique* cit, 24 o qual analisa em especial a questão a pp. 80 ss. No mesmo sentido, VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12; JOMMI, *Il référé* cit., 20, 22; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 630 *in fine*.

⁸⁶⁹ A urgência leva o juiz a poder apenas “julgar a evidência ou a aparência” (COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 33.

⁸⁷⁰ Sobre o que este possa ser, cf. LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.151.

⁸⁷¹ No sentido desta alternatividade, NORMAND, *Les fonctions* cit., 83.

⁸⁷² SOLUS/PERROT, *DJP* III cit., nº 1289. No mesmo sentido: LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.191; STAES, *DJP* cit., nº 33. Com uma noção de matiz temporal, ESTOUP, *ob. cit.*, 90: “dano que o requerente vai necessariamente sofrer a curto prazo”.

diferença porém: a primeira norma exige uma *demonstração de urgência*⁸⁷³ por força da letra do próprio art. 808º NCPC/Fr — “**caso (...) de urgência**” —, enquanto para a segunda a doutrina tende a excluir essa demonstração expressa, mas entende *que a urgência está implícita ou presumida* pela alegação do perigo de dano⁸⁷⁴.

Está-se aqui perante a **tutela de référé com função conservatória** pela qual segundo VAN COMPERNOLLE se *regulam as “situações de espera que salvaguardam os interesses em conflito”*⁸⁷⁵, *quando o direito do autor seja seriamente contestável e haja perigo de dano*.

Neste caso a medida de conservação concreta será **fixada dentro dos limites ditados pela ponderação ou balanço proporcional entre os interesses em litígio**⁸⁷⁶, de modo que “a medida conservatória” que o juiz escolher seja “adequada, ou seja, apropriada e razoável em relação à finalidade procurada pelo juiz”⁸⁷⁷.

VI. Finalmente, no Brasil encontramos, antes de mais, os requisitos que são próprios dos sistemas de matriz italiana. Esses requisitos formam um **tronco comum** às medidas cautelares e à tutela antecipatória: o *periculum in mora*⁸⁷⁸ e *fumus boni iuris*⁸⁷⁹. O primeiro é *um receio*⁸⁸⁰ — fundado no dizer do art. 273º I CPC/Br, i.e., assente

⁸⁷³ Assim, CAVALLINI, *Le juge* cit., 35–36.

⁸⁷⁴ CAVALLINI, *idem*, 33–34; ESTOUP, *ob. cit.*, 89; MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge* cit., 44; LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.211.

⁸⁷⁵ *Introduction* cit., 12. No mesmo sentido: CAVALLINI, *idem*, 35, quanto ao art. 808º, 2ª parte NCPC/Fr; HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 293.

⁸⁷⁶ Neste sentido, CASTILLON, *Variations autour du principe dispositif e du contradictoire dans l’instance en référé*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 102; CLOSSET-MARCHAL, *L’urgence* cit., 22; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

⁸⁷⁷ MELIN-SOUCRAMANIEN, *ob. cit.*, 56.

⁸⁷⁸ Neste sentido, DINAMARCO, *A reforma* cit., 147 e 336: “tanto as medidas cautelares quanto as antecipatórias são reacções ao *periculum in mora*”) e FADEL, *Antecipação* cit., 82. Também BERMUDEZ, *A reforma* cit., 30, conclui que para a verificação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aplicam-se “os mesmos princípios, abundantemente versados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência, relativos ao *periculum in mora*”. Por seu turno, CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 169 = *CPCref* cit., 109, fala em “situações análogas, carentes de uma tutela de urgência”, embora prefira fazer uso da expressão latina nas medidas cautelares (cf. *CPCref* cit., 416).

⁸⁷⁹ Isso sucede porque “ambos os requisitos não passam de um critério de julgamento, presentes em qualquer juízo (raciocínio) fundado na probabilidade (verosimilhança)” (CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 416).

⁸⁸⁰ E por isso tem de ser um dano iminente ou um dano actual, mas não consumado — cf. MIRANDA GUIMARÃES, *Ação* cit., 28 e 29.

em circunstâncias objectivas ⁸⁸¹ — *de dano/lesão* — e ainda grave para o art. 798º CPC/Br — *de difícil reparação* — ainda que já iniciado ⁸⁸² ou ainda irreparável para o art. 273º/I CPC/Br — porquanto dano não passível de reintegração *in natura* ⁸⁸³.

Mas a marca francesa reside em o juiz poder optar entre decretar medidas antecipatórias e decretar medidas cautelares em função da *evidência ou não evidência da existência do direito alegado pelo requerente* ⁸⁸⁴.

Assim, enquanto a tutela antecipatória exige que o juiz forme um **juízo de verosimilhança quanto aos factos**, de modo que, por isso, a “alegação ou alegações (...) pareçam verdadeiras” ⁸⁸⁵, a tutela cautelar basta-se com a formação apenas de uma **mera possibilidade ou aparência do direito** ⁸⁸⁶ ou *fumus boni iuris*. Por isso, escreve CARREIRA ALVIM ⁸⁸⁷ a que o “processo cautelar funcionará (...) quando não for possível obter” qualquer outra medida de tutela, *maxime* a tutela antecipada do art. 273º CPC/Br ou a tutela inibitória do art. 461º CPC/Br. É a dita relevância da *evidência ou não evidência da existência do direito alegado pelo requerente*.

Talvez por isso, se compreenda a *fungibilidade* ⁸⁸⁸ ou *sincretismo processual* ⁸⁸⁹ entre as duas soluções de tutela, pedra de toque da matriz francesa do *référé* e que está precisamente presente no art. 273º § 7º: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em carácter incidental do processo ajuizado”.

Deste modo, o juiz na falta de prova inequívoca ou de pedido de antecipação pode decretar providência cautelar mas também o inverso é possível: pedida uma medida cautelar pode a antecipação da tutela de mérito, pois se o “ordenamento jurídico permite a antecipação da pretensão de mérito (prestação material) não tem sentido exigir-se que uma pretensão processual (prestação de mera cautela) venha a demandar

⁸⁸¹ CARREIRA ALVIM, *Ação monitoria* cit., 169 e 170 = *Processo* cit., 109 e 110.

⁸⁸² *CPCref* cit., 110.

⁸⁸³ FADEL, *Antecipação* cit., 31; o dano irreparável: “nada tem a ver com a possibilidade de reparação monetária” (OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 85).

⁸⁸⁴ Há, é certo, uma diferença significativa em face da lei francesa: a bipolaridade entre função de conservação e função repressiva não se descobre no seio de um instituto nominalmente unitário — no caso o *référé* — mas em dois institutos diferentes entre si.

⁸⁸⁵ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 29. No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 154 ss. = *CPCref* cit., 93 ss.

⁸⁸⁶ CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 171 = *CPCref* cit., 111: a “*probabilidade* da existência do direito” é “mais do que a simples *aparência* do bom direito”.

⁸⁸⁷ *CPCref* cit., 418.

⁸⁸⁸ MARINONI, *A antecipação* cit., 70 e 71; MELO DE MESQUITA, *As tutelas* cit., 28.

⁸⁸⁹ CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 130 = *Ação monitoria* cit., 162–164, pois sincretismo e fungibilidade seriam coisas diferentes.

um novo processo”, pois “quem pode o mais, pode o menos” ⁸⁹⁰. Coerentemente, defende DINAMARCO que se o requerente viu indiferido um pedido de um tipo — v.g., antecipatório — não o pode repetir sob o escudo de um novo *nomen* jurídico — v.g., cautelar ⁸⁹¹.

E. (Continuação): matriz anglo-saxónica

I. Em Inglaterra para os *interim remedies* do *Civil Procedure Rules 1998* anteriores à acção de mérito (“before a claim has been made”) o requerente deve justificar a necessidade dessa anterioridade, pelos requisitos pedidos pela r. 25.2. (2) CPR 1998, a saber: a *questão ser urgente* (“the matter is urgent”) ou “por alguma outra razão tal seja desejável no interesse da justiça” (“is otherwise desirable to do so in the interests of justice”) e “o demandado não possa requerer alguma das providências listadas na regra 25.1 (1) antes de ter recebido a citação ou ter contestado” salvo se o tribunal considerar diferentemente ⁸⁹².

Nisto há uma vaga parecença com as já referidas *interlocutory injunctions* diferenciadas como as *freezing/Mareva Injunctions*, *search/Anton Piller Orders* e outras *ancillary orders* relativas à prova e a bens: estas pedem duplamente que o *requerente demonstre* que se refere a um direito a valer ou já feito valer deduzido em acção de mérito (*substantive right* ou *substantive cause of action*) ⁸⁹³, sendo a sua pretensão fundada (*good arguable case*) ⁸⁹⁴ e de que há fundado *risco de desaparecimento dos bens* ⁸⁹⁵.

⁸⁹⁰ CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 131 e ainda 131, 132.

⁸⁹¹ *A reforma* cit., 344.

⁸⁹² O requerente deverá juntar prova que suporte o seu pedido, salvo se o tribunal decidir diversamente, segundo a r. 25.3. (2) CPR 1998.

⁸⁹³ Cf., apoiado na jurisprudência irlandesa, COURTNEY, *Mareva* cit., 121 ss, para a *Mareva Injunction*, e *idem*, 409–410, para a *Anton Piller Order*.

⁸⁹⁴ COURTNEY, *Mareva* cit., 173 ss. e ANDREWS, *ECP* cit., nº 17.22 para a *Mareva Injunction*. No caso de uma *Anton Piller Order* há uma muito maior exigência de viabilidade da futura acção: terá de se fazer prova de uma “*extremely strong prima facie case*” — COURTNEY, *Mareva* cit., 410 e 411

⁸⁹⁵ Cf., COURTNEY, *Mareva* cit., 201 ss, para a *Mareva Injunction* em que se exige risco de desaparecimento ou remoção dos bens (*risk of removal or disposal of Assets*). Identicamente em Inglaterra a *freezing injunction* exige um *real danger of dissipation* (ANDREWS, *ECP* cit., nºs. 17.26 ss). No caso de uma *Anton Piller Order*, segundo COURTNEY, *Mareva* cit., 411–412, deve-se demonstrar dano actual ou potencial sério para o requerente, casos a prova venha a ser destruída (*very serious damage if evidence were destroyed*).

II. Por seu turno, nos Estados Unidos para obter uma qualquer *preliminary injunction* a parte requerente tem de demonstrar a *ameaça de dano irreparável* na ausência da *injunction* ⁸⁹⁶ — quando “a indemnização pecuniária a obter pelo uso de remedies é difícil de computar ou é inadequada” (*inadequacy of the remedy at law*) ⁸⁹⁷ — e a *verosimilhança* (*likelihood*) ou probabilidade (*probability*) de o autor vir a obter vencimento na causa ⁸⁹⁸.

F. Conteúdo: matriz italiana

I. Numa dicotomia muito esquemática mas que é usual de ser utilizada, pode dizer-se que as medidas indiferenciadas contra perigo de dano concreto apresentam um conteúdo ou *conservatório* ou *antecipatório*.

Entre nós, no quadro da matriz italiana, é o próprio art. 381º, nº1 que autoriza a que o pedido retirado daquela causa de pedir seja a providência “concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”, e tanto pode ser uma “providência *conservatória* ou *antecipatória*”. Por isso a nossa doutrina admite ⁸⁹⁹ que haja procedimentos que “**visam assegurar os resultados da acção**, mantendo “a situação de facto ou de direito” ⁹⁰⁰ ou que “**antecipa[m] a decisão ou uma providência executiva**” ⁹⁰¹ e, desse modo, antecipam a “realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido” ⁹⁰². Enfim, “toda a providência que se mostre adequada à situação” no dizer de ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA ⁹⁰³.

Diversamente, em face da omissão literal do art. 700º CPC/It, a questão não era tradicionalmente pacífica em Itália. O legislador de 1942 pretendia que a função prosseguida pelos *provvedimenti di urgência* se realizasse através de pedidos de medidas de *conservação da situação de facto* “durante toda a duração do processo ordinário” ⁹⁰⁴, afastando o perigo de *infrutuosidade* ou *pericolo di infruttuosità* da acção

⁸⁹⁶ O’ CONNELL, *Remedies* cit., 33; HAY, *Law* cit., 77; BROOKS/SCHWARTZ, *Legal uncertainty* cit., 389 e 390.

⁸⁹⁷ O’ CONNELL, *Remedies* cit., 33; HAY, *Law* cit., 77.

⁸⁹⁸ BROOKS/SCHWARTZ, *Legal uncertainty* cit., 389.

⁸⁹⁹ Detendo-se com algum cuidado sobre a distinção e suas concretizações, cf. REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 125 ss. Declarando a distinção: RC 28/9/1993.

⁹⁰⁰ LEBRE DE FREITAS, *CPCanot 2* cit., 8.

⁹⁰¹ LEBRE DE FREITAS, *ob. loc. cit.*

⁹⁰² ANSELMO DE CASTRO, *DPCD I* cit., 131.

⁹⁰³ *MPC* cit., 27.

⁹⁰⁴ Motivo relembado por TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 856.

principal, na conceptualização de CALAMANDREI⁹⁰⁵, mas posteriormente formaram-se duas grandes correntes doutrinárias sobre a funcionalidade do art. 700º CPC/It.

Por um lado, uma importante corrente minoritária⁹⁰⁶ que, na esteira do legislador de 1942, continuou a colocar o acento tónico na *conservação do situação de facto em que assenta o direito*, aceitando que possa também haver uma *regulação provisória da relação material*, mas que *não tem de ser uma satisfação antecipada do direito do autor*⁹⁰⁷. Esta poderá ter lugar apenas *se for verdadeiramente indispensável para salvaguardar os efeitos da acção de mérito*, como, v.g., o direito à imagem⁹⁰⁸.

Por outro lado, a corrente maioritária que põe o acento tónico na *antecipação dos efeitos da acção principal*: além das medidas de conservação, o preceito permitiria, *sobretudo*, a concessão de medidas de antecipação do conteúdo e efeitos da acção principal — se necessário completa⁹⁰⁹ — que afastariam o perigo de atraso ou *pericolo di ritardo* da construção de CALAMANDREI⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ P. PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, 1991, 307: o “perigo que durante o tempo necessário para o desenrolar do processo de cognição plena sobrevenham factos que tornem impossível ou muito difícil a possibilidade de aplicação concreta da sentença”. No mesmo sentido, FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, RDP 41/2-3 (1986), 377-378, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti cit.*, 25 e, entre nós, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *MPC cit.*, 26 nota (2) (“garantir a manutenção ou restauração da situação de facto necessária à realização do direito invocado pelo requerente”).

⁹⁰⁶ ARIETA, *I provvedimenti cit.*, 65 ss.; ATTARDI, *DPC I cit.*, 153-155; CASELLA, *Il nuovo processo cit.*, 1014; MONTESANO/ARIETA, *DPC III cit.*, 331 e 332; MONTELEONE, *DPC cit.*, 1207, 1211, até à reforma de 2005/2006.

⁹⁰⁷ MONTESANO/ARIETA, *DPC III cit.*, 331 e 332.

⁹⁰⁸ MONTELEONE, *DPC cit.*, 1211. Tudo o que assim não seja é um desvirtuamento do instituto do art. 700º CPC/It no sentido de processo sumário, entende esta linha de pensamento.

⁹⁰⁹ CARPI, *Provvedimenti cit.*, 617, 637; TOMMASEO, *Provvedimenti cit.*, 858 e 859; P. PISANI, *La nuova disciplina del processo cit.*, 307; FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (diritto processuale civile)*, EnD XXXVII (1988), 842; SALETTI, *Le système cit.*, 60 ss., esp. 62; M. DINI, *La denuncia cit.*, 28-29 e 39 ss.; E. DINI/MAMONNE, *I provvedimenti cit.*, 13,14 e 26 ss.; CONTE, *La nozione cit.*, 22; G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili del processo civile* 3 reimp. 2006, 1998, 326; TARZIA, *Providências cit.*, 246-248; CONSOLO, *SpDPC I cit.*, 302 ss.; LUISO, *IDPC cit.*, 292-293.

⁹¹⁰ P. PISANI, *La nuova disciplina del processo cit.*, 307: o “perigo que seja a simples duração do processo, ao prolongar no tempo a insatisfação do direito, a causa do prejuízo”. No mesmo sentido, com matizes, FRISINA, *La tutela anticipatoria cit.*, 377 e 378 e E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti cit.*, 25.

Após a reforma do CPC/It de 2006 que suprimiu a instrumentalidade necessária para as cautelas antecipatórias ⁹¹¹, pretendeu-se tornar-se patente a existência deste tipo de providências, mas alguma doutrina nota que a distinção é “menos óbvia e intuitiva do que poderia parecer” ⁹¹² e outra prefira ver nestas uma “forma autónoma de tutela jurisdicional de direitos” ⁹¹³: as medidas antecipatórias ⁹¹⁴.

Finalmente em Espanha a funcionalidade das medidas indiferenciadas que é prevista na al. 11ª do art. 727º — *assegurar a efectividade da tutela judicial que se poderá obter na sentença de mérito que recaia sobre a causa* — pode-se traduzir tanto num **pedido de “manutenção do status quo”** ⁹¹⁵, quanto num **pedido de regulação provisória da relação jurídica controvertida, incluindo por via antecipatória** como defende alguma doutrina ⁹¹⁶, mas para alguns AUTORES a antecipação tal deve ter lugar apenas quando seja a “única forma de assegurar a efectividade da sentença” ⁹¹⁷, porque os critérios da necessidade e da ingerência mínima imporiam, em alternativa, medidas de conservação da situação ⁹¹⁸.

II. Mesmo com eventuais restrições doutrinárias quanto a antecipações, a jurisprudência tem aceite **providências conservatórias** do *status quo* de facto ou de direito, consubstanciadas em:

— **inibição de certa conduta;**

Exemplos de *actos jurídicos* proibidos: exercício do direito de voto em assembleia geral de modo a não alterar a situação de bens de herança, pelo cabeça-de-casal ⁹¹⁹, venda de imóveis

⁹¹¹ Cf. o ponto M.

⁹¹² BALENA, *[La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”]*, Le riforme più recenti del processo civile (BALENA/BOVE), 2006, 326, reparo que é desenvolvido nas pp. seguintes e nas 333 ss.

⁹¹³ MONTELEONE, *MDPC* II cit., 379.

⁹¹⁴ Terminologia presente em MONTELEONE, *MDPC* II cit., 378.

⁹¹⁵ CUADRADO, *Las medidas* cit., 32, 37 e 38.

⁹¹⁶ “A expressão legal “assegurar a efectividade” permite conceber de forma ampla não apenas o âmbito objectivo das medidas cautelares como, também, nos casos em que a indeterminação o permita, os efeitos que dela derivam” escreve CUADRADO, *idem*, 73, a propósito do art. 1428º LEC/81; vide, ainda, *idem*, 32, 37–38, 127 ss. Aliás, as demais medidas arroladas nas outras alíneas art. 727º podem, entre outras, ser “*ordens e proibições de conteúdo similar* ao que se pretenda no processo”, segundo o art. 726º, nº 2 LEC.

⁹¹⁷ JOVÉ, *Medidas* cit., 132.

⁹¹⁸ JOVÉ, *ob. loc. cit.*

⁹¹⁹ STJ 3/11/1944, BO 4 (1944), 577.

construídos pelo requerente ⁹²⁰, venda de bens comuns de cônjuge falecido ⁹²¹, venda de bem prometido vender ⁹²², realização de assembleia geral como salvaguarda do direito do liquidatário de uma sociedade ⁹²³, actividade comercial violadora de cláusula contratual de não concorrência ⁹²⁴, realização de escritura pública de aquisição de acções sociais ⁹²⁵, celebração de contrato-promessa com terceiros ⁹²⁶, movimentação de contas bancárias ⁹²⁷, endosso de letra de câmbio ⁹²⁸.

Exemplos de *actos processuais* proibidos: um outro tribunal autorizar o levantamento do produto da arrematação de um crédito fiscal ao requerido, em ordem a evitar o seu ulterior desaparecimento o que seria um prejuízo para uma acção futura de declaração ou de execução de um crédito ⁹²⁹.

Exemplos de *actos materiais* proibidos: suspensão de depósito de entulho mineiro em prédio particular ⁹³⁰, corte de árvores em prédio arrestado ⁹³¹ ou em prédio que seja bem próprio do cônjuge do requerido ⁹³², exploração de pedreira ⁹³³, arranque de cortiça ⁹³⁴, danificação de bem de particular não considerado em anterior cômputo de indemnização para expropriação ⁹³⁵,

⁹²⁰ STJ 26/10/1989, embora recusada por falta de *fumus*; RP 13/2/1997.

⁹²¹ STJ 25/5/1951, BMJ 25 (1951), 309, de modo a que o cabeça de casal não altere a situação jurídica dos bens.

⁹²² RL 19/5/1994.

⁹²³ STJ 21/1/1955, RLJ 88 (1955), 150.

⁹²⁴ Exemplos de actividades inibidas: importação, venda e colocação em circulação de um produto comercial (STJ 25/2/1975, STJ 14/11/1975, BMJ 251 (1975), 102); abertura e exploração de um estabelecimento comercial abertura e exploração de estabelecimento comercial (STJ 14/7/1944, RT 62 (1944), 326); proibição do trabalhador efectuar certos serviços durante um período de tempo posterior à cessação do contrato (STJ 14/12/1973, BMJ 233 (1974), 85); abstenção de exercício de actividade concorrente enquanto sócio da sociedade requerente (STJ 5/6/2003).

⁹²⁵ RP 4/2/1999.

⁹²⁶ STJ 19/1/1993.

⁹²⁷ STJ 9/1/1997.

⁹²⁸ STJ 4/2/1997, BMJ 464 (1997), 437.

⁹²⁹ STJ 2/7/1946, BO 6 (1946), 311.

⁹³⁰ STJ 8/10/1946, BO 7 (1946), 38.

⁹³¹ STJ 18/5/1951, BMJ 25 (1951), 301.

⁹³² STJ 23/7/1958, RT 76 (1958), 350.

⁹³³ STJ 3/6/1992.

⁹³⁴ STJ 18/2/1988.

⁹³⁵ RL 5/3/1947, BMJ 1 (1947), 203.

obras em via pública durante um período de tempo nocturno ⁹³⁶, obras de infraestruturas para loteamento ⁹³⁷, passagem em terreno cuja propriedade se demonstrará na acção principal ⁹³⁸.

— **condenação em conduta positiva;**

Exemplos: prestação de informações sobre o sucedido em assembleia geral de uma sociedade, com o fito de se evitar a alteração da situação de bens de herança ⁹³⁹, o respeito de certo estatuto ou norma interna de uma entidade ⁹⁴⁰, fornecimento de electricidade pelo sublocador ao sublocatário ⁹⁴¹, reparação de um elevador ⁹⁴²

— **apreensão de bens;**

Exemplos quando seja seguida de *depósito*: de coisas corpóreas para sua conservação até se resolver o litigo real que sobre os mesmos exista ⁹⁴³ ou por serem o eventual objecto de entrega em cumprimento de crédito ⁹⁴⁴, de títulos de crédito de modo a obstar à sua alienação ⁹⁴⁵, de quantias até se apurar o seu destino ⁹⁴⁶.

Exemplos quando seja seguida de *entrega*: de estabelecimento comercial a sociedade que alega ser sua proprietária, havendo risco de lesão grave ⁹⁴⁷, de automóvel à vendedora cessionária, com reserva de propriedade ⁹⁴⁸.

⁹³⁶ RL 1/2/1957, JR 3 (1957), 8.

⁹³⁷ STJ 26/9/1991. Ou de trabalhos no terreno por parte da entidade expropriante (RL 7/7/1994).

⁹³⁸ STJ 23/6/1992.

⁹³⁹ STJ 3/11/1944, BO 4 (1944), 577.

⁹⁴⁰ STJ 14/1/1972, BMJ 213 (1972), 179.

⁹⁴¹ RL 26/4/1994.

⁹⁴² RL 19/5/1994.

⁹⁴³ MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 30; RC 16/12/2003. Cabem aqui as conservações de bens a que se terá direito por efeito da acção de simples apreciação, o que nós está também implícito em certos arestos como o ac. RP 13/4/1956, RT 74 (1956), 349 que negar que a providência cautelar comum fosse a adequada para “acautelar a expectativa de direito do autor de investigação de paternidade ilegítima”, mas sim o arrolamento, mostrando, assim, que a tutela cautelar pode ser conservatória de acções de simples apreciação.

⁹⁴⁴ STJ 17/6/1952, RT 70 (1952), 330.

⁹⁴⁵ STJ 4/2/1997, BMJ 464 (1997), 437.

⁹⁴⁶ RG 6/1/1948 *apud* MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 36.

⁹⁴⁷ STJ 22/3/1960, BMJ 95 (1960), 187.

⁹⁴⁸ RL 22/2/1996.

— **nomeação de representantes;**

Exemplos: para administrar uma sociedade ⁹⁴⁹ ou apenas para fiscalizar e acompanhar os actos de gestão de uma sociedade ⁹⁵⁰.

— **suspensão de direitos** de participação numa sociedade ⁹⁵¹ e de gerência ⁹⁵².

III. À luz do art. 381º, nº 1 e da referida corrente italiana que aceita a existência de providências antecipatórias, **a antecipação da condenação** não oferece especiais dificuldades ⁹⁵³, salvo quanto a efeitos registais ⁹⁵⁴.

Tem-se admitido providências de **condenação na prestação de facto positivo**, em antecipação do efeito executivo da futura sentença condenatória — v.g., pagamento de salários ou a entrega de coisa certa para alguma doutrina italiana ⁹⁵⁵, ainda que sejam prestações de facto infungível ⁹⁵⁶, mas negada por alguns arestos entre nós ⁹⁵⁷ — e **providências inibitórias** como, por exemplo, a suspensão de depósito de entulho em prédio do requerente ⁹⁵⁸, a proibição de condutas violadoras de contrato anteriormente firmado, como de venda ou de celebração de contrato de transmissão de exploração de jornal já prometida a outrem ⁹⁵⁹, de abertura de estabelecimento comercial contrariando

⁹⁴⁹ RL 14/12/1966, JR (1966), 857 e STJ 5/6/2003.

⁹⁵⁰ STJ 30/4/1957, BMJ 66 (1957), 357.

⁹⁵¹ STJ 5/6/2003.

⁹⁵² RP 11/6/1992.

⁹⁵³ Neste sentido, TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 180–181 e *Provvedimenti* cit., 870–872, além de justificações indirectas *apud* 866–867; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 232 ss; ATTARDI, *DPC I* cit., 156; VULLO, *L'attuazione* cit., 24; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 105.

⁹⁵⁴ DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 233, em particular o registo de hipoteca judicial e o cancelamento do registo de acção judicial.

⁹⁵⁵ SALETTI, *Le système* cit., 63; VULLO, *L'attuazione* cit., 63

⁹⁵⁶ Neste sentido, MONTESANO/ARIETA, *DPC III* cit., 355; contra, a jurisprudência citada por GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 259.

⁹⁵⁷ STJ 14/6/1957, BMJ 68 (1957), 542: “Não pode constituir providência cautelar a restituição de uma coisa que fora objecto de um contrato-promessa (...). De contrário, a providência substituir-se-ia à acção adequada para obter aquela entrega”.

⁹⁵⁸ RC 8/10/1946, RLJ 80 (1947), 172.

⁹⁵⁹ STJ 24/4/1946, RLJ 79 (1947), 283, recusada apenas por falta de demonstração de fundado receio.

uma cláusula de não concorrência na mesma área geográfica⁹⁶⁰ e proibições de concorrência desleal⁹⁶¹.

Também em Espanha “assegurar a efectividade não é apenas assegurar a execução”⁹⁶², mas abrange **toda e qualquer pretensão de tutela colocada em perigo**, ainda que seja condenatória⁹⁶³.

IV. Mas já o mesmo não pode dizer-se quanto à antecipação da certeza jurídica, própria da **acção de simples apreciação** ou à antecipação da constituição, modificação ou extinção de direitos, próprias da **acção constitutiva**. De um modo geral, concordam AUTORES e jurisprudência⁹⁶⁴ que, em bom rigor, não é possível conferir por via cautelar o bem jurídico que é a certeza jurídica associada ao caso julgado, dado assentar numa valoração de probabilidade⁹⁶⁵ ou que é conceptualmente incoerente antecipar e conceder provisoriamente um valor do caso julgado⁹⁶⁶.

Ainda assim, pode associar-se alguma forma de medida cautelar às **acções de simples apreciação**, sempre que se verifiquem os requisitos legais da cautela, *maxime*, o perigo de dano⁹⁶⁷, como:

- a **concessão de uma certeza provisória**, pois à parte pode ser suficiente essa pouca certeza resultante de um juízo de probabilidade, pois passa a poder fazer coisas que antes não faria com medo de comportamento ilegítimo⁹⁶⁸;

⁹⁶⁰ STJ 14/7/1944, RT 62 (1962), 326.

⁹⁶¹ Por exemplo: os referidos arts. 33º, al. 2ª *legge* n. 287, de 10 de Outubro de 1990, n. 287 (*legge antitrust*) e 156º *legge* n. 633, de 22 de Abril de 1941.

⁹⁶² CUADRADO, *Las medidas* cit., 39 e 40 e, novamente, 123.

⁹⁶³ CUADRADO, *Las medidas* cit., 123 e 124.

⁹⁶⁴ STJ 21/4/1953, BMJ 36 (1953), 238: as providências cautelares não são o meio adequado para “criar e definir direitos”.

⁹⁶⁵ TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 872.

⁹⁶⁶ CONSOLO, *L'art. 4 l.a.c. e l'esercizio del potere cautelare da parte del giudice ordinario*, Il nuovo processo cit., 420, *Tutela d'urgenza e sospensione della riscossione tributaria davanti all'A.G.O.*, Il nuovo processo cit., 414 e 415 e *SpDPC I* cit., 322; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 408; ATTARDI, *DPC I* cit., 156.

⁹⁶⁷ FRISINA, *Tutela* cit., 900; CUADRADO, *Las medidas* cit., 124; CONTE, *La nozione* cit., 219 e 220. Contra a jurisprudência que entende que a mera titularidade de um direito não é passível de dano irreparável: cf. GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 256 e 257.

⁹⁶⁸ ANDRIOLI, *CommCPC IV* cit., 260 ss; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980, 113 ss; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 105, desde que haja interesse processual, como é sempre exigido pelo art. 100º CPC/It; FRISINA, *Tutela* cit., 905; TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 872; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 230–231, apoiado na CCost 300/1996 (23/7/1996) que julgou constitucional a antecipação do caso julgado

Exemplo: nulidade antecipada de cláusula contratual; condutas diversas que dêem lugar a la confusões sobre a legitimidade ou ilegitimidade do direito pretendido ⁹⁶⁹.

- a **antecipação dos efeitos práticos** da futura certeza sobre o direito;
 - **obrigações do réu cuja condenação haja sido pedida cumulativamente** ⁹⁷⁰;

Exemplos: reintegração no posto de trabalho que será pedida futuramente na acção de declaração de nulidade do despedimento; assunção de gerência por incumprimento de contrato-promessa.

- **inibições de actos que serão ilegítimos se o pedido de simples apreciação for procedente** ⁹⁷¹;

Exemplos: proibição de alienação de acções sociais, bem como do seu uso para o exercício dos respectivos direitos sociais, quando a esteja a ser objecto de acção pendente ⁹⁷², proibição de uma assembleia geral nulamente convocada ⁹⁷³.

- **efeitos jurídicos: mediante autorizações judiciais.**

material (sobre esta, ainda, CONSOLO, *Art. 700 C.p.c., art. 4 l.ac. e Corte Costituzionale (sent. 300/1996)*, Il nuovo processo cit., 426–427; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 108–110; R. CAPONI/P. PISANI, *Lineamenti* cit., 326; P. PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, FI 125/V (2002), 166 e *LDPC* cit., 641. Contra, SAMORI, *La tutela cautelare dichiarativa*, RTDPC 48/4 (1995), 971, por, não sendo possível usar da decisão como forma de legitimação de um comportamento, esta não apresentar utilidade prática.

⁹⁶⁹ CUADRADO, *Las medidas* cit., 125, seguindo TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 256; JOVÉ, *Medidas* cit., 27.

⁹⁷⁰ TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 254; FRISINA, *Tutela* cit., 903; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 229; VULLO, *L'attuazione* cit., 20 ss; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 354.

⁹⁷¹ MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 68 ss. e com ARIETA, *DPC* III cit., 332 e 333; RAPISARDA, *Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale*, RDP 41/1 (1986), 145 ss.; FRISINA, *Tutela* cit., 903–904.

⁹⁷² STJ 16/11/1956, BMJ 61 (1956), 448.

⁹⁷³ RP 5/2/1949, RT 67 (1949), 220.

Exemplo: para promitentes-cedentes de quota reassumirem a gerência de um hotel por incumprimento do contrato pelos promitentes-cessionários, em apoio a futura acção de reconhecimentos dos seus direitos ⁹⁷⁴.

V. Dúvidas semelhantes surgem quanto à antecipação dos efeitos de *acções constitutivas*.

Na matriz italiana durante as primeiras décadas de uso do art. 700º CPC/It tendia-se a negar aquela antecipação fosse porque a tutela urgente não poderia ser preordenada a uma situação subjectiva ainda não existente na esfera jurídica do autor ⁹⁷⁵, fosse por se defender que as obrigações e direitos potestativos não eram susceptíveis de sofrerem prejuízo irreparável, salvo a um mero nível de facto ⁹⁷⁶. Identicamente também entre nós o ac. STJ 21/4/1953 declarava que “as providências cautelares não constituem meio adequado para se criarem e definirem direitos” e, por isso, não se pode, por via delas, requerer a constituição de servidão de passagem ⁹⁷⁷.

Actualmente entre nós o art. 381º, nº 2 admite, sem dificuldade, que o direito tutelando tanto pode ser “já existente”, como ser ainda e só “emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor”, enquanto em Itália parte da doutrina passou a defender a possibilidade de tutela cautelar de uma acção constitutiva, sob pena de excessivo formalismo, contrário à efectividade da acção constitutiva ⁹⁷⁸. Pois, se é verdade que o tempo até à decisão final não ameaça o direito postestativo em si mesmo, contudo é a utilidade da própria sentença constitutiva que está em *periculum* ⁹⁷⁹, podendo o autor sofrer danos na sua pendência ⁹⁸⁰.

⁹⁷⁴ STJ 15/10/1981, BMJ 310 (1981), 242.

⁹⁷⁵ Assim, CALVOSA, *Provvedimenti* cit., 449 (“não se pode conceder a providência ex art. 700º para garantir uma spes”, mas apenas “para um direito já adquirido”) e a jurisprudência citada por GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 258.

⁹⁷⁶ Assim, CHIOVENDA, *IDPC* I cit., 17; SATTA, *Limiti* cit., 132 ss. e *CommCPC* IV/1, 1968, 271.

⁹⁷⁷ RLJ 86 (1953), 111.

⁹⁷⁸ CUADRADO, *Las medidas* cit., 125–126; JOVÉ, *Medidas* cit., 27. Neste sentido, RP 7/1/1991.

⁹⁷⁹ TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 872, com jurisprudência; ANDRIOLI, *CommCPC* IV cit., 260; MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 59 ss; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 151 ss; PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.p.c.* cit., 393; ATTARDI, *DPC* I cit., 156. GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 257–258, cita várias sentenças favoráveis à tutela cautelar de direitos que irão ser exercidos em acção constitutiva.

⁹⁸⁰ CONTE, *La nozione* cit., 219.

E, nesse sentido, tem-se defendido que se o efeito constitutivo, modificativo ou extintivo não pode ser antecipado, podem sê-lo os “efeitos práticos”⁹⁸¹ da futura sentença constitutiva, salvo os efeitos registais⁹⁸², mediante:

- **antecipação de efeitos** em áreas como direitos de imprensa, direitos difusos, privacidade, associação, concorrência desleal;

Exemplo: anulação de despedimento⁹⁸³, entrega do locado “se ele necessitar de obras muito urgentes, necessárias à sua segurança e salubridade” (RP 29/1/1998), passagem sobre prédio alheio para acesso a prédio encravado⁹⁸⁴.

- **condenações acessórias em obrigações ou efeitos da futura constituição de direitos** e que cuja violação seria, então ilegal⁹⁸⁵;

Exemplos: proibição de violação de uma servidão que vai constituir-se na acção final⁹⁸⁶.

- **inibições de certa conduta**, consubstanciada em *actos jurídicos*:

Exemplos: proibição de promitente-comprador vender a terceiro imóvel objecto de contrato-promessa com efeito meramente obrigacional, para salvaguarda do sucessivo exercício do direito à execução específica⁹⁸⁷, proibição de actos consequentes de actos que se pretendem anular — v.g., da venda de imóvel de uma sociedade enquanto não se anula a respectiva deliberação social⁹⁸⁸ ou da realização de uma assembleia geral enquanto não se anula a

⁹⁸¹ DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 232.

⁹⁸² DITTRICH, *ob. loc. cit.*

⁹⁸³ Contra, negando autorização para o uso do direito a patente, que ainda não foi constituído na acção principal: STJ 2/3/1973, BMJ 224 (1973), 124. Tal justifica-se pela letra do então art. 399º não admitir tutela cautelar de direitos não constituídos como agora sucede com o art. 381º, nº 1.

⁹⁸⁴ MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, RDP 40/2 (1985), 226; ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 77; CONSOLO, *SpDPC* I cit., 323.

⁹⁸⁵ ANDRIOLI, *CommCPC* IV cit., 260; P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.p.c.* cit., 386; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 260 ss. ARIETA, *I provvedimenti* cit., 151; VULLO, *L'attuazione* cit., 24 ss; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 357.

⁹⁸⁶ RP 27/4/1998; contra, CALVOSA, *Provvedimenti* cit., 449.

⁹⁸⁷ STJ 11/11/1997, BMJ 471 (1997), 304; RE 19/2/2004. Cf., ainda, CONSOLO, *SpDPC* I cit., 323.

⁹⁸⁸ RL 26/3/1947, BMJ 1 (1947), 207.

escritura que elevou o capital de uma sociedade anónima⁹⁸⁹; proibição de venda/arrendamento da casa de morada de família na pendência de divórcio⁹⁹⁰.

G. (Continuação): matriz alemã

I. Na Alemanha a *Sicherungsverfügung* e a *Regelungsverfügung* são tidas como cumprindo uma “*pura função de segurança*” (“bloße Sicherungszweck”) ou garantia da *futura realização* (“*Verwirklichung*”) do direito para o grosso dos AUTORES⁹⁹¹ pelo que se traduzem, em regra, na emissão de medidas que, na matriz italiana, se diriam ser **conservatórias** do *status quo* subjacente à acção principal⁹⁹². Uma antecipação da tutela final (*Vorwegnahme der Hauptsache*) estaria excluída⁹⁹³.

Contudo, e paradoxalmente, a teleologia dessa mesma função, lida numa perspectiva não estritamente formal, tem conduzido a doutrina e a jurisprudência a defenderem que, *excepcionalmente*⁹⁹⁴, pode o direito ser logo realizado **antecipadamente se a mera conservação ou segurança não puder evitar o seu esvaziamento ou inutilidade** (“*Rechtlosigkeit*”) ⁹⁹⁵. Em última análise, no plano processual, o que importa é garantir sempre, pela decretação de uma *einstweilige Vergütung*, a efectividade da tutela jurisdicional futura⁹⁹⁶, mesmo que isso implique a antecipação da sua eficácia concreta.

Daí a admissibilidade das já referidas *Leistungungsverfügungen*.

II. Concretizando o conteúdo respectivo, importa ter em conta a já referida diferenciação das *Anspruche* materiais acautelandas: a estas correspondem a meios processuais diferentes que se “excluem mutuamente”⁹⁹⁷. Assim, sendo uma *obrigação que tenha por objecto a entrega de quantia pecuniária* ou uma **prestação convertível em quantia pecuniária** o meio adequado a assegurar o direito do credor é por norma, a medida diferenciada do *Arrest* como já se viu atrás⁹⁹⁸; nos *demais casos de obrigações*,

⁹⁸⁹ STJ 29/7/1949, RT 67 (1949), 378.

⁹⁹⁰ STJ 9/7/1992.

⁹⁹¹ Cf. § 9º 2.1.

⁹⁹² ARENS/ W. LÜKE, *Arrest* cit., 5.

⁹⁹³ Cf. K., II.

⁹⁹⁴ LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 7.

⁹⁹⁵ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 1 e *Schuschke/Walker II* cit., § 938, Rdn. 12, 466.

⁹⁹⁶ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1616; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4. Ainda, como denegação de tutela, BRUNS/PETERS, *ZVR* cit., 341 e 342.

⁹⁹⁷ WALKER, *§ 916* cit., Rdn. 8.

⁹⁹⁸ *Supra* § 5º 2.3.1., I A).

sejam de entrega de coisa como de prestação de facto, entra-se no vasto campo das *einstweiligen Verfügungen*⁹⁹⁹.

Dentro destas, as *Sicherungsverfügungen* tutelam *Individualansprüche*, i.e., direitos a uma prestação que não caibam no *Arrest*¹⁰⁰⁰, e têm por conteúdo, segundo a enunciação do § 938 ZPO: uma **inibição de certa conduta (*Unterlassungsverfügung*)** quando seja um *mero dever acessório* à prestação principal¹⁰⁰¹, como a alienação, cessão, oneração ou hipoteca de um imóvel ou de um direito¹⁰⁰² ou a acessão / especificação de coisas¹⁰⁰³ ou, opostamente, a aquisição de um bem em nome de outrem¹⁰⁰⁴; uma **condenação em conduta positiva**: entrega de coisa¹⁰⁰⁵; uma **apreensão e administração de bens por depositário judicialmente nomeado (*Sequestration*)**¹⁰⁰⁶.

As *Regelungsverfügungen* têm por *Anspruch* uma situação jurídica respeitante a uma “concreta relação jurídica”¹⁰⁰⁷, *maxime* uma relação duradoura¹⁰⁰⁸, de que possam retirar-se pretensões (*Ansprüche*) passíveis de serem executadas¹⁰⁰⁹ e traduz-se em: **inibição de certa conduta**, v.g., alteração das extremas de prédios¹⁰¹⁰; **condenação**

⁹⁹⁹ Fazendo esta oposição, por exemplo: ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1103, SCHLOSSER, *ZPR* II cit., Rdn. 237; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 9; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1580; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 5 e 50–53 e *Vor § 935* cit., Rdn. 1; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 513; PAULUS, *ZPR* cit., 316; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4.

¹⁰⁰⁰ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1586; HEINTZMANN, *ZPR* II cit., 146; ENDERS, [*Grundlagen*] cit., Rdn. 13; GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 11; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP–ZP* cit., 328; SCHUSCHKE, *Schuschke/Walker* II cit., § 935, Rdn. 1.

¹⁰⁰¹ JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 328.

¹⁰⁰² BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1586; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 15, 274.

¹⁰⁰³ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1585.

¹⁰⁰⁴ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1587.

¹⁰⁰⁵ V.g., em cumprimento das obrigações previstas nos §§ 433/I 1ª parte e 985 BGB. Cf. BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1584; MICHALSKY, *ZPR* cit., 271.

¹⁰⁰⁶ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1583; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 15, 274.

¹⁰⁰⁷ SCHUSCHKE, *Schuschke/Walker* II cit., § 940, Rdn. 2.

¹⁰⁰⁸ V.g., relações familiares, laborais, locatícias, societárias e ainda em sede de direitos de personalidade, propriedade, usufruto, direito de autor e de patentes industriais — cf. PIEHLER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 27; LÜKE, *ZVR* cit., 371–372; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1591, 1598 ss; GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 13; MICHALSKY, *ZPR* cit., 271.

¹⁰⁰⁹ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 218; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 940, Rdn. 2; REICHOLD, *Thomas/Putzo* cit., § 940, Rdn. 2; SCHUSCHKE, § 940 cit., Rdn. 2. Contra, VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 940, Rdn. 2.

¹⁰¹⁰ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884.

em conduta passiva, v.g., suportar obras por parte do arrendatário ¹⁰¹¹, reintegração provisória no posto de trabalho ¹⁰¹²; **restrição às faculdades de disposição e de exercício dos direitos sobre o património ou aos poderes de administração**, *maxime* societários ¹⁰¹³; **suspensão de actos materiais e jurídicos; autorizações para certa conduta material ou acto jurídico; nomeação de administradores/curadores de bens ou situações**, v.g., para gestão de uma sociedade ¹⁰¹⁴.

III. Em qualquer caso havendo perigo de *Rechtlosigkeit* e inefectividade da tutela, traduzida em danos irreparáveis para o requerente ¹⁰¹⁵, podem ter lugar as já referidas *Leistungs-* e *Befriedigungsverfügungen* de antecipação da **condenação** na satisfação do direito ¹⁰¹⁶, *mesmo que sejam relativas a obrigações que tenha por objecto a entrega de quantia pecuniária ou uma prestação convertível em quantia pecuniária* que requeiram, desde logo, a obtenção de título executivo provisório ¹⁰¹⁷. Trata-se de situações de “especial urgência” ¹⁰¹⁸ ou “necessidade urgente” ¹⁰¹⁹ em que os tempos da acção ordinária são tardios e incompatíveis com:

— **o próprio objecto da prestação principal, pelo seu conteúdo ou pela temporalidade da sua utilidade específica** ¹⁰²⁰.

¹⁰¹¹ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884.

¹⁰¹² BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1583.

¹⁰¹³ ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 9; BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 32; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 16.

¹⁰¹⁴ JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 334; TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1589; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 16.

¹⁰¹⁵ SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 36, 39.

¹⁰¹⁶ Eventualmente uma satisfação por acto de terceiro, se for uma prestação fungível, e o requerido não realize a prestação como defende SAENGER, *Einstweiligen Verfügungen* cit., 304 (cf. ainda, 10 ss., 44 ss., 140 ss) e também é possível entre nós, ao abrigo do art. 933º, nº 1.

¹⁰¹⁷ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 8 e § 916 cit., Rd. 8; em termos próximos, ENDERS, [*Grundlagen*] cit., Rdn. 18. Essas *Befriedigungsverfügungen* deduzem-se, nessas eventualidades, não do § 916 ZPO, absolutamente restrito no seu âmbito e finalidade, mas dos preceitos das *einstweiligen Verfügungen* segundo WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 8.

¹⁰¹⁸ ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 10. Ainda: KLETTE, *Zur (regelmässig nicht zulässigen) einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung der Unterlassungs-Urteilsverfügungen*, GRUR 84/8 (1982), 471.

¹⁰¹⁹ HEINTZMANN, *ZPR II* cit., 146.

¹⁰²⁰ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1618; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4

- *pretensões de inibição de certa conduta (Unterlassungsansprüche)*¹⁰²¹, que são elas mesmas o próprio objecto do direito ¹⁰²², quando a sua não satisfação antecipada geraria uma situação de irreparabilidade ¹⁰²³;

Exemplos: em sede de tutela da concorrência ¹⁰²⁴, dos direitos de personalidade — honra ¹⁰²⁵, reserva da vida privada ¹⁰²⁶, protecção de dados ¹⁰²⁷ —, de direito sucessório ¹⁰²⁸, de direito do trabalho ¹⁰²⁹ incluindo proibição de não trabalhar em outro lado, e de direito de publicidade ¹⁰³⁰.

- *pretensões de prática de uma certa conduta com carácter final (Vornahme sonstiger Handlungen)* havendo receio dele não se realizar senão de imediato;

Exemplos: prestação de informações essenciais ¹⁰³¹, publicação de direito de resposta na imprensa (*Gegendarstellung*) ¹⁰³², direito a tempo para formação profissional ¹⁰³³, prestação de alimentos ex vi § 1615 o BGB, já atrás arrumadas em sede de tutela por perigo presumido em razão do objecto.

¹⁰²¹ JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 326 ss; TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884; LÜKE, *ZVR* cit., 375; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4 e 11; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18 e § 935 cit., Rdn. 5, 363. A mera segurança de uma inibição, sem a sua própria ocorrência, não pode ter lugar porque apenas pela própria ocorrência da omissão é que algum de utilidade poderá ter uma *einstweilige Verfügung*, segundo JAUERNIG, *Der zulässige* cit. 328 e 329.

¹⁰²² JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 328.

¹⁰²³ SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18, sendo, então, postergado o direito à tutela jurisdicional efectiva.

¹⁰²⁴ Já vimos no § 5º 2.2.1., VI as inibições sumárias presentes no *Wettbewerbsrecht*.

¹⁰²⁵ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18.

¹⁰²⁶ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1598.

¹⁰²⁷ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1598.

¹⁰²⁸ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884.

¹⁰²⁹ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18 e § 935 cit., Rdn. 5.

¹⁰²⁹ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1604.

¹⁰³⁰ SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18.

¹⁰³¹ SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 22.

¹⁰³² Cf. LÜKE, *ZVR* cit., 376; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 5.

¹⁰³³ HARTMUT, *Realisierung* cit., 33 e 34.

— uma **situação de necessidade extrema** (*akute Notlage, dringende Bedürfniss*¹⁰³⁴) que impõe o cumprimento imediato sob pena de grande dano¹⁰³⁵ em sede de:

- *quantias pecuniárias;*

Exemplos: reparação indemnizatória provisória¹⁰³⁶, prestação de salário¹⁰³⁷ ou de pagamento de serviço¹⁰³⁸, de alimentos¹⁰³⁹, de necessidades de sobrevivência¹⁰⁴⁰, cuidados de saúde¹⁰⁴¹, custas processuais em acções importantes para a vida do autor¹⁰⁴².

- *entrega de coisas;*

Exemplos: instrumentos de trabalho ou documentos laborais¹⁰⁴³ e, sobretudo, restituição provisória de posse nos termos do § 861 BGB¹⁰⁴⁴.

- *suprimento de uma declaração de vontade* de um contrato de fornecimento de bens essenciais como água e electricidade ou de entrega de mercadorias vitais¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁴ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884–885; LÜKE, *ZVR* cit., 374; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1616; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 543; MICHALSKI, *ZPR* cit., 272; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4; GRUNSKY, *ZPR* cit., Rdn. 290. Esta situação de necessidade tem de ser demonstrada — SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 15.

¹⁰³⁵ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 884–885; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4.

¹⁰³⁶ G. LÜKE, *ZVR* cit., 373; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 10.

¹⁰³⁷ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 885; G. LÜKE, *ZVR* cit., 374.

¹⁰³⁸ LÜKE, *ZVR* cit., 374.

¹⁰³⁹ Constituem, segundo COMPENSIS, *Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung*, 1991, 48, um “caso clássico de aplicação de uma *Leistungsverfügung*”. Além do suporte na doutrina e na jurisprudência, estes alimentos provisórios estão expressamente previstos no § 1615 o BGB — já atrás referidos por dispensarem a alegação de perigo — e ainda nos §§ 127 a, 620/4,6 e 9 e 641/d) BGB. Cf. TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; LÜKE, *ZVR* cit., 355; HEINTZMANN, *ZPR II* cit., 146; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 38; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 543.

¹⁰⁴⁰ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 885.

¹⁰⁴¹ TEPLIZKY, *Der Arrest* cit., 885; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 10; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., 263.

¹⁰⁴² TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884.

¹⁰⁴³ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 884; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 19.

¹⁰⁴⁴ Cf. SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 5. Tratamo-la no § 5º 2.2.1., III A).

¹⁰⁴⁵ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 886; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 11.

IV. É irrelevante se aquelas *Ansprüche* provêm de uma acção condenatória que as declarará ou de uma acção constitutiva: podem ser objecto de tutela tanto em *Arrest* como em *einstweiligen Verfügungen* direitos a prestações que ainda se venham a constituir ¹⁰⁴⁶. Mais: admite-se que efeitos constitutivos – v.g., exoneração de um sócio — possam ser antecipados ¹⁰⁴⁷. Contudo, apenas o caso julgado da acção principal produzirá o efeito constitutivo almejado ¹⁰⁴⁸.

Já uma medida provisória de simples apreciação não é admissível, pois uma tal simples apreciação por ser “desprovida de valor vinculativo nem salvaguarda a tutela na acção principal, nem a antecipa” ¹⁰⁴⁹.

H. (Continuação): matriz francesa

I. Já vimos que *référé* realiza duas distintas tutelas: antecipatória e conservatória. Importa, agora, concretizá-las.

Com **função antecipatória** há *référés* de condenação ou injunção:

- no *pagamento* da totalidade ¹⁰⁵⁰ ou de parte da quantia pecuniária ao credor que a ela terá direito na acção principal ou *référé-provision* ¹⁰⁵¹ (cf. art. 809º, 2ª al. NCPC/Fr);

Exemplos: prestação de alimentos ¹⁰⁵²; indemnização por responsabilidade civil por acidente automóvel, por defeito de construção e por obras, por quebra de obrigações contratuais (v.g.,

¹⁰⁴⁶ Neste sentido, SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen* cit., 233 ss.

¹⁰⁴⁷ Neste sentido, SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen* cit., 236 e F. BAUR, *Studien* cit., 54, por exemplo.

¹⁰⁴⁸ F. BAUR, *Studien* cit., 53.

¹⁰⁴⁹ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 11. Também, nesse sentido, JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 325, mas com uma importante excepção: a cautela das simples apreciações admissíveis mesmo sendo possível uma acção condenatória.

¹⁰⁵⁰ Neste sentido, CAVALLINI, *Le juge* cit., 24. São “provisões ditas a 100%”, segundo COUCHEZ, *PCv* cit., 56 e FRICERO, *PCv* cit., 105.

¹⁰⁵¹ SOLUS/PERROT, *DJP* cit., nº 1293 ss. ; COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 35–37 = *PCv* cit., 56; ESTOUP, *ob. cit.*, 110–120 ; CROZE/LAPORTE, *GPPCv*, 2001, 48; BENDJOUYA, *ob. cit.*, 115–116; LACABARATS, *ob. cit.*, nºs 124.250 ss.; CROZE/MOREL/FRADIN, *PCv* cit., 274–275; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 202 ss. ; VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 290–291; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 634; FRICERO, *PCv* cit., 105–106 ; STAES, *DJP* cit., nº 34. Defendendo, a despeito da ausência de texto legal expresse, o *référé provision* na doutrina belga, CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 38–39; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12, 14 e 15.

contrato comercial, contrato de trabalho)¹⁰⁵³, ainda de prestação social em litígio, em face do estado de necessidade do requerente¹⁰⁵⁴.

— em prestações *de facere* ou *référé-injonction*¹⁰⁵⁵ (cf. art. 809º, 2ª al. NCPC/Fr) — incluindo de *entrega de coisa*¹⁰⁵⁶;

Exemplos: realização de um trabalho, desocupação de um local por ausência de título¹⁰⁵⁷, realização de prestações contratuais unilateral ou abusivamente suspensas¹⁰⁵⁸, demolição de obra manifestamente irregular, fecho de um escritório aberto em violação de uma cláusula de não concorrência, reintegração de trabalhador ilegalmente despedido¹⁰⁵⁹.

— em prestação de *non facere*.

Exemplos: inibições de exercício de uma actividade, da publicação de um protesto, de continuação de uma greve, da prática de acto ilegal pela administração de uma sociedade ou de realização de prestações contratuais fraudulentas ou abusivas¹⁰⁶⁰.

Excluída está a antecipação de acções constitutivas e de acções de simples apreciação: a decisão de *référé* não pode dizer o direito, i.e., declarar ou constituir direitos¹⁰⁶¹, papel exclusivo do juiz do fundo — v.g., declarar a caducidade de uma convenção entre as partes e, por isso, desobrigar a parte requerente do cumprimento

¹⁰⁵² KRINGS, *La jurisprudence* cit., 209.

¹⁰⁵³ KRINGS, *idem*, 209 ; JOMMI, *Il référé* cit., 16–18.

¹⁰⁵⁴ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 15; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 201.

¹⁰⁵⁵ ESTOUP, *ob. cit.*, 120–122; LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.271; CROZE/MOREL/FRADIN, *PCv* cit., 275; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 204; VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 291–292; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 635; STAES, *DJP* cit., nº 35.

¹⁰⁵⁶ Neste sentido : CASTIILLON, *Les pouvoirs* cit., 38 ; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12; STAES, *DJP* cit., nº 32.

¹⁰⁵⁷ NORMAND, *Les fonctions* cit., 81.

¹⁰⁵⁸ CASTIILLON, *Les pouvoirs* cit., 38; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

¹⁰⁵⁹ NORMAND, *Les fonctions* cit., 82; MONDOLINI, *Les interventions* cit., nºs 178 ss.

¹⁰⁶⁰ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 38 ; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

¹⁰⁶¹ VAN COMPERNOLLE, *Crise* cit., 18 e *Introduction* cit., 11. No mesmo sentido, CASTIILLON, *Les pouvoirs* cit., 41; HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 284; JOMMI, *Il référé* cit., 20 e, ainda, 27 ss.

daquela ¹⁰⁶², anular um acto ¹⁰⁶³, apreciar a validade, qualificação ou interpretação de um acto jurídico ¹⁰⁶⁴.

II. Com função conservatória são os *référés* consistentes em:

— **medidas de espera** [*mesures d’attente* ¹⁰⁶⁵] – cf. o art. 809º, 1ª al. NCPC/Fr – ou seja, *de conservação dos direitos ou das situações de facto* envolvendo as partes, enquanto estas “esperam pela decisão do juiz do fundo” ¹⁰⁶⁶, de modo a “evitar que os direitos em conflito sejam comprometidos ou expostos a uma violação grave” ¹⁰⁶⁷;

- *estáticas ou de congelamento* ¹⁰⁶⁸

Exemplos: *inibição* de produção de ruídos durante certas horas, do exercício dos direitos sociais de voto ¹⁰⁶⁹; *apreensão ou depósito de bens* objecto de litígio ¹⁰⁷⁰; *suspensão de actos*: demolição até serem tomadas as medidas de segurança regulamentares em falta, deliberação social cuja legalidade esteja em litígio, despedimento colectivo ¹⁰⁷¹, enquanto a sua legalidade

¹⁰⁶² No entanto a doutrina tende a moderar esta visão, ao distinguir consoante se tratem de medidas conservatórias ou de medidas antecipatórias: se as primeiras, porque assentam na mera aparência, usam esta aparência para justificarem medidas de protecção ao direito expectante da decisão definitiva, já as segundas, ao assentarem num direito não seriamente contestável, contêm “em germe” já a declaração ou a constituição do direito. Cf. CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 42.

¹⁰⁶³ LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.233 com apoio jurisprudencial; JOMMI, *II référé* cit., 27.

¹⁰⁶⁴ LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.142 com apoio jurisprudencial; JOMMI, *II référé* cit., 28.

¹⁰⁶⁵ NORMAND, *Les fonctions* cit., 76.

¹⁰⁶⁶ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 35. Por maioria de razão, essas medidas mais se justificam para “salvaguarda dos direitos daqueles não lhes possam valer”, *v.g.*, os ausentes, como se lê no art. 584º CJ.

¹⁰⁶⁷ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

¹⁰⁶⁸ Seguimos aqui a divisão de MELIN-SOUCRAMANIEN, *ob. cit.*, 62, em “manifestações estáticas” e “manifestações dinâmicas” dos poderes do juiz dos *référés*.

¹⁰⁶⁹ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 35.

¹⁰⁷⁰ NORMAND, *Les fonctions* cit., 76 ; MONDOLINI, *Les interventions* cit., nºs 197 ss. ; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 631 *in fine*; STAES, *DJP* cit., nº 32. Na Bélgica o art. 584º CJ/B, na sua exemplificação de medidas cautelares, inclui “ordenar apreensões” (*sequestres*).

¹⁰⁷¹ NORMAND, *Les fonctions* cit., 82.

não for apreciada laboralmente, difusão de um livro enquanto se decide da veracidade de factos difamatórios nele referidos¹⁰⁷², obra enquanto não se acertar a legalidade da mesma¹⁰⁷³.

- *dinâmicas ou de gestão*

Exemplos: *designação* de administrador ou liquidatário provisório de um património, de administrador ou gerente provisório para despachar os assuntos correntes de uma sociedade¹⁰⁷⁴; *ordem* de elaboração de documentos sociais¹⁰⁷⁵; vendas de coisas abandonadas¹⁰⁷⁶; *autorização de actos que, de outro modo, seriam ilícitos*, como a autorização para o não cumprimento de obrigações contratuais¹⁰⁷⁷ ou para a prorrogação provisória de um contrato¹⁰⁷⁸.

— **medidas preparatórias** dos futuros actos processuais: *estáticas ou de congelamento*, como a conservação da utilidade da prova através da antecipação da sua produção¹⁰⁷⁹, e *dinâmicas ou de gestão*, como a *designação* de mediador¹⁰⁸⁰ ou de administrador judicial¹⁰⁸¹.

I. (Continuação): a versão brasileira da matriz francesa

I. Para a doutrina brasileira a *tutela antecipatória* permitida pelo art. 273º/I CPC/Br dá a “própria pretensão que se demandou, limitada embora na sua eficácia”¹⁰⁸², ou seja, o “exercício do próprio direito afirmado pelo autor”¹⁰⁸³. Como tal o juiz, usando poder discricionário, pode dar a totalidade ou parte da pretensão, e por isso, também

¹⁰⁷² NORMAND, *Les fonctions* cit., 77.

¹⁰⁷³ COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 33.

¹⁰⁷⁴ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 35 ; NORMAND, *Les fonctions* cit., 77; MANDOLINI, *Les interventions* cit., nºs 77 ss.; STAES, *DJP* cit., nº 33.

¹⁰⁷⁵ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 35; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 631 *in fine*.

¹⁰⁷⁶ Cf. art. 584º CJ/B.

¹⁰⁷⁷ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12 e STAES, *DJP* cit., nº 33.

¹⁰⁷⁸ STAES, *DJP* cit., nº 33.

¹⁰⁷⁹ CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 35; NORMAND, *Les fonctions* cit., 77 ; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 641 *in fine*. Cf. a referência no § 5º 2.3.1., V. F) à *mesures d’instruction*.

¹⁰⁸⁰ NORMAND, *Les fonctions* cit., 77.

¹⁰⁸¹ NORMAND, *Les fonctions* cit., 77.

¹⁰⁸² BERMUDEZ, *A reforma* cit., 28. No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 179 = *CPCref* cit., 135, 339.

¹⁰⁸³ DINAMARCO, *A reforma* cit., 141. Cf. ainda FADEL, *Antecipação* cit., 79.

não pode dar algo diverso do que foi pedido a título principal ¹⁰⁸⁴. Por isso, não teria natureza cautelar ¹⁰⁸⁵. As medidas de antecipação podem “revestir-se da natureza processual que for adequada e suficiente”: condenatória, constitutiva, inibitória ¹⁰⁸⁶.

Diversamente, as *medidas provisórias* do art. 798º CPC/Br têm função cautelar: função de “assegurar o efeito prático de outra” ¹⁰⁸⁷ ou assegurar “ao titular [do direito] a possibilidade de exercê-lo no futuro” ¹⁰⁸⁸ e, por isso, apresentam uma natureza efêmera.

Ambas as vias podem, assim, salvar aspectos diferentes da utilidade de uma mesma acção principal.

II. Em relação às **acções de condenação** seriam exemplos de antecipação *versus* cautela: a entrega de um bem apreendido na alfândega *versus* a suspensão do leilão desse bem, a entrega de um bem em acção reivindicatória (ou de restituição de posse) *versus* o seu sequestro, a entrega de um bem em acção possessória *versus* o seu sequestro ¹⁰⁸⁹.

Em relação às **acções de simples apreciação** tende-se a defender que sempre se pode pedir em sede antecipatória algum “bem da vida” ¹⁰⁹⁰ ou os “efeitos práticos decorrentes do pedido de declaração” ¹⁰⁹¹ ainda a apreciar, como, por exemplo, a sustação do cumprimento da obrigação de pagar o preço ¹⁰⁹², a realização das prestações do contrato de prestação de serviços de saúde, como uma operação ¹⁰⁹³. Alguns vão mais longe e, suportados na letra ampla do art. 273º CPC/Br e seguramente, da doutrina italiana de TOMMASEO, admitem que possa obter-se uma *certeza, ainda que provisória*, quando justificada em *periculum in mora* de que seriam exemplos um reconhecimento provisório da autenticidade de um documento ou uma declaração de inexigibilidade de um imposto, diferente da suspensão (cautelar) da sua inexigibilidade ¹⁰⁹⁴.

Em relação às **acções constitutivas** os problemas colocam-se nos mesmos termos: “embora não seja possível antecipar a eficácia constitutiva da sentença (...),

¹⁰⁸⁴ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 30; DINAMARCO, *A reforma* cit., 142; FADEL, *Antecipação* cit., 25.

¹⁰⁸⁵ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 28; DINAMARCO, *A reforma* cit., 142, implicitamente.

¹⁰⁸⁶ DINAMARCO, *A reforma* cit., 144.

¹⁰⁸⁷ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 28.

¹⁰⁸⁸ DINAMARCO, *A reforma* cit., 141. Cf. ainda FADEL, *Antecipação* cit., 79.

¹⁰⁸⁹ Aceitando a antecipação da condenação, DINAMARCO, *A reforma* cit., 143–144.

¹⁰⁹⁰ FADEL, *Antecipação* cit., 45.

¹⁰⁹¹ BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 57.

¹⁰⁹² FADEL, *Antecipação* cit., 45.

¹⁰⁹³ BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 57.

¹⁰⁹⁴ CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 136 = *Ação monitória* cit., 168 e 169. Contra, MARINONI, *A antecipação* cit., 55 e 56.

nada pode impedir uma *constituição* fundada em cognição sumária” ¹⁰⁹⁵: v.g., a fixação de um novo valor de uma renda, uma autorização judicial de exercício das faculdades constituintes do direito ¹⁰⁹⁶, assim como a antecipação das *condenações* que são cumulativamente pedidas com o efeito constitutivo ¹⁰⁹⁷.

J. Sumariedade

I. O pedido de tutela indiferenciada contra o perigo concreto tanto pode ser feito preliminarmente a uma acção ou já na pendência de uma acção — isso sucede com as nossas providências cautelares, nos termos do art. 383º, nº 1, com os *provvedimenti d’urgenza* ¹⁰⁹⁸, com o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* ex vi § 926/I ZPO, com as *medidas cautelares* espanholas no anterior domínio do art. 1428º LEC/81 ¹⁰⁹⁹ e nos actuais arts. 730º, nº 2 e 725º, nº 1 início LEC (medidas preliminares) e art. 730º, nº 1 LEC (medidas incidentais de acção ou de recurso ¹¹⁰⁰).

Também o *référé* é deduzido de modo absolutamente autónomo: esteja ou não esteja pendente acção de fundo, mesmo que esta não venha a ser colocada ¹¹⁰¹ e apelando para o uso de competências de um juiz que nada tem a ver com o juiz desse mesmo fundo. Enfim, no Brasil o pedido de tutela antecipada ou de medidas cautelares

¹⁰⁹⁵ MARINONI, *A antecipação* cit., 57. No mesmo sentido, FADEL, *Antecipação* cit., 47.

¹⁰⁹⁶ Também para CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 136 = *Ação monitoria* cit., 168 seria possível obter, fazendo uso do art. 273º/I CPC/Br, a anulação de uma assembleia de sociedade ou condominial, bem assim como a anulação de um edital por contraponto com a suspensão das eficácias respectivas — estas de natureza cautelar, *i.e.*, do art. 798º CPC/Br.

¹⁰⁹⁷ *A antecipação* cit., 58.

¹⁰⁹⁸ Cf. MONTESANO, *Problemi* cit., 232; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, DigDP (Sezione Civile) XIV 4, 1996, 394–402; CONSOLO, *SpDPC I* cit., 354 ss.; ARIETA, *TDPC III/1* cit., 26–27.

¹⁰⁹⁹ Efectivamente, essas medidas tanto podiam ser requeridas na *pendência da acção*, como *antes dela*, caso em que esta teria de ser proposta no prazo de oito dias, como dispunha o artigo 1428º LEC/81 no seu parágrafo terceiro.

¹¹⁰⁰ Quando “a petição se baseie em factos e circunstâncias que justifiquem o pedido nesse momento” (art. 728º, nº 4 LEC. *Vide* ainda as referências directas ou indirectas no início dos arts. 721º, nº 1, 722º, nº 1, 724º LEC e 725º, nº 1 *a contrario* LEC.

¹¹⁰¹ DEMEZ/PANIER, *L’autonomie du référé*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 46 ; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 8 ; VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 293–294. Curiosamente, é a colocação de um *référé* estando já pendente a acção principal que levanta problemas, segundo VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 294.

pode ser feito a todo o tempo ¹¹⁰², quer em cumulação com a petição inicial, quer avulsamente ¹¹⁰³, decorrendo todo o procedimento em contraditório com o réu ¹¹⁰⁴.

Mesmo os *interim remedies* podem ser decretados a todo o tempo independentemente de estar ou não pendente uma acção final ¹¹⁰⁵, sem prejuízo de regras especiais diferentes (*r. 25.2. (2) (a) CPR 1998*).

II. Todo o procedimento de alegação, demonstração, apreciação e decisão é feito em termos *sumários e acelerados quanto a prazos, fases e actos*, seguindo um rito procedimental uniforme e especial, tanto em Itália (arts. 669*bis* a 669*terdecies* CPC/It ¹¹⁰⁶), Portugal (arts. 382º ss), Alemanha (§§ 917º ss. ¹¹⁰⁷ e § 936 ZPO), Espanha (arts. 730º ss), França (arts. 484 ss NCPC/Fr ¹¹⁰⁸), Bélgica (arts. 1035º ss CJ/B) e Brasil (arts. 798º ss CPC/Br, aplicáveis analogicamente às medidas do art. 273º CPC/Br) ¹¹⁰⁹.

Em particular, a instrução é feita de modo simplificado quanto aos *actos*, em geral ¹¹¹⁰, quanto aos meios e ónus *de prova* ¹¹¹¹ e quanto ao contraditório, que pode ser

¹¹⁰² Deixaram assim, desde a criação do art. 273º pela reforma de 1994/1995, do art. 273º, de se admitir a medidas cautelares satisfativas que a doutrina aceitava — cf. CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit. 415–416. Exemplos de doutrina — THEODORO JÚNIOR — que negava essa função às medidas cautelares, podem ser vistos em MARINONI, *La tutela anticipatoria nella riforma del processo brasiliano*, RDP LI/1 (1996), 255.

¹¹⁰³ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 29; CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 167 = *CPCref* cit., 107; FADEL, *Antecipação* cit., 26. No caso das medidas cautelares, serão tidas como preparatórias, nos termos do art. 800º CPC/Br — cf. CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 418 ss.

¹¹⁰⁴ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 29.

¹¹⁰⁵ “*The court may grant an interim remedy whether or not there has been a claim for a final remedy of that kind*” (*r. 25.1. (4) CPR 1998*).

¹¹⁰⁶ Isto por força do art. 669º *quaterdecies* CPC/It que manda aplicar pelo o rito cautelar uniforme, comum a todas as providências cautelares, estabelecido na reforma de 1990 (cf. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, FI 116/V (1993), 65–82) e retocado com a nova reforma de 2005/2006 (cf. BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento cautelare uniforme. Guida ai procedimenti cautelari dopo le riforme*, 2006).

¹¹⁰⁷ Cf. os aspectos de sumariedade em WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 39–50, justificadas pelo carácter de “processo abreviado” do procedimento de urgência, segundo o mesmo WALKER, *idem*, Rdn. 39.

¹¹⁰⁸ Cf. CORNU/FOYER, *PCv*, 1998, 734–736 e FRICERO, *PCv* cit., 106–108.

¹¹⁰⁹ É a ideia central de DINAMARCO, *A reforma* cit., 339 e 340.

¹¹¹⁰ Em Itália segundo o “modo que o juiz tenha por mais oportuno” (art. 669 *sexies*, al. 1ª CPC/It), contendo actos “indispensáveis em relação aos pressupostos e à finalidade da providência requerida”.

diferido sempre que de outro modo a eficácia da medida fique em risco, *ex vi* arts. 385º, nº 1, 669 *sexies*, al. 2ª, primeira parte CPC/It, 584º, 5ª al. CJB ¹¹¹², 733º, nº 2 LEC, *ex vi* §§ 922/I e 937/II ZPO ¹¹¹³ e *ex vi* rs. 25.3. (1) e (3) CPR 1998 ¹¹¹⁴.

¹¹¹¹ Na Alemanha são admissíveis todos os meios de prova desde que possam ser presentes de imediato (DAMM, *AlternativKomm* cit., § 920, Rdn. 3; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit. 107; GRUNSKY, *ZPR* cit., Rdn. 279), valendo as regras comuns do ônus e dispensa da prova, com a especialidade do § 920/II (DAMM, *idem*, Rdn. 4 e 5; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1511–1512; GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 10; apenas genericamente no mesmo sentido, particularizando adaptações, em especial às situações de inaudita parte, segue ULRICH, *Die Beweislast in Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung*, GRUR 87/3 (1985), 201–211, esp. 211). Em Espanha exige-se prova documental (“dados, argumentos e justificações documentais”, enuncia o art. 728º, nº 1 LEC; cf. ainda 732º, nº 2 LEC) e, na sua falta, “outros meios” (art. 728º, nº 1 LEC; cf. ainda 732º, nº 2 LEC), por onde se vê que o regime da LEC de 2000 satisfaz melhor a sua função que o da anterior LEC/81 pois *abandonou a exigência de apresentação de princípio de prova escrito* (cf. JOVÉ, *Medidas* cit., 47 ss), criticada por limitar a obtenção da medida — assim, cf. PRIETO-CASTRO, *Comunicación*, El sistema de medidas cautelares cit., 129. Em França a prova é produzida segundo as regras comuns do ônus e do valor probatório dos meios para uma parte da doutrina como DENEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 49 e NORMAND, *Le juge* cit., 175–176, mas alguma jurisprudência defende que o juiz é soberano nessas matéria de regras de ônus (cf. as referências em CLOSSET-MARCHAL, *Le juge* cit., 158.), enquanto um terceiro grupo entende que apenas as medidas conservatórias é que escapam às regras legais da prova — assim, CLOSSET-MARCHAL, *idem*, 158–159. Em qualquer caso, o juiz pode ordenar oficiosamente as diligências instrutórias que se afigurem adequadas (cf. CORNU/FOYER, *PCv* cit., 734–735 e ESTOUP, *La pratique* cit., 57). Entre nós valem as regras gerais de prova como se deduz do ac. RL 7/12/1995.

¹¹¹² Em “caso de absoluta necessidade”, o que segundo, VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 16, se configura em três cenários: extrema urgência temporal, a própria natureza da medida, a incerteza quantos aos requeridos — *v.g.*, a impossibilidade de identificar os grevistas cuja expulsão se requer (cf. COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 39). Em França a doutrina (cf. NORMAND, *Les fonctions* cit., 74 e *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 137) e a jurisprudência também admitem um procedimento *par requête*, *i.e.*, *inaudita parte*, apoiados em lugares legislativos dispersos, como os arts. 812º, 851º e 874º NCPC/Fr (cf. CROZE/MOREL/FRADIN, *ob. cit.*, 279; FRICERO, *PCv* cit., 110–111).

¹¹¹³ Cf. LEIPOLD, *Grundlagen* cit., 13, nota 31; GRUNSKY, *Grundlagen* cit., 277, 280; TEPLITZKY, *Arrest* cit., 352–353; LÜKE, *ZVR* cit., 349, 371; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 288, *Schuschke/Walker II* cit., § 921, Rdn. 5 e § 922, Rdn. 1 com jurisprudência constitucional e ordinária concordantes; HEINTZMANN, *ZPR II* cit., 148;

III. Também o grau de prova exigido quanto aos factos alegados pelo requerente é menor que o da tutela plena.

Assim, na *matriz italiana*, o grau de prova a produzir sobre os factos constitutivos da existência do direito ameaçado, não é o de prova *stricto sensu* que permitiria uma afirmação judicial de certeza quanto à existência do direito alegado, mas tampouco é uma “simples ou mera possibilidade” (STJ 5/11/1992): é a *aparência* ¹¹¹⁵, *mera justificação, probabilidade ou verosimilhança* ¹¹¹⁶, “séria” na expressão do art. 387º, nº 1

BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1514; HEINZE, *MükoZPO* 3 cit., § 921, Rdn. 1; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 921, Rdn. 1; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP-ZP* cit., 315; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 922, Rdn. 2; GRUNSKY, *ZPR* cit., Rdn. 281. O que é decisivo é a garantir a efectividade da tutela jurisdicional do requerente, segundo WALKER, § 921 cit., Rdn. 5.

¹¹¹⁴ *Maxime*, quando há “urgência excepcional” ou a “finalidade determinante [do procedimento] é melhor cumprido desse modo”. Cf. HILL/WOOD/FINE, *A Practical Guide* cit., 266–267. Já numa *freezing/Mareva injunction* (cf. o § 5º 2.3.1., I A)) a regra é esse contraditório diferido (cf. ANDREWS, *ECP* cit., nº 17.09).

¹¹¹⁵ ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 140; STJ 18/5/1976, STJ 28/9/1989, RP 28/10/1997.

¹¹¹⁶ Assim: STJ 25/6/1943, BO 3 (1943), 232; STJ 17/12/1943, RLJ 77 (1944), 107; STJ 26/4/1946, RLJ 79 (1947), 283; STJ 8/10/1946, BO 7 (1946), 138; STJ 15/4/1980, BMJ 296 (1980), 206; STJ 16/4/1985; STJ 23/1/1986, BMJ 353 (1986), 376; STJ 8/2/1990; RC 13/3/2007. Identicamente, ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 28–29; SANTOS SILVEIRA, *Processos* cit., 22 e 23; MONTESANO/ARIETA *DPC* III cit., 345; M. DINI, *La denunzia* cit., 45 (“existência provável do direito”); FRISINA, *La tutela anticipatoria* cit., 372 (“valoração meramente probabilística da existência do direito”); ATTARDI, *DPC* I cit., 155.

¹¹¹⁷ ou “forte”, na expressão de MOITINHO DE ALMEIDA ¹¹¹⁸, da titularidade do direito - — o chamado *fumus boni iuris* ¹¹¹⁹. Por isso não faz caso julgado ¹¹²⁰.

Por seu lado, como a ameaça ou perigo de dano tem de ser “fundada” ou “justa” no dizer do arts. 700º CPC/It e 381º, nº1, para alguma jurisprudência isso equivale a ter de ser um verdadeiro juízo de segurança, certeza ou prova *stricto sensu* ¹¹²¹, para outra é ainda e novamente o mesmo juízo de probabilidade ¹¹²², e para uma terceira significa que se deve “demonstrar que este [receio] é evidente e real” ¹¹²³, que é “fundado e actual da prática iminente de quaisquer actos susceptíveis” de produzir dano ¹¹²⁴, ou seja, algo mais que a probabilidade e menos que certeza ¹¹²⁵.

¹¹¹⁷ Exigindo a probabilidade (por vezes *possibilidade*) séria, entre muitos outros: RL 21/11/1942, RJ 28 (1943), 74; STJ 26/11/1943, BO 3 (1943) 471; STJ 17/11/1944, RLJ 78 (1945), 110; STJ 2/7/1946, BO 6 (1946), 311; RL 26/3/1947, BMJ 1 (1943), 207; STJ 21/4/1953, RLJ 86 (1953), 111; STJ 5/12/1958, BMJ 82 (1959), 376; STJ 18/12/1979, BMJ 292 (1980), 338; STJ 15/1/1980, BMJ 293 (1980), 230; STJ 8/1/1987; STJ 20/5/1993; STJ 10/11/1993; STJ 15/3/1994; STJ 19/10/1995.

¹¹¹⁸ *Providências* cit., 19 = STJ 21/2/1995. Um “grau de exigência já de patamar elevado”, no dizer do ac. RE 19/10/2006, como, por exemplo, a probabilidade que resulta da existência de sentença condenatória em execução provisória (STJ 30/6/1961, RT 79 (1961), 350) ou de uma inscrição no registo com a inerente presunção de titularidade (STJ 15/4/1980, BMJ 296 (1980), 206 e STJ 18/2/1988).

¹¹¹⁹ Por exemplo: CHECCELLA, *II processo* cit., 6 ss; MONTESANO/ARIETA *DPC* III, cit., 343.

¹¹²⁰ Com esta justificação, STJ 8/2/1990.

¹¹²¹ Assim, STJ 25/6/1943, BO 3 (1943), 232; STJ 8/10/1946, BO 7 (1946), 138; STJ 15/4/1980, BMJ 296 (1980), 206; RC 13/3/2007 (o “requerente tem que provar – não basta um mero juízo de verosimilhança – os danos”); ANSELMO DE CASTRO, *DPD* I cit. 140 (a “prova terá de ser completa”).

¹¹²² Neste sentido, RE 19/12/2006; STJ 19/11/1991 (é “desnecessária (...) a prova certa e segura da lesão do direito que se pretende acautelar”); RP 12/3/1998 (o perigo é um facto certo, mas previsível).

¹¹²³ STJ 5/11/1992; STJ 20/5/1993. Já o STJ 21/11/1942, RJ 28 (1942), 75 falava em “justa causa e verosímil razão”. Para, MOITINHO DE ALMEIDA, cit., 22–23: que venha “apoiado num juízo de realidade ou de certeza”.

¹¹²⁴ STJ 15/3/1994.

¹¹²⁵ SANTOS SILVEIRA, *ob. cit.*, 24. ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 29 e 30, seguindo CALAMANDREI, sintetizava esta ideia de sentido de maior exigência probatória escrevendo que “se concebe como possível e admissível, nesta parte, um maior grau de segurança do que na apreciação do 1º requisito”, que consoante os casos poderia ser a certeza e em outros algo menor, pois “a apreciação do perigo há-de acomodar-se, em cada caso, aos fins especiais da providência de que se trata”. Na jurisprudência: “não se

No Brasil, o *direito a tutelar* deverá se demonstrado por meio que constitua “prova inequívoca” (art. 273º/I CPC/Br) dos factos constantes das alegações do requerente ¹¹²⁶ ou por qualquer meio que permita concluir da existência de um *fumus boni iuris*, como supõe o art. 798º CPC/Br.

A prova inequívoca exigida pelo art. 273º/I pode levar o juiz a formar um *juízo de verosimilhança quanto aos factos* e desse modo a que a “alegação ou alegações (...) pareçam verdadeiras” ¹¹²⁷ ou *fumus boni iuris* qualificado ¹¹²⁸ e por aí, o direito, pode conhecer tutela antecipatória, enquanto para o art. 798º CPC/Br bastará uma *mera possibilidade ou aparência do direito* ¹¹²⁹ ou *fumus boni iuris* — um juízo de probabilidade menos intenso que o juízo de verosimilhança para CARREIRA ALVIM ¹¹³⁰ e por isso permitindo uma medida “liminar cautelar” e impedindo um “provimento (provisório) de mérito” ¹¹³¹.

IV. Na *matriz alemã* este aligeiramento da prova também não é diferente: aquela basta-se, segundo o § 920 ZPO, aplicável a qualquer *einstweilige Verfügungen ex vi* § 936 ZPO, com uma *Glaubhaftmachung*: um juízo de verosimilhança, admitido em termos gerais pelo § 294 ZPO para procedimentos sumários ¹¹³², e não um juízo de certeza ¹¹³³.

pode o Juiz quedar pela mera “aparência” mas sim com uma probabilidade forte, embora sem atingir as raízes da certeza absoluta exigível para sustentar uma decisão de mérito” (RE 16/1/2006).

¹¹²⁶ Esta será “aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável” ou “cuja autenticidade ou veracidade seja *provável*”, segundo CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 165 = *Código* cit., 106.

¹¹²⁷ BERMUDEZ, *A reforma* cit., 29. No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 154 ss. = *CPCref* cit., 93 ss.

¹¹²⁸ DINAMARCO, *A reforma* cit., 337, depois de ter *idem*, 145, considerado que a exigência de prova inequívoca corresponde a um juízo de probabilidade, que será menos que o juízo de certeza, mas sempre mais do que o juízo de verosimilhança — *fumus boni iuris* simples, diríamos. Identicamente, TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 77.

¹¹²⁹ CARREIRA ALVIM, *Processo* cit., 171 = *CPCref* cit., 111: a “*probabilidade* da existência do direito” é “mais do que a simples *aparência* do bom direito”. Diversamente, OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 80, defende que a tutela de urgência em geral, cautelar ou antecipatória, “sustenta-se (...) num juízo de simples verosimilhança”.

¹¹³⁰ *CPCref* cit., 417.

¹¹³¹ CARREIRA ALVIM, *ob. loc. cit.*

¹¹³² GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 10.

¹¹³³ LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 266; TEPLIZKY, *Arrest* cit., 883, 124 e 125; LÜKE, *ZVR* cit., 344; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 37.

Esse juízo é atinente à *matéria de facto* seja quanto aos factos relativos à pretensão (*Anspruch*) a assegurar, seja quanto aos factos respeitantes ao receio de perigo (*Grund*)¹¹³⁵. A *Glaubhaftmachung* é definida como um grau de prova reduzido¹¹³⁶ ou “grau de prova mínima”¹¹³⁷, sendo suficiente o tribunal chegar à convicção de que há uma “boa possibilidade de que esta afirmação seja verdadeira”¹¹³⁸ ou “tenha lugar uma forte probabilidade” de um elemento de facto ser “exacto”¹¹³⁹, assentando formalmente sobre produção de prova mais leve quanto aos meios admitidos¹¹⁴⁰. Contudo, é um *grau de prova de intensidade variável à semelhança* do que sucede na matriz francesa da ausência/presença de contestabilidade séria: quanto maior for a intromissão na esfera jurídica do requerido, maiores devem ser as exigências à *Glaubhaftmachung* a realizar pelo requerente de que irá ter sucesso na acção principal em que o seu direito será declarado, em particular quando se conheça em antecipação, nas *Leistungsvorgängen*¹¹⁴¹.

K. Decisão

I. Em qualquer das matrizes, o tribunal está em *condições de conceder a medida* se na mente do juiz se formar um “juízo provisório e indiciário favorável” (art. 728º, nº 2 LEC) sobre o “*perigo de mora processual*, atendendo à *aparência de bom direito*” (art. 735º, nº 2 LEC) ou, na visão alemã, se resultar a verosimilhança do fundamento da necessidade da medida (*Verfügungsgrund*), *i.e.*, a *Dringlichkeit*¹¹⁴², e for concluído

¹¹³⁴ WALKER, § 920 cit., Rdn. 18.

¹¹³⁵ DAMM, § 920 cit., Rdn. 2; LÜKE, ZVR cit., 370; GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 8; WALKER, § 920 cit., Rdn. 14 ss; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 9 e 18.

¹¹³⁶ HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 520.

¹¹³⁷ ULRICH, *Die Beweislast* cit., 209.

¹¹³⁸ BROX/WALKER, ZVR cit., Rdn. 1511.

¹¹³⁹ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 9. Identicamente, ULRICH, *Die Beweislast* cit., 207, 209; WALKER, *Der eintsweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 321; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 520; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 935, Rdn. 8; MUSIELAK, *GkZPO* cit., Rdn. 462; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 294, Rdn. 1.

¹¹⁴⁰ HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 520.

¹¹⁴¹ F. BAUR, *Studien* cit., 29–35; DAMM, § 920 cit., Rdn. 3; ULRICH, *Die Beweislast* cit., 209; HEINZE, § 920 cit., Rdn. 14 e § 935 cit., Rdn. 17; VOLLKOMMER, § 935 cit., Rdn. 8; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 9 e 18. Indo mais longe ULRICH, *Die Beweislast* cit., 211, exige prova verdadeira se o procedimento seja “unilateral”, *i.e.*, inaudita parte.

¹¹⁴² Contudo, a Alemanha conhece uma especialidade: na falta dessa verosimilhança pode, ainda assim, a medida ser decretada desde que seja prestada caução, nos termos do § 921/1 ZPO — cf. GRUNSKY, § 921 cit., Rdn. 5–7 e WALKER, § 921 cit., Rdn. 11 ss.

positivamente um *juízo de prognose* sobre o desfecho da acção principal (*voraussichtliche Ausgang der Hauptsache, Prognose der Hauptsacheentscheidung*)¹¹⁴³.

Contudo, apesar da verificação das condições de *periculum* e de *fumus* a medida concedida pode não vir a ser decretada ou, pelo menos, pode não ser decretada nos exactos termos em que foi pedida.

Efectivamente, o juiz tem o **poder/dever de decretar a providência que entender ser mais adequada** à “tutela do direito invocado e à prevenção do *periculum in mora* concretamente invocado”¹¹⁴⁴, como é dito expressamente no nº 3 do art. 392º. Identicamente, na Alemanha o juízo tem um *poder de livre apreciação* (“*nach freiem Ermessen*” (§ 938/I ZPO¹¹⁴⁵) quanto à escolha da medida que será a *mais adequada à finalidade*, de segurança do direito ou de regulação da situação litigiosa, *que se pretende alcançar*. Contudo, em Itália a questão não é pacífica¹¹⁴⁶.

Em França o juiz dos *référés* goza de um igual poder discricionário na definição de qual a medida mais adequada à *causa de urgência* alegada pelo requerente, tanto em sede de art. 808º NCPC/Fr¹¹⁴⁷, quanto em sede de art. 809º NCPC/Fr¹¹⁴⁸. Ele *não está adstrito à medida concretamente pedida por este*¹¹⁴⁹, mesmo quando se trate de uma medida “para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita” (art. 809º/I NCPC/Fr) e, por conseguinte, o perigo fosse evidente¹¹⁵⁰, podendo decretar desde uma medida que quase conhece do fundo até uma medida de instrução antecipada, passando por medidas de conservação.

Deste modo *prevalece a funcionalidade do instrumento sobre a pretensão do requerente*: o que interessa é que a medida seja “exclusivamente conducente a fazer possível a efectividade da tutela judicial que possa outorgar-se numa eventual sentença de mérito” (art. 726º, nº 1 LEC).

Percebe-se assim que o juiz pode, “avaliadas todas as circunstâncias”, impor no despacho de decretamento da providência uma prestação de caução, nos termos do

91–94.

¹¹⁴³ Neste sentido, GRUNSKY, [Recensão a] Leipold, Dieter, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil—, Verfassungs— und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, ZZP 85/3 (1972), 363. Cf. ainda LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 266 ss. com uma visão diferente quanto à função desta prognose na concessão da providência.

¹¹⁴⁴ LOPES DO REGO, *ComCPC I* cit., 362.

¹¹⁴⁵ LÜKE, *ZVR* cit., 345; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 544.

¹¹⁴⁶ Cf. o que se escreve no § 13º 1.3., II sobre a doutrina italiana.

¹¹⁴⁷ Cf. LACABARATS, [La compétence] cit., nºs 124.160 a 124.163.

¹¹⁴⁸ Cf. LACABARATS, *idem*, nºs 124.231 a 124.249.

¹¹⁴⁹ LACABARATS, *idem*, nºs 124.231 e 124.232.

¹¹⁵⁰ LACABARATS, *idem*, nº 124.232.

art. 669 *undecies* CPC/It ¹¹⁵¹ = art. 390º, nº 2 = § 921/2 ZPO ¹¹⁵² — ou o próprio requerido pode — *v.g.*, ao abrigo dos arts. 387º, nº 3, 746º ss LEC — requerer a substituição da providência por caução adequada desde que esta se “mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente”.

II. Sobre esse juízo de adequação *perigo/medida* o juiz deve tomar sempre em linha de conta dois limites negativos que podem impedir a obtenção de decisão favorável ao pedido ¹¹⁵³ ou que ditarão a opção do juiz por uma medida e não por outra.

O primeiro limite é a **instrumentalidade perante a acção principal, seja quanto ao objecto** — em nenhum caso pode o juiz da medida provisória “alocar ao requerente uma vantagem excedente dos limites do que, a título principal, lhe poderia ser acordado” ¹¹⁵⁴ —, seja **quanto à sua utilidade** — não se pode *retirar, por esvaziamento, utilidade* à decisão final ¹¹⁵⁵ ou *atacar* esta ¹¹⁵⁶, *maxime* a medida cautelar não pode antecipar a medida final: o tribunal deve decretar a medida “*sem pré-julgar o fundo da questão*” (art. 728º, nº 2 LEC ¹¹⁵⁷) ou *Verbot des Vorwegnahmes des Hauptverfahrens* ¹¹⁵⁸ ou *proibição de faire prejudice au principal*, constante do art. 484º NCPC/Fr e art. 1039º/I CJ/B ¹¹⁵⁹.

¹¹⁵¹ P. PISANI, *LDPC* cit., 608–611.

¹¹⁵² GRUNSKY, § 921 cit., Rdn. 5–12; WALKER, § 921 cit., Rdn. 19–23.

¹¹⁵³ Há ainda um limite, por vezes afluído na jurisprudência que, em rigor, é comum a qualquer decisão judicial: o respeito pelas *normas imperativas*, como as do regime jurídicos dos direitos de crédito para o portador de uma letra — cf. STJ 11/1/1974, BMJ 233 (1974), 116 e STJ 5/3/1974, BMJ 235 (1974), 202 —, as razões de interesse público para o arresto de bens — RP 31/1/1973, BMJ 223 (1973), 283 — ou as normas, *v.g.*, registais, que expressamente exigem decisão com valor de caso julgado — cf. COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 408.

¹¹⁵⁴ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 9 = CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 40 = DENEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 49. É um “limite objectivo inultrapassável” no dizer de COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *idem*, 405.

¹¹⁵⁵ TIAGO ANTUNES, *A tutela* cit., 60.

¹¹⁵⁶ M. DINI, *La denunzia* cit., 57.

¹¹⁵⁷ Exigência que é repetida em especial para as medidas antecipatórias de proibição atrás referidas: não podem “*pré-julgar a sentença* que em definitivo se venha a ditar”, segundo o art. 726º, nº 2 *in fine* LEC.

¹¹⁵⁸ Neste sentido, por exemplo: F. BAUR, *Studien* cit., 88; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsache*, 1988, 98–99; ARENS/ W. LÜKE, *Arrest* cit., 6; BROX/WALKER, *ZVR* cit., 1582; SAENGER, *Einstweiligen Verfügungen* cit., 8, 33 ss.; WEBER, *ZPR*, 2002, 72; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 515; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., *Grundz § 916* cit., Rdn. 5 e § 940 cit., Rdn. 7. Discutindo o seu alcance, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 108 ss;

Em face desta regra, a afirmação atrás constatada da existência, mesmo legalmente prevista, de medidas antecipatórias — *v.g.*, *Leistungs- e Befriedigungsverfügungen*, *référé de fond* — comporta extremas exigências e restrições. A regra é a de que tais medidas antecipatórias apenas podem ser decretadas se forem *reversíveis de facto* ¹¹⁶⁰, sob pena de ser o direito à tutela jurisdicional do próprio réu que será violado ¹¹⁶¹.

Em todo o caso, na Alemanha defende-se que o mero **risco** de suceder uma tal irreparabilidade não deve impedir em abstracto a tomada de uma tal medida, devendo-se ter em especial conta uma ponderação dos interesses em presença no caso concreto ¹¹⁶². E, efectivamente, sucedem-se os decretamentos de *Leistungsverfügungen* com consequências irreparáveis para o requerido ¹¹⁶³.

GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rn. 80; GRUNSKY, § 938 cit., Rdn. 7 ss; REICHOLD, § 938 cit., Rdn. 1; VOLLKOMMER, § 938 cit., Rdn. 3.

¹¹⁵⁹ Este princípio é absolutamente central no instituto do *référé*, conduzindo, nas palavras de VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 8 a “reconhecer à jurisdição presidencial um campo de acção *totalmente dissociado* daquele que está reservado ao juiz do fundo”. Também para KRINGS, *La jurisprudence* cit., 214, é nas “três noções de urgência, provisoriedade e direitos das partes em causa quanto ao fundo” que se encontra a “questão fundamental do *référé*”. Cf., ainda, CAVALLINI, *Le juge* cit., 14–15 e JOMMI, *Il référé* cit., 19 ss.

¹¹⁶⁰ ARIETA, *Funzione* cit., 598; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4; SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 12, 466. O limite conhece expressa consagração no art. 273º, § 2º CPC/Br: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, ou seja, riscos de produzir resultados que “tornem impossível a devolução da situação ao seu estado” ou “quadro fáctico” que foi alterado pela tutela antecipatória” (BERMUDES *A reforma* cit., 30 = BATISTA LOPES, *Antecipação* cit., 80; cf., ainda, CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 173–174 = *CPCref* cit., 114–115.). Por isso “não se admite a antecipação quando na irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro” (BERMUDES *A reforma* cit., 30.) ou, “sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte (...) beneficiada não teria condições de suportar” (CARREIRA ALVIM *Procedimento* cit., 174 = *CPCref* cit., 115).

¹¹⁶¹ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4.

¹¹⁶² WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4. Identicamente, no Brasil o princípio da proporcionalidade pode ditar a concessão da medida antecipatória ou a sua recusa, em favor do interesse que “segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão” (BATISTA LOPES *Antecipação* cit., 83), mesmo que tal signifique que a contraparte tem de suportar efeitos ou danos irreversíveis.

¹¹⁶³ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1616.

Diversamente, alguma doutrina é menos exigente bastando-se com uma **irreversibilidade de direito** desde que depois possa ser objecto de indemnização da pretensão do requerente ¹¹⁶⁴.

III. O segundo limite é a “**proporcionalidade**” ¹¹⁶⁵: deve haver um “justo equilíbrio entre o prejuízo que a providência pode causar e aquele que pode evitar” no dizer do ac. RL 17/2/1945 ¹¹⁶⁶ ou, numa perspectiva negativa, não pode haver “desproporção desconsiderável ou manifesta” ¹¹⁶⁷ entre o dano que a providência poderá causar na esfera do requerido e o dano do requerente que se evitar (art. 387º, nº 2) ¹¹⁶⁸.

Se assim não se verificar a medida cautelar não pode ser decretada ¹¹⁶⁹.

Como tal deve o juiz operar uma ponderação/balanço dos interesses do requerente e do requerido (*Interessenabwägung*). O resultado final deste *balanço* ou *controlo de adequação e proporcionalidade* ¹¹⁷⁰ *tem de ser favorável ao requerente*, no sentido de a gravidade do prejuízo que a medida causará ao requerido, ser inferior à gravidade do prejuízo que a negação da providência causará ao requerente ¹¹⁷¹, ou quando o “prejuízo do requerente seja qualitativa ou quantitativamente maior que o dano sofrido pela contraparte” ¹¹⁷² ou “a protecção rápida do direito ou do interesse violado efectua-se às custas de um direito ou de um interesse de menor” ¹¹⁷³.

É um limite também presente nas *Mareva Injunctions*, *Anton Piller Orders* e outras *ancillary orders* relativas, em que o tribunal, deve em função da demonstração dos

¹¹⁶⁴ Neste sentido, CASTILLON, *Les pouvoirs* 42; I. CELESTE FONSECA, *Introdução* cit., 135–136.

¹¹⁶⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 234.

¹¹⁶⁶ RJ 30 (1945), 112.

¹¹⁶⁷ LOPES DO REGO, *ComCPC I* cit., 354.

¹¹⁶⁸ Isso sucede quando o “prejuízo resultante da providencia exceder o dano que com ela se quer evitar” (STJ 18/5/1976, BMJ 257 (1976), 144). Mais acórdãos neste sentido podem ser confrontados no § 13º 2.2.1.

¹¹⁶⁹ O que faz com que a proporcionalidade seja frequentemente enunciada na jurisprudência como um pressuposto ou requisito adicional, ao lado do *fumus* e do *periculum*. Cf. os acordãos para que remetemos na nota anterior.

¹¹⁷⁰ MELIN-SOUCRAMANIEN, *ob. cit.*, 56 e 57.

¹¹⁷¹ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80. Assim, como exemplifica NORMAND, *ob. loc. cit.*, quando seja seriamente contestável a pretensão do requerente, a suspensão de uma obra apenas deve ser decretada se o tribunal concluir de modo seguro que o requerente terá um prejuízo mais grave — *maxime*, irreversível — que o do requerido, caso a obra não seja suspensa, e que “existem razões suficientes para duvidar da regularidade dos trabalhos”.

¹¹⁷² P. PISANI, *LDPC* cit., 610.

¹¹⁷³ CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 22.

requisitos respectivos e do grau de convencimento obtido sobre eles, proceder a um *balance of convenience*, i.e., uma ponderação das consequências negativas a que a concessão ou negação da medida sujeitará cada uma das partes, devendo o resultado dessa ponderação ser favorável ao requerente ¹¹⁷⁴. Mais discutivelmente, em sede de *interim injunctions* em geral, há jurisprudência que, apartir do precedente *American Cyanamid* decide em função de *balance of the hardships* e só em caso de dúvida se deve atender à eventualidade de vencimento ou não no mérito principal ¹¹⁷⁵; mas também há jurisprudência que dá predominância ao *fumus* ou mérito *prima facie* ¹¹⁷⁶;

Identicamente nos Estados Unidos, em razão do *elevado risco de erro* por parte de um tribunal que decide com base em *informação incompleta* ¹¹⁷⁷, opera um *balancing the hardships e defenses* ¹¹⁷⁸, i.e., “sopesar as desvantagens (*hardship*) que o autor terá se a *injunction* lhe for negada, com as desvantagens (*hardship*) para o réu pela sua concessão” ¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁴ Cf., com jurisprudência irlandesa, COURTNEY, *Mareva Injunctions* cit., 320 ss, para a *Mareva Injunction*; *idem*, 412 para a *Anton Piller*, maxime pela ponderação entre o dano do requerente pela não preservação da prova e o dano do requerido pela violação do segredo comercial.

¹¹⁷⁵ Cf. ANDREWS, *ECP* cit., n.ºs. 18.46 ss.

¹¹⁷⁶ Cf. ANDREWS, *ECP* cit., n.ºs. 18.53 ss.

¹¹⁷⁷ POSNER, *Economic Analysis of Law* ⁶, 2003, 565.

¹¹⁷⁸ O’CONNELL, *Remedies* cit., 34 e 35; BROOKS/SCHWARTZ, *Legal uncertainty* cit., 390

¹¹⁷⁹ O’CONNELL, *Remedies* cit., 44. Nesta matéria é essencial a doutrina de POSNER *Economic Analysis* cit., 565–567 que pegando na tese de LEUBSDORF — que O’CONNELL repete — de que no *balancing the hardships e defenses* os tribunais decretam uma *preliminary injunction* se este *balancing* for favorável ao autor, veio traduzi-la numa equação matemática para exprimir o juízo de ponderação dos interesses em confronto e as condições de concessão da medida provisória: a equação de LEUBSDORF/POSNER. Esta enuncia-se assim: uma *preliminary injunction* será decretada apenas e só se $P(Hp) > (1 - P)Hd$; sendo que **P** é a probabilidade de vencimento do requerente (*plaintiff*) no mérito, $(1 - P)$ é a probabilidade de vencimento da defesa do requerido no mérito (*defendant*), **Hp** é o dano irreparável para o requerente, por negação da cautela, e **Hd** é o dano irreparável para o requerido, por aplicação da cautela. Traduzindo-se, por extenso, a equação enuncia que apenas deverá ser decretada *preliminary injunction* quando o dano irreparável pela sua não concessão for provavelmente superior ao dano irreparável pela sua concessão que o requerido poderá sofrer se não for condenado. Exemplo de POSNER, *idem*, 566: se o autor tem 60% de possibilidades de vencer na acção de mérito (**P**) e o réu 40% de evitar esse vencimento $(1 - P)$ e o dano irreparável para o autor é de \$ 50 (**Hp**) e para o réu de \$ 100 (**Hd**) então a providência não deverá ser decretada porque a equação dá o seguinte resultado : **60% sobre \$ 50 = \$ 30 < 40% sobre \$ 100 = \$ 40** .

Contudo, as doutrinas alemã e francesa têm concluído que a formação do juízo de proporcionalidade não se resume a uma vantagem económica favorável ao requerente na comparação ou ponderação dos interesses das partes e que, inclusive, não se resume a uma adicional avaliação da viabilidade de uma futura obrigação de indemnização pelo dano ao requerido, mas deve ter em conta a intensidade de vários factores referentes do litígio ¹¹⁸⁰.

A intensidade e presença desses factores depende por completo da intensidade do *fumus* ou *Glaubhaftmachung*, a saber: a *aparência do direito do requerente sobre o direito do requerido, incluindo a grande possibilidade de procedência futura da acção principal* ¹¹⁸¹; a *verosimilhança do perigo* ¹¹⁸²; a *intensidade do perigo* ¹¹⁸³.

Como resultado final, a medida concreta será **fixada dentro dos limites ditados pela ponderação ou balanço proporcional entre os interesses em litígio** ¹¹⁸⁴, de modo que “a medida conservatória” que o juiz escolher seja “adequada, ou seja, apropriada e razoável em relação à finalidade procurada pelo juiz” ¹¹⁸⁵. Essa medida pode ser a mesma que o autor pediu, como pode ser outra que o juiz repute menos invasiva da esfera do requerido ¹¹⁸⁶.

Contudo, nem sempre opera esta proporcionalidade: em França não tem lugar no *référé de fond*, cingindo-se às medidas conservatórias, na Alemanha está ausente da concessão de um *Arrest* ¹¹⁸⁷ e para alguns, mais discutivelmente, da *Sicherungsverfügungen* ¹¹⁸⁸, o que significa que o legislador entende que o interesse do

¹¹⁸⁰ Cf. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 261 ss. e *Vor § 916* cit., Rdn. 31.

¹¹⁸¹ Neste sentido, CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 22 e GRUNSKY, *[Recensão]* cit., 363: quanto maior a probabilidade de improcedência na acção principal, mais difícil será a concessão de uma *einstweilige Verfügung*. Diversamente, LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 268, entende que quando não se possa fazer uma prognose segura do desfecho da acção principal, ainda assim um balanço de interesses favorável ao requerente pode ser suficiente para o decretamento, desde que a pretensão não se anteveja como manifestamente improcedente na acção principal.

¹¹⁸² SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 14.

¹¹⁸³ CASTILLON, *Variations* 102–103; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80–81; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11–13.

¹¹⁸⁴ CASTILLON, *Variations* cit., 102; CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 22; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

¹¹⁸⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN, *ob. cit.*, 56.

¹¹⁸⁶ JOVE, *Medidas* cit., 133.

¹¹⁸⁷ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 231 e *Vor § 916* cit., Rdn. 31 e § 917 cit., Rdn. 2.

¹¹⁸⁸ SCHILKEN, *Die befriedigungsverfügung* cit., 127; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 245 e *Vor § 916* cit., Rdn. 31; ROSENBERG/ GAUL/SCHILKEN, *ZVR*

credor deverá globalmente prevalecer sobre o interesse do devedor ¹¹⁸⁹; ao contrário, a proporcionalidade é *conditio sine qua non* de uma *Befriedigungsverfügungen* exigindo-se que seja favorável ao requerente tanto em termos de manifesta procedência ¹¹⁹⁰, como de existência de uma forte necessidade em face do perigo ¹¹⁹¹. E também nos Estados Unidos afasta-se o *balancing the hardships* e *defenses* pelo menos nas situações de má fé do demandado ¹¹⁹².

L. Eficácia

I. O despacho que decide favoravelmente ou desfavoravelmente o requerimento de *provvedimento d'urgenza* **pode ser objecto de impugnação** em qualquer das matrizes para, por exemplo, se obter uma medida antes negada ¹¹⁹³: por meio de *reclamo* em Itália (art. 669 *terdecies*, 1ª al. CPC/It) ¹¹⁹⁴; por meio de agravo em Portugal (art. 738º

cit., § 76, Rdn. 2 b; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1581. Contra, fazendo essa ponderação, HEINZE, *MükoZPO* 3 cit., § 938, Rdn. 4 e 5; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 935, Rdn. 9.

¹¹⁸⁹ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1581; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 31 e § 917 cit., Rdn. 2.

¹¹⁹⁰ GRUNSKY, *Grundlagen* cit., 277, 282; WALKER, *Der einstweilige Rechsschutz* cit., Rdn. 258 e *Vor § 916* cit., Rdn. 31; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1616.

¹¹⁹¹ BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1616.

¹¹⁹² O' CONNELL, *Remedies* cit., 44: apenas numa acessão de boa fé se ponderaria o dano que a acessão provocou ao autor e o custo que o réu terá com a sua demolição, mas já não numa acessão de boa fé. O mesmo AUTOR, *idem*, 44–45 aponta ainda uma doutrina ainda mais exigente para o demandado e que diz ser minoritária, segundo a qual seria de afastar qualquer ponderação de interesses e dar prevalência à gravidade da ilicitude em si mesma: uma acessão ainda que de boa fé seria sempre grave, justificando a demolição da obra do réu, fossem quais fossem as desvantagens que este teria de suportar.

¹¹⁹³ STJ 1/6/1971, BMJ 208 (1971), 126.

¹¹⁹⁴ Cf. CECHELLA *Il processo* cit., 187 ss, esp. 198 ss.; MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, RDP 54/3 (1999), 763. Este recurso é de substituição quer da apreciação, quer da prova, e segue as regras dos arts. 737º a 739 ss. CPC/It referentes à jurisdição voluntária, o que leva MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 452 e LUISO, *DPC* IV cit., 183, a defenderem que não se trata de uma verdadeira impugnação (“apello”), contra GIACOBBE, *Tramonto dell'art.700 c.p.c.: spunti di riflessione in margine alla riforma del processo civile*, Sc. Fazzalari II cit., 445–466 = *Le nuove frontiere* cit., 289–306, que entende que a remissão é apenas para o procedimento e não para os princípios da jurisdição voluntária.

¹¹⁹⁵; por meio de *apelación* em Espanha (arts. 735º, nº 2 segunda parte, 736º LEC ¹¹⁹⁶); na Alemanha por *Beruf* [agravo] (§ 511/I ZPO), *Widerspruch* (§ 924 ZPO) ou *Einspruch* [reclamação] (§ 338 ZPO), consoante seja uma sentença (*Urteil*), um despacho *inaudita parte* (*Beschluss*) ou uma decisão proferida à revelia ¹¹⁹⁷; em França e Bélgica por *appel*, em geral ¹¹⁹⁸; no Brasil, mediante recurso de agravo ¹¹⁹⁹.

Esgotados os pressupostos temporais da recorribilidade, a decisão nunca faz caso julgado material e tampouco é prejudicial quanto à **pretensão material principal acautelanda** ¹²⁰⁰, não valendo ou obstaculizando seja na acção principal (cf. art. 383º, nº 4 ¹²⁰¹ e art. 488º NCPC/Fr), seja na acção de indemnização (cf. art. 390º, nº 1 ou o §

¹¹⁹⁵ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 40. Porém, manda o art. 387º-A que das “decisões proferidas nos procedimentos cautelares não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível”.

¹¹⁹⁶ Com efeito meramente devolutivo ou suspensivo consoante seja recorrido um despacho que decretou uma mediada ou um despacho que recusou uma media — cf. arts. 735º, nº 2 segunda parte LEC e 736º, nº 1. Nesta segunda eventualidade, pode também o pedido ser repetido por alteração das circunstâncias — art. 736º, nº 2 LEC.

¹¹⁹⁷ TEPLIZTKY, *Arrest* cit., 438; MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 17 ss, 30 ss, 35 ss, 77 ss; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 8; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1523 ss; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 36 e *Schuschke/Walker II* cit., § 924, Rdn. 1–6.

¹¹⁹⁸ Seguindo o tratamento de urgência dos arts. 1063º a 1066º CJ/B, salvo se a decisão ter sido decretada *inaudita altera parte*, caso em que valem as regras dos arts. 1031º a 1033º CJ/B — cf. CLOSSET-MARCHAL, *Les voies de recours*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 317–329 e VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 18. Em França pode ainda ter lugar, em certos casos, a *opposition*, nos termos do art. 490º NCPC/Fr — cf. CORNU/FOYER, *ob. cit.*, 735; NORMAND, *Les voies de recours*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 341–360; CROZE/MOREL/FRADIN, *ob. cit.*, 278; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 211; FRICERO, *PCv* cit., 109.

¹¹⁹⁹ Cf. BERMUDES, *A reforma* cit., 30 e 31.

¹²⁰⁰ Cf. RP 8/2/1993 e STJ 11/11/1997. Nesta linha: F. BAUR, *Studien* cit. 79 ss. e *Arrest* cit., 615; DAMM, § 920 cit., Rdn. 1; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 262–263; LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 10–11; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1520; HEINZE, *Vor § 916* cit., 625; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 57; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 13; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 13 e 80; REICHOLD, *Thomas/Putzo* cit., Vor § 916, Rdn. 1; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 36 e § 922 cit., Rdn. 24; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 322, Rdn. 30 e *Grundz § 916* cit., Rdn. 11.

¹²⁰¹ Neste sentido, na Alemanha, TEPLIZTKY, *Arrest* cit., 437. Mas, uma renúncia escrita aos meios de defesa por oposição (§ 924 ZPO), ao requerimento de revogação/alteração por mudança das circunstâncias (§ 926 ZPO) relativos a uma *Leistungsverfügung* levará

945 ZPO¹²⁰²). O tribunal da acção principal mantém-se, desta sorte, intacto ou não vinculado no seu poder jurisdicional ¹²⁰³.

Diversamente, em face de **ulterior providência com o mesmo objecto e partes**, a decisão ganha valor de *caso julgado formal*, findo o prazo de recorribilidade ¹²⁰⁴, e “efeitos de *caso julgado material*” ¹²⁰⁵, mas com fortes especialidades de estabilidade temporal que se mostrarão já de seguida ¹²⁰⁶.

à perda de interesse processual para a acção principal, pois o título ex ecutivo vale, do ponto de vista prático, como definitivo —TEPLITZKY, *ob. loc. cit.*

¹²⁰² WALKER, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 36.

¹²⁰³ COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 38 = *PCv cit.*, 59 ; BENDJOUYA, *PCv cit.*, 112 ; CASTIILLON, *Les pouvoirs cit.*, 32; HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 248, 294, 295 ; CROZE/MOREL/FRADIN, *ob. cit.*, 277 ; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 196 ; VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 670 ; JOMMI, *Il référé cit.*, 20–21. Contudo, na prática raramente a decisão final é diferente da decisão cautelar, como constata HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 296.

¹²⁰⁴ F. BAUR, *Studien cit.* 87; TEPLITZKY, *Arrest cit.*, 437; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz cit.*, 55; BROX/WALKER, *ZVR cit.*, Rdn. 1519, 1642; HEINZE, *MükoZPO 3 cit.*, § 922, Rdn. 6; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz cit.*, 57; GRUNSKY, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 12; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz cit.*, Rn. 79; VOLLKOMMER, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 13; WALKER, *§ 922 cit.*, Rdn. 23; HEIDERHOFF, [*Entscheidungen und ihre Wirkungen*], Berger, 2006, 368. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, quanto à litispendência de procedimento idêntico — MORBACH, *idem*, 55; GRUNSKY, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 11.

¹²⁰⁵ K. BLOMEYER, *Arrest cit.*, 61; F. BAUR, *Studien cit.*, 86 ss.; GRUNSKY, *Grundlagen cit.*, 280–281, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 12 ss. e *Vor § 935 cit.*, Rdn. 5; TEPLITZKY, *Arrest cit.*, 123, 437; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz cit.*, 56; LORITZ, *Rechtsnachfolge cit.*, 10; LÜKE, *ZVR cit.*, 358; ARENS/W. LÜKE, *Arrest cit.*, 14; BROX/WALKER, *ZVR cit.*, Rdn. 1520, 1642; HEINZE, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 35 e § 922, Rdn. 27, mas com reservas; GRUNSKY, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 14 e *Vor § 935 cit.*, Rdn. 15; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz cit.*, Rdn. 81ss. e 370; REICHOLD, *Thomas/Putzo cit.*, § 922; VOLLKOMMER, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 13; WALKER, *§ 922 cit.*, Rdn. 24; HARTMANN, *§ 322 cit.*, Rd 29; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR cit.*, § 35, Rdn. 26. Em França ficam vinculados tanto o tribunal que decretou o *référé* (ESTOUP, *La pratique cit.*, 27 e 28), como o tribunal do fundo enquanto não pronunciar a sentença final (CASTIILLON, *Les pouvoirs cit.*, 32). Cf., entre nós: RL 21/1/1977 (desistência anterior do pedido impede repetição de providência), RL 4/11/1993 (“Transitado em julgado o despacho que indeferiu o requerimento para execução de uma providência cautelar decretada não pode depois o requerente da providência renovar tal pedido”), STJ 29/2/1996, BMJ 454 (1996), 663 e STJ 5/6/2003 (aplicam os institutos da litispendência e caso julgado a duas cautelas), RC 23/4/2002 (invoca o trânsito da decisão no procedimento cautelar para obviar a uma sua substituição por caução, a prestar em embargos de executado), RP

II. O mesmo despacho tem, além disso, **força executiva** provisória ¹²⁰⁷ como sucede, por exemplo, com os os *provvedimenti d'urgenza ex vi* art. 669 *duodecies* CPC/It ¹²⁰⁸, com o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* por via dos § 928 e 936 ZPO ¹²⁰⁹, com os despachos sobre *référé* (cf. arts. 514 NCPC/Fr e 1039º/II CJ/B) ¹²¹⁰, com as

12/12/2002 (a “questão do caso julgado pode colocar-se entre dois processos de natureza cautelar”), RL 30/1/2007 (o arbitramento de reparação provisória produz caso julgado que não pode ser defraudado por via de outra cautela com o mesmo efeito). Já a desistência da instância cautelar apenas produz julgado formal, nos termos gerais, justamente (cf. RP 4/5/2000).

Contra, negando qualquer tipo de caso julgado: A. BLOMEYER, *ZPR* ², 1985, 698, em razão das especialidades deste processo; LEBRE DE FREITAS, *Repetição* cit., 473 (“o efeito de caso julgado é próprio de uma decisão de mérito, como tal definidora das situações jurídicas das partes”).

¹²⁰⁶ Por isso é que HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 294 escrevem que, por um lado, o “despacho de *référé* produz um efeito material naquilo em que ordene uma medida antecipatória da decisão do juiz da acção principal”, no sentido de que a decisão do juiz impõe-se às partes que “devem conformar o seu comportamento por ela” (*idem*, 248); mas por outro lado, essa decisão “não é dotada da autoridade de caso julgado, em razão do seu carácter provisório” (*idem*, 294).

¹²⁰⁷ RP 20/5/1997, cabendo no art. 48º, nº 1, por não ser uma sentença; RP 20/11/2000. Contra: RP 30/10/1980, RL 5/3/1992, RL 12/1/1995.

¹²⁰⁸ O respectivo procedimento executivo será o regime da acção executiva dos arts. 491º ss. CPC/It, se tiver por objecto quantias pecuniárias, enquanto nos demais casos — entrega de coisa, prestação de facto positivo ou negativo — caberá ao juiz determinar os termos da execução. Este regime vale também para as medidas possessórias e os *provvedimeni nunciativi, ex vi* art. 703º, 2ª al. CPC/It que remete para os arts. 669º bis e ss. CPC/It. Já os *provvedimenti* de *sequestro* seguem o seu regime próprio dos arts. 677º ss. CPC/It. Entre nós, nada se dizendo, o regime comum da execução para pagamento de quantia certa, para entrega de coisa certa e para prestação de facto, sendo a decisão cautelar tida como sentença condenatória para efeitos do art. 46º, nº 1, al. a) e sujeitando-se, porém, às garantias inerentes à execução provisória, previstas no art. 47º.

¹²⁰⁹ O § 928 ZPO manda sujeitar a *Vollziehung* ao regime executivo geral (§§ 808 ss. ZPO), salvo quando vigorem os preceitos dos § 929 ss. ZPO ou o sentido e finalidade do procedimento excluam normas, como as relativas à venda de coisas penhoradas, *i.e.*, que pressupõem a realização do direito subjectivo — TEPLITZKY, *Arrest* cit., 437; GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 928, Rdn. 1; LÜKE, *ZVR* cit., 377. Cf., por todos, WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 53.

¹²¹⁰ Seguindo-se o regime geral, eventualmente com prestação de caução — CORNU/FOYER, *ob. cit.*, 735; ESTOUP, *La pratique* cit., 30–31; NORMAND, *L'exécution*

medidas cautelares de Espanha *ex vi* art. 738º LEC, com as medidas antecipatórias e cautelares no Brasil, como manda o art. 273º § 3º CPC/Br, sujeita à exigência de prestação de caução ¹²¹¹.

Mas fala-se, então, não numa sucessiva *Vollstreckung* mas numa *Vollziehung*, não numa *esecuzione* mas numa *attuazione* (art. 669 duodecies CPC/It ¹²¹²), não numa

des mesures provisoires, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 307–314; BENDJOUYA, *ob. cit.*, 112 e 151; CROZE/MOREL/FRADIN, *ob. cit.*, 278; VICENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 669; CADIET/JEULAND, *DJP* cit., nº 641; FRICERO, *PCv* cit., 109; STAES, *DPC* cit., nº 40. Identicamente, para a Bélgica: LECOCQ, *L'exécution des mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 272–278. Em contrapartida, nos “casos de absoluta necessidade, o juiz dos référés ou o tribunal podem ordenar a execução do despacho ou do acórdão de imediato [sur la minute]” (arts. 489º e 1041º, 2ª al. CJ/B), ou seja sem citação prévia do requerido executado — cf. CROZE/MOREL/FRADIN, *ob. cit.*, 278; VICENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 669.

¹²¹¹ CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 175 = *CPCref* cit., 115–119.

¹²¹² Em conformidade, alguma doutrina que afasta funções de antecipação ao art. 700º CPC/It, nega que os *provvedimenti cautelari* possam ter força executiva autónoma (MONTESANO, *Attuazione delle cautele e diritto cautelabili nella riforma del processo civile*, RDP 46/4 (1991), 936–937; MONTELEONE, *MDPC* II cit., 392; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 473–474; LUISO, *DPC* IV cit., 185–186) radicando na clássica posição de LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, RDP 9/1 (1954), 248 ss. de que as medidas cautelares seguiam um único procedimento misto de estrutura unitária em que não seria possível distinguir uma fase de cognição e uma fase de execução, pelo que a sua aplicação teria determinada *ah hoc*. Contra, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del senato sul giudice di pace*, 1991, 262; CECHELLA, *Il processo* cit., 165, VULLO, *L'attuazione* cit., 95 ss., defendem o valor da decisão cautelar como título executivo autónomo nos casos de antecipação, mas já não nos casos de medidas de conservação pois esta implica uma continuidade entre os dois momentos.

Quanto a nós, sendo certo que execução, *usando dos regimes gerais*, poderá ter lugar se a cautela encerrar uma condenação em prestação, faz sentido afirmar com o ac. RL 15/12/1992 que “a urgência da medida impõe que os actos executivos, quando necessários, corram no próprio processo cautelar e não através de execução autónoma”. *Há, pois, duas fases, no interior de um mesmo procedimento.*

execução mas numa *efetivação* ¹²¹³, pela razão de que não se trata de satisfazer o direito mas de assegurá-lo ¹²¹⁴, salvo no caso das *Befriedigungsverfügungen* ¹²¹⁵.

O incumprimento de uma destas medidas imposta à parte pode gerar quer consequências no campo penal nos termos do art. 391º. Algo diferentemente, nos sistemas anglo-saxónicos a uma *injunction*, como remédio *in personam*, que impõe uma obrigação à parte passiva, levará o juiz a decretar sanções por verificação de uma desobediência ao tribunal ou *contempt of Court* ¹²¹⁶.

III. Após o trânsito em julgado o litígio pode ser **reapreciado**, em maior ou menor grau consoante os sistemas jurídicos.

A este propósito são paradigmáticos o art. 726º, nº 2 primeira parte LEC quando declara que as medidas cautelares têm carácter “*temporário, provisório*, condicionado e susceptível de modificação ou levantamento” e, bem assim, os art. 489º e 514º, 2ª al. NCPC/Fr e o art. 584º/I CJ/B ¹²¹⁷ em articulação com o art. 1039º CJ/B.

Portanto, trata-se de uma *estabilidade provisória* ¹²¹⁸: um caso julgado *rebus sic stantibus* ¹²¹⁹, *caso julgado provisório* ¹²²⁰ ou uma “certa autoridade de caso julgado” ¹²²¹, justificada pelo princípio da segurança jurídica ¹²²². Vejamos, então, em que termos.

¹²¹³ Pois a *efetivação* “é o ato pelo qual se cumpre decisões interlocutórias” (CARREIRA ALVIM, *CPCRef* cit., 116).

¹²¹⁴ BORCK, *Über die Vollziehung von Unterlassungsverfügungen. Die §§ 317 n.F., 750, 890, 922 ff., 945 ZPO unter dem Aspekt des UWG betrachtet*, WRP 9 (1977), 556, falando numa “Quasi-Zwangsvollstreckung; HEINTZMANN, *ZPR II* cit., 138; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 51.

¹²¹⁵ Além disso, o requerente tanto de *Arrest* quanto de *einstweilige Verfügung* (*ex vi* § 936 ZPO) tem o ónus de o fazer valer no prazo de um mês, por força do § 929/II ZPO, sob pena de a medida perder eficácia. Trata-se de um “*Wirksamkeitsvoraussetzung*” no dizer de TEPLITZKY, *Arrest* cit., 437, estabelecido no interesse do devedor, segundo BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1537. Caducando, nada impede, porém, o credor de pedir a emissão de nova e igual medida, desde que a urgência se mantenha (TEPLITZKY, *Arrest* cit., 437).

¹²¹⁶ Cf. curtas referências ao *contempt* em M. DINI, *La denunzia* cit., 3–6.

¹²¹⁷ Cf. jurisprudência afirmativa dessa provisoriedade em, por exemplo: KRINGS, *La jurisprudence* cit., 208; CASTIILLON, *Les pouvoirs* cit., 31–33; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11; VICENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 669.

¹²¹⁸ SATTA/PUNZI, *DPC/App*, 2007, 137.

¹²¹⁹ CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 80; DAMM, *AlternativKomm* cit., § 927, Rdn. 1; HEINTZMANN, *ZPR II* cit., 144; CLOSSET-MARCHAL, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 364; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 17.

¹²²⁰ COUCHEZ, *PCv* cit., 59.

Tratando-se uma **decisão de indeferimento** ¹²²³,

- em Itália, pode o requerente deduzir novo pedido de *igual providência* desde que “se verifiquem *alterações às circunstâncias* ou sejam deduzidas *novas razões de facto* ¹²²⁴ ou de direito” ¹²²⁵ (art. 669 *septies*, al. 1ª, segunda parte CPC/It ¹²²⁶);
- entre nós o art. 381º, nº 4, apenas estatui que “não é admissível, *na dependência da mesma causa*, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado” o que para alguns importa a exclusão de repetição do mesmo objecto ¹²²⁷, mas para outros permite a sua repetição desde que com um novo fundamento ¹²²⁸, ainda que subjectivamente superveniente ¹²²⁹,
- na Alemanha não se obsta à propositura de igual medida caso sobrevenha um perigo ao direito, quando antes o pedido tenha sido indeferido por falta de *Grund* ¹²³⁰, enquanto se for por falta de demonstração suficiente [*Glaubhaftung*] a repetição do pedido pressuporá novos elementos de facto ¹²³¹,

¹²²¹ VINCENT/GUINCHARD, *ob. cit.*, 670.

¹²²² NORMAND, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 391.

¹²²³ Evento que, em França, pode não ser totalmente negativo para o requerente: o juiz dos *reférés* pode concluir pelo indeferimento do requerimento de *référé*, mas reenviando, se houver urgência, a questão para o juiz da acção principal — procedimento de *passerelle* ao abrigo do art. 811º NCPC/Fr. Cf. CORNU/FOYER, *PCv* cit., 735; CROZE/LAPORTE, *GPPCv* cit., 48; GUINCHARD, GUINCHARD, *MgNvCPC* ¹⁰, 2001, 788; JULIEN/FRICERO, *ob. cit.*, 208.

¹²²⁴ Nomeadamente factos subjectivamente supervenientes em face da data do primeiro pedido, segundo MARELLI, *La stabilità* cit., 783.

¹²²⁵ Novas normas, nomeadamente, nota CECHELLA, *Il processo* cit., 81 ss.

¹²²⁶ Já se o indeferimento se fundou em incompetência do tribunal esses limites naturalmente que não existem — cf. art. 669 *septies*, 1ª al., primeira parte CPC/It.

¹²²⁷ ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 103 e STJ 24/6/1980, BMJ 298 (1980), 269.

¹²²⁸ Assim, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *MPC* cit., 26 nota (1); LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 12; RP 23/11/1998.

¹²²⁹ RP 18/3/1999.

¹²³⁰ LÜKE, *ZVR* cit., 358–359; HEINZE, *Vor § 916* cit., Rdn. 57; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 15; HARTMANN, *§ 322* cit., Rdn. 30.

¹²³¹ LÜKE, *ZVR* cit., 359; HEINZE, *Vor § 916* cit., Rdn. 57; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 8; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 35, Rdn. 26.

- diversamente, no Brasil, se o juiz negar a antecipação fica vedado à parte repetir a providência, cautelar ou antecipatória (art. 808º § único CPC/Br ¹²³²).

Tratando-se de uma **decisão de deferimento**, goza de uma clara intenção legal de *evitar uma excessiva precariedade* da tutela concedida ¹²³³, falando-se em “estabilidade limitada” ¹²³⁴ intraprocessual ¹²³⁵, pois apenas pode ser objecto de revogação/modificação em casos bem delimitados. Quanto a eles nota a doutrina alemã que não está em causa a “legalidade [da decisão primitiva] mas a *continuação* da medida urgente” ¹²³⁶.

Esses casos são:

- em Portugal e em Espanha: pedido do requerido que não haja sido ouvido antes “quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinar a sua redução” (art. 388º, nº 1, al. b) = art. 743º LEC ¹²³⁷);
- em Itália: além desse caso de *inaudita altera parte* (art. 669 *sexies*, 2ª al., *in fine* CPC/It), requerimento de parte invocativo de “*alterações das circunstâncias*” (art.

¹²³² DINAMARCO, *A reforma* cit., 344, e isto mesmo que se mude apenas o *rótulo*, na expressão de DINAMARCO, à medida pedida.

¹²³³ Assim, MERLIN, *La caducité et la rétractation des mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 379.

¹²³⁴ ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, RDP 52/2 (1997), 424. Mesmo COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 370 para quem a instrumentalidade e provisoriedade impõem a ausência de valor de caso julgado, notam a “capacidade de resistência através de uma preclusão limitada”, ainda assim “difícilmente agilizável em concreto”.

¹²³⁵ Ou seja, sem relevo fora da providência provisória, nomeadamente sem efeitos sobre a acção de mérito; neste sentido, CECHELLA, *Il processo* cit., 83. Para M. DINI, *La denunzia* cit., 30, trata-se de um caso julgado formal. Cf., ainda, LUGO, *MDPC* cit., 412.

¹²³⁶ TEPLITZKY, *Arrest* cit., 436. Identicamente, LÜKE, *ZVR* cit., 355; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 346; GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 1; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 927, Rdn. 1. MARELLI, *La stabilità* cit., 761-762, alude ao mesmo, mas de outro modo: a questão da legalidade e recorribilidade respeitam à estabilidade *interna*, enquanto uma ulterior modificabilidade, revogação ou pedido de medida rejeitada respeitam à estabilidade *externa*.

¹²³⁷ A alteração pode ser pedida se o requerente “alegar e provar factos e circunstâncias que não poderam ter-se em conta ao tempo da sua concessão ou dentro do prazo para oposição às mesmas”. Por exemplo: uma desproporção entre o dano já sofrido pelo requerido e o dano evitado pelo requerente (RC 9/11/2004) ou a inexistência do crédito alegado (RP 9/12/1999).

- 669 decies CPC/It), mas também, desde a reforma de 2005/2006, de *factos subjectivamente supervenientes* ¹²³⁸;
- na Alemanha: se ocorrerem *modificações de circunstâncias* (§§ 927 e 936 ZPO, este com os limites do § 938 ZPO ¹²³⁹) como sejam a *extinção do fundamento do perigo* ¹²⁴⁰ ou a *extinção da pretensão material* ¹²⁴¹, desde que sejam *factos subjectivamente supervenientes* ¹²⁴², ou *factos já deduzidos* mas haja novos

¹²³⁸ Caso “*si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquista conoscenza successivamente al provvedimento cautelare*” lê-se na nova formulação do art. 669 decies, 1ª al. CPC/It. Esta novidade foi ao encontro de uma parte da doutrina que defendia que, além da superveniência objectiva, incluir-se-iam factos alegados pela primeira vez, ainda que já conhecidos mas não deduzidos e mesmo factos alegados antes mas com nova prova produzida na acção de mérito: P. PISANI, *La nuova disciplina de processo* cit., 305, 357 e, com R. CAPONI, *Lineamenti* cit., 304; MONTESANO/ARIETA, *Il nuovo processo civile. Legge 353/1990*, 1991, 149 ss; FRUS, *Le riforme* (dir. CHIARLONI) cit., Art. 74/669 decies. Revoga e modifica, 740 ss; SASSANI, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 669-decies, 671-672; AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 22-23; MARELLI, *La stabilità* cit., 789, embora com solução mais moderada. Contra estavam ATTARDI *Le nuove disposizioni* cit., 241, MERLIN *I limiti* cit., 374 ss. = *Procedimenti* cit., 418 e 419; CECHELLA, *Il processo* cit., 82, 189 que entendiam haver *caso julgado cautelar* ou *preclusão* quanto às questões concretamente apreciadas e decididas, abrangendo quer os factos deduzidos, quer os factos deduzíveis, apenas passíveis de reapreciação em *reclamo*.

¹²³⁹ Por todos: GRUNSKY, *Stein/Jonas* 9 cit., § 927, Rdn. 3-5 e WALKER, *Schuschke/Walker* II cit., § 927 cit., Rdn. 11-19.

¹²⁴⁰ *Maxime*, a obtenção de título executivo desde que não seja provisório (GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 8) e a prestação de caução (LÜKE, *ZVR* cit., 355-356; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1529; HEINTZMANN, *ZPR* II cit., 144; GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 9; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP-ZP* cit., 326; WALKER, § 927 cit., Rdn. 12).

¹²⁴¹ *Maxime*, a realização da prestação assegurada (SCHLÜTER, *Die Erfüllung der Forderung als Erledigungsgrund im Arrestprozess*, ZZP 80/ 5-6 (1967), 449; MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 53; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1527; GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 6; WALKER, § 927 cit., Rdn. 12, 174; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 27), a caducidade (MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 53) ou uma de decisão de improcedência da acção principal transitada em caso julgado (GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 6; SCHRADER/STEINERT/THEEDE, *HRP-ZP* cit., 326; WALKER, § 926 cit., Rdn. 2, 147 e § 927 cit., Rdn. 13).

¹²⁴² DAMM, § 927 cit., Rdn. 4 e 5; HEINZE, *MukoZPO* 3 cit., § 922, Rdn. 5; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 17; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 84.

- elementos probatórios ou/interpretações jurídicas* ¹²⁴³ ou, em qualquer caso, que a parte passiva não pode, sem culpa, invocar ¹²⁴⁴;
- em França: a procedência de requerimento de uma das partes (cf. arts 488º, 2ª al. NCPC/Fr e 1032º CJ/B ¹²⁴⁵) em que se aleguem factos supervenientes configuradores de uma alteração das circunstâncias que suportaram a primeira decisão ¹²⁴⁶, factos apenas *objectivamente* supervenientes para alguns ¹²⁴⁷, também *subjectivamente* supervenientes para outros ¹²⁴⁸;
 - no Brasil: alteração das circunstâncias, na opinião de alguma doutrina e a despeito do mesmo § 4º do art. 273º CPC/Br ¹²⁴⁹ e modificação de uma medida cautelar (art. 807º CPC/Br ¹²⁵⁰).

M. Instrumentalidade: necessária e eventual

I. Após a obtenção da tutela indiferenciada pelo perigo pode prever-se que o *requerente tenha o ónus* de abrir — se ainda não o fez — um processo passível de fazer caso julgado sobre a existência ou inexistência do direito alegado — a *acção principal* — sob pena de caducidade da medida contra o perigo; ou pode ficar na *disponibilidade de requerente e de requerido* a abertura da acção principal. A primeira opção legislativa pode ser designada por sistema de *instrumentalidade necessária*; a segunda, por sistema de *instrumentalidade eventual*.

¹²⁴³ MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 53; DAMM, § 927 cit., Rdn. 4; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 15; HEINZE, § 922, Rdn. 5; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 16 e *Vor § 935* cit., Rdn. 15; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 86.

¹²⁴⁴ F. BAUR, *Studien* cit., 90; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1528; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 85.

¹²⁴⁵ Sem efeito retroactivo segundo CLOSSET-MARCHAL, *La caducité* cit., 366.

¹²⁴⁶ Com uma condição imposta pelo art. 1032º CJ: que as alterações não comportem prejuízo para terceiros — cf. CLOSSET-MARCHAL, *La caducité* cit., 365 e 366.

¹²⁴⁷ CLOSSET-MARCHAL, *idem*, 365.

¹²⁴⁸ NORMAND, *La caducité* cit., 391 e 392, desde que o desconhecimento não fosse negligente.

¹²⁴⁹ Assim, CARREIRA ALVIM, *Procedimento* cit., 178 = *CPCref* cit., 121; FADEL, *Antecipação* cit., 26. Sem essa ressalva, DINAMARCO, *A reforma* cit., 339. Efectivamente, lê-se no art. 273º§ 4º CPC/Br que “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

¹²⁵⁰ “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

O *sistema de instrumentalidade necessária* é identitário dos ordenamentos que são plenamente da matriz italiana — *i.e.*, o italiano e o português — e, bem assim, dos ordenamentos que historicamente nasceram naquela matriz — o espanhol e o brasileiro. O *sistema de instrumentalidade eventual* é identitário dos ordenamentos que integram as matrizes francesa, alemã e anglo-saxónica.

II. Na matriz italiana é corrente dizer-se que a **função instrumental** dos *provvedimenti d'urgenza* dita uma *provisoriedade intrínseca* ou *necessária* à decisão respectiva ¹²⁵¹: esgotada a necessidade de salvaguarda do efeito útil da acção principal deve extinguir-se a providência ¹²⁵². Os seus efeitos são “interinos e temporários, pela sua própria natureza” ¹²⁵³ pelo que a providência não pode regular indefinidamente o problema ¹²⁵⁴, ao contrário da decisão final da acção principal ¹²⁵⁵.

Em conformidade, impende sobre o requerente ¹²⁵⁶ o ónus de instaurar a acção principal, sob pena de caducidade da providência cautelar (art. 389º, nº 1, al. a) = art. 730º, nº 2 LEC = art. 808º/I CPC/Br). Assim sucedia no ordenamento italiano até à reforma de 2005/2006: obtida uma providência decretada ao abrigo do art. 700º a acção principal deveria ser colocada num prazo não superior de 30 dias — art. 669 *octies*, 1ª al. CPC/It — sob pena de caducar por força do art. 669 *novies*, 1ª al. CPC/It.

Apesar disto, sempre foi recorrente o entendimento de que a tutela cautelar *tende a tornar-se “definitiva de facto”* no dizer de CARPI ¹²⁵⁷ enquanto, entre nós, REMÉDIO MARQUES nota como o “conflito de interesses fica sanado com o decretamento” em certas providências ¹²⁵⁸.

Mas no plano jurídico-formal estes sistemas têm dado sinais de pretenderem evoluir no sentido de uma *progressiva aproximação* ao sistema de instrumentalidade eventual. Assim, em Itália, a regra do art. 669 *octies*, 1ª al. CPC/It — cujo prazo foi alargado para 60 dias — conhece desde a reforma de 2005/2006, após recorrentes críticas e

¹²⁵¹ Na doutrina, M. PRAZERES BELEZA, *Impossibilidade* cit., 342. Neste sentido, STJ 2/7/1946 (BO 6 (1946), 311).

¹²⁵² CALAMANDRE, *Introduzione* cit., 117; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 158 ss; M. DINI, *La denuncia* cit., 55; FRISINA *La tutela cautelare* cit., 992 ss; COMOGLIO, *La tutela* cit., 974.

¹²⁵³ COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 368.

¹²⁵⁴ TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 861.

¹²⁵⁵ P. PISANI, *LDPC* cit., 628.

¹²⁵⁶ Neste sentido, STJ 20/5/2003.

¹²⁵⁷ *La tutela* cit., 683. No mesmo sentido, TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, RDP 41/1(1986), 36.

¹²⁵⁸ *Acção* cit., 131. Providências relativas as factos irrepetíveis no tempo, diríamos nós, como a realização de um concerto ou o lançamento de um livro (REMÉDIO MARQUES, *idem*, 131).

propostas de alteração ¹²⁵⁹, uma importante excepção: já não se aplica “às *provvidências de urgência* decretados nos termos do art. 700º e às outras *provvidências cautelares idóneas a antecipar os efeitos da sentença de mérito*, previstos no código civil e em leis especiais” e, bem assim, às “*provvidências emitidas a seguir a denuncia de obra e nova e de dano temido*” (art. 669 *octies*, 6ª al. CPC/It), embora, facultativamente, “qualquer das partes pode instaurar a acção de mérito” (art. 669 *octies*, 6ª al. *in fine* CPC/It) ¹²⁶⁰. Desde então “uma *provvidência cautelare* não conservatória pode permanecer eficaz *sine die* se não for instaurada a causa de mérito ou se esta se extinguir” ¹²⁶¹, como

¹²⁵⁹ Foi o culminar de uma tendência iniciada em 1981 quando a *Commissione Liebman* propusera uma *provvidência cautelare* inominada “relativamente independente da instauração “ da acção de mérito (CERINO-CANOVA, *Verso la riforma del processo civile*, StDPC, 1992, 836 e *In tema di riforma del codice di procedura civile*, StDPC cit., 844) podendo assumir qualquer conteúdo, dando-se sequência à sugestão feita em 1979 por P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 335–340, 352–355 = *La tutela sommaria* cit., 332–335, 345–347, de criação de um “procedimento sumário de contraditório antecipado” que tivesse como objecto genérico “direitos de conteúdo e/ou função exclusiva ou prevalentemente não patrimonial”. Nos anos 90, a doutrina manteve crítica à instrumentalidade necessária para as *provvidências cautelares* antecipatórias (cf. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali*, FI 115/V (1990), 501 e P. PISANI, *Attualità e prospettive per il processo civile*, FI 125/V (2002), 4 e 6) e no Projecto Tarzia de 1996 os *provvedimenti d’urgenza* do art. 700º perderiam a necessidade de se instaurar acção principal e só seriam afastados por uma eventual sentença ainda que não transitada em julgado. Finalmente, em 2003 reaparecia no art. 50º do *Disegno di legge recante: “Delega al Governo per la riforma del codice di procedura civile* a intenção da eliminação da instrumentalidade em certos casos, mas a lei só mudou para as sociedades comerciais, através do novo processo declarativo especial do d.l. n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, nos seus arts. 23º, nº 1 e art. 24º, nº 3 (cf. atrás o § 5º 2.2.1., I C)).

¹²⁶⁰ Cf. DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 227–228; MERLIN, *I limiti* cit., 334; F. VERDE, *I provvedimenti* cit., 416 ss.; BALENA, *[La disciplina]* cit., 324 ss.; BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento* cit., 50; P. PISANI, *LDPC* cit., 600; G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili* cit., 490; MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217; MAZZARELLA/TESORIERE, *CDPC* cit., 338; SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135–138. Já no *Código de Procedura Civile* de 1865 não havia um prazo para a abertura da acção de mérito, uma vez decretada uma *sospensione della esecuzione delle deliberazioni delle società anonime* (cf. DIANA, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, 1910, 110).

¹²⁶¹ Sem prejuízo de o requerente poder ele mesmo instaurar a acção principal para obter um vencimento mais amplo ou para obter um valor de caso julgado, normalmente será o requerido a ter interesse em abrir essa via de tutela declarativa, no dizer de BALENA, *[La disciplina]* cit., 342.

sintetizam SATTA/PUNZI ¹²⁶². Fala-se, por isso, num “regime de estabilidade diferenciado” ¹²⁶³ ou de *instrumentalidade atenuada* ¹²⁶⁴ ou *diferida no tempo* ¹²⁶⁵.

Mas também entre nós o art. 16º RPE veio fixar que, “quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal”, o que parece *legalizar* o que já sucedia antes de facto ¹²⁶⁶.

III. Alemanha e França desconhecem um ónus de colocação da acção principal em dado prazo se aquela ainda não está pendente.

Na Alemanha, por regra, só a requerimento da parte passiva é que um tal prazo será fixado pelo juiz, segundo o § 926/I ZPO, aplicável a qualquer *einstweilige Verfügungen ex vi* § 936 ZPO ¹²⁶⁷. Contudo, o requerido pode propor uma acção de simples apreciação negativa, sem estar dependente da diligência do requerente ¹²⁶⁸. Esta possibilidade de uso do meio de tutela plena manter-se-á enquanto existir no mundo” ¹²⁶⁹ o *Arrest* ou a *einstweilige Verfügung*, ou seja, enquanto os seus efeitos jurídicos não se tiverem exaurido. Contudo, as partes podem concordar em renunciar à propositura da acção principal, acabando por tornar a decisão provisória em título definitivo de regulação dos interesses das partes ¹²⁷⁰.

Se for fixado prazo e não houver propositura daquela acção ¹²⁷¹ terá sempre a parte passiva de requerer a revogação da medida, como manda o § 926/II ZPO ¹²⁷².

¹²⁶² DPC/App cit., 137; no mesmo sentido, BALENA, *idem*, 329.

¹²⁶³ BALENA, [La disciplina] cit., 324.

¹²⁶⁴ SALVANESCHI, *La domanda* cit., 292; CONSOLO, *SpDPC I* cit., 303 e 304; P. PISANI, *LDPC* cit., 600; MANDRIOLI, *CDPC III* cit., 217 e SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135 ss.

¹²⁶⁵ ARIETA, *TDPC III/1* cit., 38.

¹²⁶⁶ Cf. a questão em REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 132–135.

¹²⁶⁷ Por todos: GRUNSKY, § 926 cit., Rdn. 1. Há, porém, casos de *Befriedigungsverfügung* em que se pode defender um dever de fixar oficiosamente prazo: *v.g.*, quando há duas medidas que não se podem cumprir senão uma em detrimento da outra (SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 13, 467).

¹²⁶⁸ DAMM, § 926 cit., Rdn. 1; HEINZE, *MükoZPO 3* cit., § 926, Rdn. 4; GRUNSKY, § 926 cit., Rdn. 2; WALKER, § 926 cit., Rdn. 2; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 926, Rdn 3; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 926, Rdn. 1.

¹²⁶⁹ TEPLITZKY, *Arrest* cit., 436.

¹²⁷⁰ SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 13.

¹²⁷¹ Não a podendo propor senão o requerente — LÜKE, *ZVR* cit., 354, para o *Arrest*.

¹²⁷² Cf. BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1531; GRUNSKY, § 926 cit., Rdn. 16; WALKER, § 926 cit., Rdn. 26 ss.

¹²⁷³ SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 13.

Em França nada na lei impõe uma acção principal ao requerente que viu o seu pedido de *référé* sair vitorioso: seguramente no caso das medidas *antecipatórias* não faria sentido o juiz impor ao autor ir “fazer reconhecer pelos juízes do fundo o que próprio teve como evidente”, escreve NORMAND ¹²⁷⁴, salvo para as medidas proibitivas ou inibitórias que toquem em garantias fundamentais como, por exemplo, a liberdade de expressão ¹²⁷⁵. Mas já para as *medidas conservatórias*, conforme jurisprudência recente que impôs a obrigação de abrir a acção principal em prazo razoável ¹²⁷⁶, alguma doutrina considerou que estas medidas podem ser suficientemente onerosas para levar o juiz a “considerar inoportuno deixar indefinidamente o réu à mercê do seu adversário” ¹²⁷⁷.

Em Inglaterra, nos casos de concessão de *interim remedy* antes de uma acção, “poderá o tribunal estabelecer directivas determinando que a acção de mérito tenha início” (r. 25.2. (3) CPR 1998) ¹²⁷⁸. Contudo, pela r. 25.2. (4) CPR 1998 o início desta acção *não será necessário* para os requerimentos de providência deduzidos ao abrigo da s. 33 SPA 1981 ou da s. 52 CCA 1984 — *order for disclosure, inspection*.

IV. Na prática, a tutela cautelar *tende a valer como final* em França e na Alemanha pois *as partes não mais instauram a acção principal* ¹²⁷⁹.

Na Alemanha as partes *perdem o interesse* em colocar a acção principal ¹²⁸⁰, pela sua duração e custos, e aceitam a decisão provisória ¹²⁸¹ como viável para o seu litígio, não somente quando houve antecipação da realização do direito por meio de *Leistungs-* e *Befriedigungsverfügungen* ¹²⁸² mas mesmo quando apenas foi proferida uma *Sicherungs* ou uma *Regelungsverfügung* ¹²⁸³. Como escreve TEPLITZKY, o requerimento de abertura da acção principal “apenas faz sentido, quando o demandado vê melhores hipóteses de resultado na acção principal; de outro modo causará apenas

¹²⁷⁴ *La caducité* cit., 389.

¹²⁷⁵ *La caducité* cit, 389 e 390.

¹²⁷⁶ Cf. *apud* NORMAND, *La caducité* cit., 389.

¹²⁷⁷ NORMAND, *La caducité* cit, 389.

¹²⁷⁸ “Where the court grants an interim remedy before a claim has been commenced, it may give directions requiring a claim to be commenced”.

¹²⁷⁹ F. BAUR, *Arrest* cit., 607.

¹²⁸⁰ ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 6.

¹²⁸¹ SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 107.

¹²⁸² Por exemplo nos casos de antecipação de uma inibição, *maxime* na concorrência desleal, o cumprimento antecipado vale, de facto, como final — cf. FRITZE, *Bemerkungen* cit., 291; BRUNS/PETERS, *ZVR* cit., 342; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 3; SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18; WALKER, *§ 926* cit., Rdn. 28.

¹²⁸³ SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 1.

custos adicionais desnecessários” ¹²⁸⁴. Na verdade, não só isso é raro como, quando sucede, quer o tribunal da acção principal, quer o tribunal de recurso limitam-se a decidir nos mesmos termos do tribunal cautelar ¹²⁸⁵, confirmando-se uma *irreversibilidade de facto* da decisão ¹²⁸⁶.

Em França o quadro é semelhante: “se o requerente obtém do juiz dos *référés* uma provisão de uma quantia igual àquela da indemnização que o juiz da acção principal lhe poderia conceder, pode decidir não demandar junto deste” e “mais frequentemente o seu adversário não o fará tampouco” dado tal não ter efeito suspensivo da execução provisoriamente iniciada e também porque se estiver ciente da sua falta de razão não irá gastar dinheiro em mais acções judiciais ¹²⁸⁷. E, tal como na Alemanha, raramente a decisão final será diferente da decisão em *référé* ¹²⁸⁸. Se a decisão final nunca sobrevir o despacho de *référé* acaba por ser irreversível de facto — “o provisório é susceptível de ser tornar perene” ¹²⁸⁹ — o que tem sido objecto de crítica ¹²⁹⁰.

V. Por fim, também em Inglaterra os *interim remedies/injunctions* tornam-se, com frequência, “a única apreciação judicial do litígio substantivo na acção, porque a decisão provisória induz o requerente a abandonar a acção ou fornece-lhe uma base para um mútuo acordo ou a acção não chega a julgamento por outras razões” ¹²⁹¹.

N. Caducidade

I. A mesma função instrumental dita, nos sistemas de matriz italiana, que a caducidade sobrevenha ainda quando, apesar de se cumprir o ónus da abertura da acção principal o *processo estiver parado* (art. 389º, nº 1, al. c)), o “*processo principal*

¹²⁸⁴ *Arrest* cit., 436. No mais vale o interesse em obter uma decisão rápida — GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 3.

¹²⁸⁵ Assim F. BAUR, *Arrest* cit., 607, citando um exemplo jurisprudencial ; prevalentemente nas medidas cautelares decretadas no direito da concorrência, segundo FRITZE, *Bemerkungen* cit., 291.

¹²⁸⁶ JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 35, Rdn. 15, com as medidas cautelares decretadas no direito da concorrência.

¹²⁸⁷ HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 285.

¹²⁸⁸ HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 248.

¹²⁸⁹ HÉRON/LE BARS, *ob. cit.*, 285. Identicamente, GUINCHARD *et alia*, *Droit processuel* cit., 105 e ainda 1095, que veêm aqui “verdadeiros procedimentos de mérito” com efeitos frequentemente irreversíveis, o que justificaria a sujeição ao art. 6º CEDH, ao contrário do que a jurisprudência do TEDH tem defendido.

¹²⁹⁰ Assim, COUCHEZ *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU), cit., 36.

¹²⁹¹ ANREWS, *ECP* cit., nº 18.02. No mesmo sentido, BEAN, *Injunctions*, 2004, 24.

haja terminado por qualquer causa” (art. 731º, nº 1 primeira parte LEC ¹²⁹² = art. 389º, nº 1, al. c) e d) = 808º/III CPC/Br), ou sobrevenha decisão discordante na *acção principal* (cf. arts. 389º, nº 1, al. c) = art. 745º LEC ¹²⁹³) ou *em qualquer acção* ainda que não transitada em julgado (cf. arts. 389º, nº 1, al. e) = art. 669 *novies*, 3ª al. CPC/It = art. 744º, nº 1 LEC ¹²⁹⁴) que declare a inexistência originária ou superveniente do direito acautelado ¹²⁹⁵. Ainda, residualmente, por outras causas estritamente processuais ¹²⁹⁶.

Diversamente, em Inglaterra se a acção principal conhecer termo por causa que não seja transacção entre as partes, a *interim injunction* que não seja uma *freezing injunction* caducará (“shall be set aside”), salvo se o tribunal decidir que continue a ter efeitos mesmo após o termo da instância — *r. 25.10 CPR 1998* ¹²⁹⁷.

Contudo, também aqui estão a ter lugar mudanças: em Itália, com a reforma de 2005/2006 a extinção da eventual acção de mérito já “não determina a ineficácia das providências” (art. 669 *octies*, 7ª al. CPC/It) ¹²⁹⁸.

¹²⁹² Contudo, assim não será “quando se trate de sentença condenatoria ou de auto equivalente” (art. 731º, nº1 segunda parte LEC); nesse caso as medidas mantêm-se até que corra o prazo de dilação de vinte dias a contar da notificação da sentença, a que o art. 548º sujeita, por regra, a aquisição de força executiva de uma condenação. Transcorrido o dito prazo, se o requerente não solicitar a execução, serão levantadas as medidas que estiverem adoptada (no art. 731º, nº1 terceira parte LEC).

¹²⁹³ “*Transitada em julgado* a sentença de absolvição da instância ou do pedido, assim como a que verificou a desistência do pedido ou a deserção, a medida será levantada de modo absoluto e completo, caso antes o não tenha sido antes”. Identicamente, em sede de *référé*: CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 32 e CLOSSET-MARCHAL, *La caducité* cit., 363.

¹²⁹⁴ Salvo se o “recorrente solicitar a sua manutenção ou a adopção de alguma medida diferente e o tribunal, ouvida a parte contrária, atentas as circunstâncias do caso e o prévio aumento do valor da caução considere procedente diferir o requerimento”.

¹²⁹⁵ *V.g.*, a desistência do pedido na acção principal (RL 21 /1 /1993). Já no regime alemão a improcedência da acção principal é uma das causas de revogação por alteração de circunstâncias, ao abrigo do § 927/I — cf., por todos, WALKER, § 927 cit., Rdn. 13.

¹²⁹⁶ Por exemplo: a falta de prestação de caução exigida ao abrigo do art. 669 *undecies* CPC/It ou às situações especiais atinentes a tribunais estrangeiros ou arbitrais previstas no mesmo art. 669 *novies*, 4ª al. CPC/It.

¹²⁹⁷ “*The interim injunction shall be set aside unless the court orders that it should continue to have effect even though the claim is stayed*”. Também se a acção estiver parada por falta de pagamento de custas, a *interim injunction* caducará no prazo de 14 dias desde a data da suspensão, segundo a *r. 25.11 CPR 1998*.

¹²⁹⁸ “*L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa*”.

II. Predominantemente as causas de caducidade da providência não relevam automaticamente, carecendo esta de ser declarada pelo juiz *a pedido* — cf., por exemplo, art. 669 *novies* 2ª al. CPC/It ¹²⁹⁹, o § 927 ZPO ¹³⁰⁰, o art. 731º, nº 1 *in fine* LEC. Tal era também o regime legal entre nós até à reforma de 1995/1996 ¹³⁰¹, mas que parece actualmente admitir-se que o juiz, “desde que conste nos autos a ocorrência do facto que o determina, (...) ouvido o requerente, deve ordenar o levantamento da providência, ainda que *oficiosamente* (sic)” ¹³⁰².

Nestas eventualidades, o tribunal poderá fixar medidas de reprecinação da situação anterior à aplicação da medida, *v.g.*, mediante restituição de quantia ou de coisa), por exemplo, em Itália, em procedimento autónomo, ao abrigo da 2ª al. do art. 669 *novies* CPC/It ¹³⁰³.

Mais importante, poderá haverá lugar a *responsabilidade civil* do requerente que tenha agido sem a “prudência normal” (art. 390º, nº 1 ¹³⁰⁴ = art. 96º, 2ª al. CPC/It = § 945º ZPO ¹³⁰⁵ = art. 721º, nº 1, 730º, nº 2 LEC = art. 811º CPC/Br ¹³⁰⁶), servindo a caução prestada para garantir esse “eventual ressarcimento dos danos”, como reza o 669 *undecies* CPC/It = arts. 728º, nº 3 LEC e 732º, nº 3 e está implícito no art. 390º, nº 1.

Também em França, defende-se uma obrigação de reprecinação da situação de facto ou, na sua impossibilidade, a responsabilidade civil, pelo regime da execução provisória segundo LEVAL ¹³⁰⁷ e NORMAND ¹³⁰⁸ e nos Estados Unidos, seja para obter

¹²⁹⁹ Discutindo a não oficiosidade, FINOCCHIARO, *Sul nuovo procedimento* cit., 863–865.

¹³⁰⁰ SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 13.

¹³⁰¹ Neste sentido: ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* I cit., 645 e MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 64. Na jurisprudência: STJ 10/11/1998.

¹³⁰² LEBRE DE FREITAS et alia, *CPCanot* 2 cit., 56.

¹³⁰³ Cf. TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 881; MERLIN, *I limiti* cit., 360 ss.; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 322–324; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 440 ss; LUISO, *DPC* IV cit., 156, 179 ss; MONTELEONE, *MDPC* II cit., 381

¹³⁰⁴ Em acção autónoma onde pode até haver intervenção de terceiro que não foi parte no procedimento cautelar — STJ 14/1/1972, BMJ 213 (1972), 179 — fazendo valer uma responsabilidade civil extracontratual, segundo o ac. STJ 16/10/2003.

¹³⁰⁵ Previsões paralelas de responsabilidade civil acham-se a propósito de medidas provisórias diferenciadas como, por exemplo, no § 85/5 PatG. Cf. LÜKE, *ZVR* cit., 379–381.

¹³⁰⁶ Além de responsabilidade civil objectiva “restituindo-se as coisas no estado anterior” (art. 588º (III) CPC/BR).

¹³⁰⁷ *Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 398–402, aplicando o art. 1389º, 2ª al. CJ/B a ambos os casos de extinção do *référé*, contra doutrina que o exclui da caducidade e o sujeita apenas a um regime de responsabilidade civil subjectiva.

uma *preliminary injunction*, seja para obter uma *temporary restraining order*, o requerente deve prestar caução (*security* ¹³⁰⁹ ou *bond* ¹³¹⁰) que o tribunal reputar adequada, em garantia dos custos e danos que possa sofrer a parte indevidamente sujeita a uma daquelas medidas provisórias (*r. 65 (C) FRCP*) ¹³¹¹.

III. Já se a eventual acção principal for de *sentido concordante* com providência cautelar, esta *caducará* por si mesma e será, segundo uns, *absorvida* pela decisão ¹³¹² e, segundo, ALBERTO DOS REIS *substituída* pela mesma *apagando-se* ¹³¹³.

¹³⁰⁸ *La réparation du préjudice subi en cas d'infirmité de la décision provisoire par le juge du fond*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 417–420.

¹³⁰⁹ Regulada na *r. 65.1. FRCP*.

¹³¹⁰ O' CONNELL, *Remedies* cit., 32.

¹³¹¹ *"The payment of such costs and damages as may be incurred or suffered by any party who is found to have been wrongfully enjoined or restrained"*.

¹³¹² COMOGLIO /FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 369; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 360; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 173 e *TDPC* III/1 cit., 35.

¹³¹³ *A figura* cit., 55–56. Nos Estados Unidos as *preliminary injunctions*, que têm eficácia provisória até à decisão final, sendo confirmadas passam a ter o valor de *permanent injunctions*, como dá nota O' CONNELL, *Remedies* cit., 32.

§ 6º APRECIÇÕES CONCLUSIVAS

1. Primeira conclusão: *no plano formal há duas tutelas sumárias; a importância do binómio verosimilhança/provisoriedade*

I. Terminámos a exposição analítica das expressões de tutela não plena ou de urgência, enquanto tutela produzida com restrições às garantias constitucionais por necessidade de cumprir uma função: evitar os danos decorrentes do tempo processual.

Importa agora fazer o tratamento final desses dados em ordem *a confirmar ou infirmar os fundamentos constitucionais normalmente invocados para a existência de uma tutela cautelar*. Para tal importa, como já nos propusemos, fixar ou negar conceitos de *tutela sumária* e *tutela cautelar*: esta é um meio de celeridade qualitativa como outros ou é diferente na sua função?

Uma *primeira* reflexão que os dados nos sugerem é a de que os diversos meios processuais analisados apresentaram, como pressupunhamos ser próprio de uma celeridade processual qualitativa, uma ligação/justificação funcional com uma urgência/*periculum in mora* ¹³¹⁴, tanto expressamente – *v.g.*, os *provvedimenti di urgenza*, as medidas antecipatórias do art. 273º CPC/Br, o arresto, o *référé* – quanto aquando da sua criação legislativa — *v.g.*, a *ingiunzione*, a exequibilidade provisória de sentença, os títulos extrajudiciais.

Em *segundo* lugar, essa *ratio* justifica que num plano formal se possa falar de uma verdadeira *plataforma comum de urgência* utilizada pelos legisladores ordinários para responderem ao perigo de dano aos direitos ¹³¹⁵. Essa plataforma não é uniforme: apresenta dentro de si mesma *gradações de intensidade da sumariedade procedimental* que podem ser sistematizadas à volta de algumas características como a *elasticidade* na ocorrência e na intensidade das restrições por ela trazidas e a *proporcionalidade* como critério determinativo da configuração concreta possível, nos termos gerais do princípio da celeridade processual ¹³¹⁶. Em especial, a elasticidade parece poder concretizar-se em três grupos de sumariedade, em função do grau de

¹³¹⁴ Neste sentido, DINAMARCO, *A reforma* cit., 336: “tanto quanto as medidas cautelares as antecipatórias são reacções ao *periculum in mora*”.

¹³¹⁵ Neste sentido, OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 23: os processos monitórios e as providências cautelares “são espécies do género *processos sumários*, por conterem limitações no campo de investigação probatória, com base no qual o julgador fundamentará sua sentença; e sob o aspecto exterior, meramente formal, (...) são *procedimentos especiais*, por não obedecerem à estrutura do procedimenrto ordinário”.

¹³¹⁶ Cf. § 5º, III.

afastamento do modelo de tutela plena, tendo *por vector central e decisivo o contraditório*¹³¹⁷: *sumariedade fraca, sumariedade média e sumariedade forte.*

A **sumariedade é forte quando o contraditório é diferido**: o sujeito passivo não participa da formação do acto judicial — v.g., decisão, penhora — que se abaterá sobre a sua esfera jurídica e pode-se pronunciar sobre o acto depois de o mesmo já estar concluído (*contraditório formalmente diferido*¹³¹⁸) ou antes do acto, mas sem que a sua oposição obste a uma procedência provisória da pretensão do autor (*contraditório materialmente diferido*^{1319 1320}). A **sumariedade é média quando o contraditório não é diferido** quando o sujeito é chamado a participar da formação do acto judicial que terá efeitos sobre a sua esfera jurídica, mas se não deduzir oposição à pretensão do autor será concedida de imediato a providência de tutela¹³²¹ ou, numa variante mais fraca,

¹³¹⁷ Pois é o contraditório que determina o grau e momento da *cognitio* e é um factor importante na opção final quanto ao grau de estabilidade que a providência poderá alcançar. Em termos simples: se pode haver tutela de urgência sem prova, nunca pode haver tutela de urgência sem contraditório, ou ainda se pode haver tutela de urgência sem caso julgado, nunca pode haver tutela de urgência sem contraditório.

¹³¹⁸ Exemplo em configuração pré-processual: a previsão de *títulos executivos extrajudiciais* como modo de evitar a necessidade de sentença condenatória, pois a possibilidade o demandado se pronunciar será já na execução do título. Exemplo em configuração intra-processual: sempre que num processo a tutela da posição da parte activa tenha prevalência temporal sobre a audição da parte passiva — v. g., arresto, restituição provisória da posse, dispensa de citação prévia à execução.

¹³¹⁹ Exemplo: na *condenação com reservas* presente nos arts. 648, 1ª al. (*ingiunzione*) e 665º CPC/It (*convalida di sfratto*) e no art. 19º, nº 2 do *d.l. n. 5*, de 17 de Janeiro de 2003 (*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonchè in materia bancaria e creditizia*) o réu é condenado provisoriamente e com força executiva, sem prejuízo da procedência em sede de sentença final das excepções que ele apresentou na contestação mas sem prova escrita — cf. P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 324–331 = *La tutela sommaria* cit., 324–329 = *LDPC* cit., 572–573; G. F. RICCI, *Arts. 657º–669º* cit., 2009.

¹³²⁰ Em ambas as eventualidades, uma actividade processual de contraditório que seja formal ou materialmente posterior ao acto de concessão de tutela, já tem uma função completamente diferente da que teria se este fosse anterior ao acto: já não é de *participação* na formação do acto, mas já materialmente de *impugnação* do mesmo. A esta luz, *não há diferença essencial entre contraditório diferido e direito de impugnação judicial, por reclamação ou por recurso.*

¹³²¹ Exemplo (1): os procedimentos de *contraditório eventual* (MONTELEONE, *DPC* cit., 109), *injuntórios* (SATTA, *CommCPC IV/1* cit., 3 ss, esp. 10 ss) ou *monitórios* (LUISO, *DPC IV* cit., 100, PISANI, *LDPC* cit., 551 ss, DINAMARCO, *A reforma* cit., 229 ss.; CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 450–464) ou de *provocatio ad oponendum* (PASSANANTE,

será tida como reconhecida pelo réu a matéria de facto ¹³²² A **sumariedade é fraca** quando o sujeito é chamado a participar da formação do acto judicial, suscitando-se,

Art. 186 *ter* cit., 594) nos quais o “juízo sobre a oportunidade de determinar a instauração do processo” de tutela plena cabe “à parte em cujo interesse está estabelecido o contraditório” (P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 318 = *La tutela sommaria* cit., 319), pelo que a sua falta após regular citação implica a procedência do pedido de mérito. Daí o uso da expressão clássica *accertamenti com prevalente funzione esecutiva*” (cf. CHIOVENDA, *IDPC* I cit., 215 ss. e CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 12) para a sua caracterização funcional, por exemplo em: TARZIA, *La tutela cautelare* cit., XXVIII; NAVARRA, *La tutela interinali: art. 186bis e ter c.p.c. Prospettive “de iure condendo”*, GI 145/IV (1993), 81; G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili* 3 cit., 261, MANDRIOLI, *DPC* III cit., 192, 195 = *CDPC* III cit., 146,149; GALLI FONSECA, *CommBv* cit., Arts. 633–656, 1911; MANZO, *CPCComm* cit., Arts. 633º–643º, 5.

Usando uma sub-divisão conceptual feita por P. PISANI, *Appunti sulla tutela* cit., 318–322 = *La tutela sommaria* cit., 319–322 = *LDPC* cit., 551–552 = *Il procedimento d’ingiunzione*, RTDPC 41/1 (1987), 292–293 = *Lineamenti* cit., 282 e por VIGNERA, *Considerazioni sul processo d’ingiunzione (rilievi generali e profili funzionali)*, RDP 56/1 (2001), 170), aqueles procedimentos tanto podem ser de *tipo injuntório puro* em que o autor apenas tem o ónus de alegar os factos, mas não o ónus de os provar — *v.g.*, procedimento de injunção do *ex vi* art. 14º, nº 1 do Anexo ao Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro, o *procedimento de ingiunzioni* na parte do art. 641º, 1ª al. CPC/It, as *ordinanze* dos arts. 186 *bis*, al. 1ª al. CPC e 423º; 1ª al. CPC, o *Mahnverfahren* dos §§ 688º ss. ZPO; a *convalida di sfrato* no caso do art. 663º, 1ª al. (*Mancata comparizione o mancata opposizione dell’intimato* —, como de *tipo injuntório documental* em que o autor tem o ónus de alegar e provar os factos — *v.g.*, a *ordinanza* dos arts. 186º *ter* (na parte em que remete para o art. 633º, 1ª e 2ª als. CPC/It e para o art. 642º, 1ª al. CPC/It), art. 186º *quater* e 423º, 2ª al. CPC/It, o *procedimento monitorio ou de ingiunzioni* (art. 641º, 1ª al. CPC/It que remete para o art. 633º, nº 1 CPC/It e art. 642º, 1ª al. CPC/It); as *injonctions de payer e de faire* dos arts. 1405º ss. NCPC/Fr; o *Urkundsprozess* dos §§ 592º ss. ZPO; o *Mandatsverfahren* dos §§ 548º ss. ZPO/ Ö; o *proceso monitorio* dos arts. 812º ss. LEC e o *juicio cambiário* dos arts. 819º ss. LEC; a ação monitoria dos arts. 1102º–A ss. CPC/Br.

Exemplo (2): o que entre nós se designa por revelia operante com cominatório pleno em que a concessão de tutela faz-se com ausência de apreciação do litígio, tanto de facto, como de direito e que surge ainda no art. 805º, nº 4 *in fine*.

¹³²² Exemplo: o que entre nós se designa por revelia operante com cominatório semi-pleno na qual a apreciação de facto se baseará apenas no que alega o autor, mas a discussão sobre o direito já será em contraditório — *v.g.*, art. 484º, nº 1 *in fine*, art. 803º corpo CPC/Br *ex vi* art. 1053 CPC/Br. Aqui a actividade de apreciação é sempre sumária porque em vez de ter lugar efectivamente uma actividade de apreciação plena e

nesse caso, *uma apreciação sumária do objecto do processo* pelo tribunal ¹³²³. Aqui a restrição não se faz ao nível do contraditório e da apreciação, mas apenas ao nível da apreciação e da estabilidade da providência ¹³²⁴.

Ora esta plataforma de urgência que, consoante as necessidades, assume maior ou menor sumariedade, *torna impossível isolar um conceito de tutela cautelar atendendo apenas ao momento e relevância do contraditório*, dada a transversalidade dos três modelos de sumariedade. Mesmo a nossa figura legal das providências cautelares não especificadas admite, em regra, cognição não diferida, mas excepcionalmente também admite cognição diferida, nos termos do art. 385º, nº 1, *i.e.*, sumariedade forte e fraca respectivamente.

II. Há que ensaiar outra aproximação aos dados do direito positivo.

Porventura o critério distintivo reside em sede da **qualidade da decisão final**. Aqui poder-se-á distinguir entre **providências com valor provisório**, *i.e.*, *que podem ser*

esgotante (“esauriente”) ir-se-á directamente para a fase da concessão de tutela ao autor da pretensão ou para a fase da discussão sobre o direito.

¹³²³ É a *opção de sumariedade mais simples e residual*, bastando-lhe que uma estatuição de sumariedade por ausência de um especial comportamento negativo das partes ou de uma concreta situação de perigo. Mas não haverá uma sumariedade ainda menor: a tutela que é em tudo procedimentalmente plena, *i.e.*, o contraditório necessário é acompanhado de apreciação plena, mas a decisão é provisória? Não: já notámos no § 4º 2.1., IV que tais situações são de tutela plena para um direito que, pela sua própria natureza, é intrinsecamente variável e, nesse sentido, de tutela provisória, estando excluída qualquer circunstância extrínseca de urgência.

¹³²⁴ Exemplos (1): o *prejudgment attachment* de *freezing* dos bens do r. 64 FRCP, as *freezing injunctions* de bens proibindo a parte de remover os bens ou de deles dispor da r. 25.1. (1) (f) CPR 1998, os *provvedimenti possessori* (arts. 703–705º CPC/It, conjugados com os arts. 1168º e 1170º CC/It, respectivamente), o *interdicto de obra nueva ex vi* art. 250º, nº 1, al. 5ª LEC e o *juicio verbal ex vi* art. 250º, nº 1, al. 4ª; o *prejudgment claim of right to possession* do § 415.46 CCCP; a concessão provisória de alimentos (art. 399º, os arts. 148º, 2ª al. CC/It e 446º CC/It, art. 852º CPC/Br); o *procedimento di repressione della condotta antisindicale* (art. 28º, 1ª al. StatLav), a fixação de pensão ou indemnização provisória (arts. 121º ss. CPT). Exemplo (2): o art. 273º /II CPC/Br: a pretensão em que a actividade de defesa do réu pode ser pura e simplesmente ignorada, mas sem que isso implique a procedência do pedido ou, ao menos, a dispensa de prova dos factos para o autor. Exemplo (3): as soluções de tutela indiferenciada pelo perigo, como as nossas providências cautelares inominadas, as medidas cautelares castelhanas ou o *référé* francês.

executadas independentemente ¹³²⁵ do trânsito em julgado, embora dotadas de estabilidade relativa ¹³²⁶ e providências com valor definitivo, i.e., que apenas podem ser executadas depois do trânsito em julgado para a totalidade do litígio ¹³²⁷, tanto originariamente ¹³²⁸, como supervenientemente ¹³²⁹.

Deste modo, num plano global pode afirmar-se que a provisoriedade da decisão final é eventual ¹³³⁰ na tutela de urgência, o que parece tornar impossível um isolamento das providências cautelares ¹³³¹. Afinal, procedimentos provisórios há muitos.

¹³²⁵ Dizemos independentemente e não antes, porque nem todas são sequer idóneas para adquirir essa qualidade, como se vai ver de imediato.

¹³²⁶ Latamente designados como *provvedimenti di tutela interinale* por MONTESANO, *La tutela* cit., 245 e 246 e FRISINA, *La tutela anticipatoria* cit., 371 e 372.

Neles se podem distinguir dois tipos de soluções. Em primeiro lugar, regimes de tipo *sommario-interinale* (MERLIN *Le ordinanza* cit., 143) em que a medida não sobrevive à decisão final que necessariamente irá ocorrer, que os irá absorver ou revogar, nem sobrevivem à extinção do respectivo processo (MERLIN, *idem*, 143, resume-os a uma “provisoriade-instabilidade”); exemplos: a cláusula geral e indiferenciada de exequibilidade provisória das decisões de primeira instância (art. 47º, nº 1), o art. 446º CC/It e o art. 852º CPC/Br. Em segundo lugar, regimes de tipo *anticipatorio interinale* (MERLIN, *idem*, 141): decidem de um litígio apenas para efeitos executivos — a chamada *preclusione esecutiva* (MERLIN *Idem*, 164) — e não carecem de ulterior apreciação ou confirmação em decisão definitiva, mas o executado pode colocar uma acção de enriquecimento sem causa contra o exequente (MERLIN, *idem*, 164); exemplos: os procedimentos monitórios puros dos arts. 186º *bis* e 423º, 1ª al. CPC/It (MERLIN, *Le ordinanza* cit., 141–142 e 169; ZUCCHI, *L’ordinanza* cit., 1027; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 695, falando em “posição intermédia” entre os processos capazes de alcançar uma estabilidade *pro judicato* e os processos provisórios e antecipatórios).

¹³²⁷ Designados como *provvedimenti sommari autonomi* por MONTESANO, *La tutela* cit., 245–246 e FRISINA, *La tutela anticipatoria* cit., 370 e 371.

¹³²⁸ Assim, os chamados processos de tipo *sommario-decisorio* (MERLIN, *Le ordinanza* cit., 143–144): as condenações por falta de oposição em sede de embargos de terceiro do art. 803º corpo CPC/Br *ex vi* art. 1053 CPC/Br, a nossa revelia operante, a *convalida di sfrato* do 663º 1ª al. CPC/It, as *injonctions de payer e de faire* dos arts. 1405º ss. NCPC/Fr.

¹³²⁹ Assim, quando a decisão ganha o valor de caso julgado se houver falta ou improcedência de oposição decidida em tutela plena (*v.g.*, o art. 28º, 3ª al. StatLav; cf., no sentido de haver aqui um valor de caso julgado, configurando uma categoria da tutela satisfativa autónoma, CARPI, *La tutela* cit., 700 e 701).

¹³³⁰ Expressão de COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 684, a propósito das providências de condenação antecipada dos arts. 186 *bis*, 186 *ter* e 186 *quater* CPC/It.

III. Ou talvez o critério distintivo seja em sede da **qualidade do juízo probatório**.

Quanto a este volta a estar presente a *elasticidade* na ocorrência e na intensidade das restrições, podendo distinguir-se entre **procedimentos com ausência absoluta de actividade jurisdicional** e, por isso, de qualquer juízo probatório ¹³³² e procedimentos com **juízo probatório qualitativamente idêntico ao juízo probatório da tutela plena** (i.e., um juízo de *certeza* quanto à existência dos factos ¹³³³), **mas quantitativamente menor nos meios** ¹³³⁴.

As nossas providências cautelares não caem em nenhuma daquelas categorias. Generalizando, as medidas que exigem a *alegação de perigo concreto* — v.g., arresto providências cautelares do art. 381º, *provvedimenti* do art. 700º CPC/It, medidas antecipatórias do art. 273º/II CPC/Br e cautelares do art. 798º CPC/Brl — e certas medidas que o dispensam como o *référé de fond*, exigem sempre um juízo probatório que é **qualitativamente diverso do juízo probatório da tutela plena**. A saber: um juízo de *aparência* ou de *verosimilhança* quanto à existência dos factos ¹³³⁵, i.e., o

¹³³¹ Mesmo que procurássemos aplicar a divisão de MERLIN entre procedimentos de tipo *sommario-interinale* e de tipo *anticipatorio interinale* teríamos dificuldade em arrumar as providências cautelares inominadas, as *einstweiligen Verfügungen*, as medidas cautelares espanholas e brasileiras, as medidas antecipatórias brasileiras, os *provvedimenti d'urgenza*, o *référé* francês: havendo instrumentalidade necessária parecem cair no primeiro grupo, enquanto havendo instrumentalidade eventual parecem cair no segundo grupo. Mas nada disto é seguro.

¹³³² Assim, na sumariedade forte da técnica dos títulos extrajudiciais.

¹³³³ Por isso, discordamos de TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 3, para quem, na *summaria cognitio*, a “tutela jurisdicional é conferida à base de juízos de verosimilhança”: não necessariamente como se vai ver.

¹³³⁴ Isso sucede quando se fixa uma *ausência de actividade probatória*, sendo declarados os factos como provados e a pretensão como procedente (v.g., em alguns regimes de sumariedade média de tipo injuntório puro e na revelia de cominatório pleno), quando se colocam *restrições quanto aos meios de prova e à duração da fase de prova* (v.g., nos regimes de sumariedade fraca que se bastem com a audição das partes e a recolha de informações sumárias (art. 1ª al. StatLav), e nos regimes de sumariedade média de tipo injuntório documental), e quando se colocam *restrições aos factos* que são necessários para a providência ser concedida ou ser recusada, vistas em alguns regimes de sumariedade forte (v.g., a condenação com reservas).

¹³³⁵ Daí COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 367, afirmarem que a actividade de demonstração do *fumus* e do *periculum in mora* sendo feitas “para as provas inicialmente disponíveis (...) não tem ainda (...) a consistência de um verdadeiro e próprio acerto [da existência dos factos], fundado sobre a aquisição de provas

fumus boni iuris na matriz italiana e a *Glaubhaftmachung* na doutrina alemã das *einstweiligen Verfügungen*.

Deste modo, é possível começar a isolar um *certo grupo de procedimentos formalmente sumários que parece, hipoteticamente, identificar-se com algo como uma tutela cautelar* — supondo que cautelares sejam as demais figuras estrangeiras.

IV. Mas há que ir mais longe e reler os dados anteriores relativos ao contraditório e à estabilidade da decisão final. Tomados isoladamente eles não revelam uma tutela autónoma, como mostrámos. Mas o caso muda de figura se os associarmos.

Efectivamente, aquele mesmo e hipotético grupo de meios cautelares é o único que, seja qual for a sua matriz jurídica, apresenta cumulativamente o seguinte binómio formal: o já referido *juízo probatório de verosimilhança* e a *provisoriedade da decisão final*. O mesmo é dizer que nenhum outro grupo de instrumentos processuais junta **sempre e ao mesmo tempo** uma actividade probatória qualitativamente diversa da tutela plena com uma decisão que nunca é estável.

São traços que são *eventuais* e *variáveis* nos demais remédios sumários, mas são *necessários* e *fixos* na tutela cautelar.

Se a isto juntarmos a constatação de que, quanto ao contraditório, há uma sumariedade forte eventual — *i.e.*, em certos casos pode haver decretamento de cautela com dispensa de citação prévia —, bem pode dizer-se que o hipotético grupo de meios cautelares é, do ponto de vista formal, *a mais sumária* ou, se quisermos, *a mais urgente de todas* as tutelas.

V. Em suma: não sem alguma dificuldade, isolámos no interior das providências obtidas com restrições às garantias de processo equitativo dois grupos de remédios. Um grupo cujo procedimento é elástico, variando o peso interno da tríade *contraditório diferido/qualidade do juízo probatório/provisoriedade* e um grupo cujo procedimento não é elástico, repousando sempre num binómio *verosimilhança/provisoriedade necessárias*.

Importa agora apurar se esse grupo tem autonomia no plano material e se é, em todo o caso, uma verdadeira medida de tutela sumária ou de urgência.

plenas”. Mas há ainda o exemplo da verosimilhança conjugada com *alegação de má fé processual do réu* previsto no art. 273º/II CPC/Br.

2. Segunda e terceira conclusões: no plano material há tutela de urgência com mérito idêntico ao da tutela plena e com mérito próprio; aparente presença de causa de pedir e de pedido cautelares

2.1. Enunciado preliminar; fixação terminológica – tutela antecipatória e tutela cautelar

I. Pensamos que há dados suficientes no direito positivo para concluir pela coexistência de *duas realidades processuais absolutamente diversas no plano material*, em correspondência com os dois grupos de remédios que isolámos segundo caracteres formais. Esses dados contrariam afirmações jurisprudenciais de que a “providência cautelar está para a sentença a proferir no processo principal na mesma relação em que um juízo provisório sobre determinada matéria está para com o juízo definitivo sobre a mesma matéria” ¹³³⁶. Não está, de todo, em nosso modo de ver.

De um lado temos a **tutela de urgência dotada de identidade com o mérito da tutela plena**, estatuída para previsões normativas seja de *perigo presumido* pelo legislador, seja de *perigo concreto*. Aqui as partes e o objecto processual do procedimento de urgência são os mesmos da acção plena. Do outro lado, temos a **tutela de urgência desprovida de identidade com o mérito da tutela plena**, estatuída para previsões normativas de *perigo concreto* e, em alguns casos, de perigo presumido. Aqui, apesar de as partes serem as mesmas da acção plena, o objecto processual é sempre diverso do objecto da acção plena.

Por isso, enquanto a primeira é *necessariamente uma tutela que antecipa a obtenção da providência de tutela que se pediria na tutela plena*, a segunda, logicamente, que é *necessariamente não antecipatória da providência de tutela que se pediria na tutela plena*.

Esta separação de águas no campo da tutela de urgência tem, precisamente, correspondência doutrinal nas distinções que são feitas entre *tutela (decisória) sumária* e *tutela cautelar* ¹³³⁷, entre *tutela sumária não cautelar* e *tutela sumária cautelar* ¹³³⁸,

¹³³⁶ RL 29/3/1990.

¹³³⁷ LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, RTDPC 41/1 (1987), 91.

¹³³⁸ MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 205 e 208, *TDPC* III/1 cit., 8 e MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutele differenziate” nei processi civile*, RDP 34/4(1979), 593; P. PISANI, *La nuova disciplina del processo* cit., 302, *LDPC* cit., 547, 548, 597 e 598 e *L’istruzione* cit., 21; R. CAPONI, *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, RTDPC 52/2 (1998), 585; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 33; VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 24 ss.

entre *tutela antecipatória* e *tutela cautelar* ¹³³⁹, entre *tutela satisfativa* e *tutela cautelar* ¹³⁴⁰ ou entre *tutela de urgência* e *tutela cautelar* ¹³⁴¹. No Brasil, OVÍDIO BAPTISTA opõe os termos *execução [antecipada] para segurança* e *segurança da execução* ¹³⁴².

Por nossa parte, propomo-nos usar a terminologia **tutela antecipatória** vs **tutela cautelar** por ser a que melhor exprime a diferença de objectos processuais. Ao mesmo tempo torna-se possível fazer a equivalência entre os *instrumentos que em Portugal se designam por providências cautelares e as soluções de direito estrangeiro que apresentem igual funcionalidade perante o perigo e igual autonomia de objecto* e que, como veremos, são as *medidas cautelares* espanholas e brasileiras, a *antecipação de tutela* brasileira, os *provvedimenti d'urgenza* italianos, os *référé*s francês e belga, as *einstweiligen Verfügungen* e as *interim injunctions* anglo-saxónicas. E daí a nossa opção: *todas elas poderão ser designadas por tutela cautelar*.

II. Naturalmente que *temos de demonstrar como se pode chegar a esta conclusão genérica*.

2.2. **Tutela antecipatória**

2.2.1. **Identidade do mérito**

I. Começemos pelas **situações de perigo presumido ex lege** seja em razão directa do objecto processual — *v.g.*, o direito de crédito, no casos das soluções monitórias ou injuntórias —, seja em função de um comportamento negativo da parte — *v.g.*, o propósito dilatório da actuação do réu no caso do art. 273º/II CPC/Br, a omissão processual do autor após a entrega da petição, na *procedure par défaut du demandeur* ao abrigo do art. 468º, 1ª al. NCPC/Fr.

Sem repisarmos a doutrina que vai nesse sentido, pensamos ser relativamente pacífico que *sempre que o processo é sumariamente estruturado, em resultado de uma*

¹³³⁹ COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 683; ATTARDI, *DPC* I cit., de modo esparso nas pp. 157 e 159.

¹³⁴⁰ CARPI, *La tutela* cit., 699 e 670, embora sub-distinguindo entre tutela satisfativa autónoma e provisória; BIAVATI, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (Spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, RTDPC 40/1 (1986), 38 ss.

¹³⁴¹ Assim sucede no contencioso administrativo português, em que há um Título apenas para os *Processos Urgentes* (arts. 97º–111º LPTA) e um Título apenas para os *Procedimentos cautelares* (arts. 112º–127º LPTA).

¹³⁴² *Do processo* cit., 9 ss.

opção legislativa, não há uma mudança nem de objecto, nem de partes: há uma identidade entre o mérito da tutela plena e o mérito da tutela estatuída para as previsões normativas de perigo presumido pelo legislador ¹³⁴³.

Antes de mais há uma **identidade de objectos** tanto do ponto de vista da causa de pedir, quanto do ponto de vista do pedido.

Assim, e por exemplo, se a obrigação de A entregar € 100 000 a B já a título de pagamento de um fornecimento que já se venceu sem cumprimento, a *causa de pedir* será a mesma quer B proponha uma acção de condenação na restituição dessa quantia, quer B entregue um requerimento para injunção de pagamento desses ao abrigo dos arts. 1º e 7º, segunda parte do Anexo ao Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro: o incumprimento da obrigação de pagamento. O *pedido*, é bom de ver, é também o mesmo: a produção de um comando de actuação com o conteúdo da obrigação incumprida, dimanado do tribunal, no primeiro caso, e da secretaria judicial, no segundo caso.

Identicamente, a *causa de pedir* e o *pedido* não mudam em caso de revelia absoluta do réu nos termos do art. 484º, nº 1 *in fine*, ou por a pretensão ter sido objecto de uma *Versäumnisurteil* nos termos dos §§ 330º ss. ZPO; muito menos há alteração do objecto se o autor requerer antecipação de condenação nos termos do art. 273º/II CPC/Br alegando e demonstrando abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu — este facto é relevante para o funcionamento do regime de tutela sumária que a lei lhe associa ¹³⁴⁴ mas é externo à situação material controvertida em si mesma. Em ambos os exemplos se, por exemplo, se pedia a declaração de nulidade de um contrato de compra e venda tendo por causa de pedir um vício de forma assim vai continuar a ser: o réu revel ou abusador será absolvido ou condenado do mesmo pedido ordinariamente formulado, suportado naquela causa de pedir originariamente alegada.

Também a causa de pedir que funde um mandado de despejo (*convalida di sfrato*) do processo civil italiano, mantém-se quer o processo siga a via plena quer siga a via sumária por *falta efectiva de uma oposição viável* relevada no art. 665º CPC/It.

Portanto: **o uso de um meio de tutela por perigo presumido não tange no lado objectivo do mérito.** *O autor tem de alegar os mesmos factos constitutivos do seu direito que alegaria em tutela plena para pedir o mesmo; não tem de alegar outros factos ou mais factos pela simples razão de que o direito de que eles são causa é o mesmo.*

¹³⁴³ Neste sentido, MANDRIOLI, *Per una nozione* cit., 556: a técnica da antecipação implica uma identidade de objecto e de escopo.

¹³⁴⁴ A cognição passa de plena, *i.e.*, da exigência de produção de juízos de certeza, para sumária pois passa a bastar “prova inequívoca” do direito alegado, de modo que o tribunal possa ficar convencido da “verossimilhança da alegação”.

E depois há uma **identidade de partes**: as partes de uma injunção são as mesmas partes na respectiva acção sumária abreviada; as partes ou seus transmissários constantes do título executivo extrajudicial são as partes da acção declarativa que foi poupada; as partes são as mesmas, havendo ou não revelia. Enfim, trabalhador e a entidade patronal são as mesmas na acção de reintegração sumária do trabalhador prevista no art. 18º, 7ª al. StatLav, conjugado com o art. 22º StatLav ou nas nossas suspensões de despedimento individual ou colectivos dos arts. 34º ss CPT e 41º CPT.

Posta a questão noutros termos: **o uso de um meio de urgência por perigo presumido também não tange no lado subjectivo do mérito**. *O autor faz uso nessa tutela das mesmas normas de legitimação processual que invocaria na tutela plena.*

II. Passemos agora às **situações de perigo alegado pelo autor** e que carece de ser relevado judicialmente *in concreto*. Aqui impõe-se algum cuidado, pois temos de distinguir entre os casos em que essa alegação *não implica uma mudança nem de objecto, nem de partes e por isso há uma identidade com o mérito da tutela plena*, dos casos em que essa alegação implica uma mudança de objecto e, porventura, de partes e, por isso, **não há uma identidade com o mérito da tutela plena**.

Apenas os primeiros antecipam os tempos da tutela.

Ou seja: há que distinguir muito bem entre o perigo de mora demonstrado/urgência que conduz à *antecipação* e o perigo de mora demonstrado/urgência que conduz à *cautela*.

Começemos por um exemplo exterior ao processo civil mas que é de grande alcance paradigmático: o **art. 121º, nº 1 LPTA**. Este autoriza o tribunal a “*antecipar o juízo sobre a causa principal*” quando “*a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito*”. Mas também na Alemanha há um exemplo semelhante: o § 85/1 PatG admite que, mediante uma medida provisória, seja autorizado o uso da invenção desde que a sua imediata divulgação seja “urgentemente exigido pelo interesse público”¹³⁴⁵.

Já dentro do nosso processo civil os casos paradigmáticos encontrados são os das **condenações *in futurum*** e, antes da reforma de 2003, certas admissibilidades de **execução provisória** de decisão pendente de recurso¹³⁴⁶.

¹³⁴⁵ Algo a demonstrar em termos de *Glaubhaftigkeit* pelo autor — GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 3, 163.

¹³⁴⁶ Há outros mais isolados como a previsões brasileiras do art. 84º § 3º do *Código de Defesa do Consumidor* que estabelece que “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a

As condenações *in futurum* estão previstas no art. 472º e são possíveis quer em caso de perigo que é presumido pelo legislador — “quando se pretenda obter o despejo de um prédio no momento em que findar o arrendamento” e para as prestações vincendas na pendência da acção — quer sempre que a “falta de título executivo na data do vencimento da prestação possa causar grave prejuízo”. Deste modo, em qualquer caso, o perigo de mora processual justifica uma *antecipação da própria tutela condenatória* que se deveria obter mais tarde, cumprindo os tempos processuais da tutela plena.

Quanto à *execução provisória*, antes da reforma de 2003, tendo a interposição de apelação efeito suspensivo excepcionava-se com situações de perigo presumido previstas no art. 692º, nº 2, als. b) e c) — condenações em demolições, reparações ou outras providências urgentes, arbitramento de alimentos, fixação de contribuição do cônjuge para despesas domésticas — e de perigo concretamente alegado de que a “suspensão da execução seja susceptível de causar à parte vencedora prejuízo considerável” (anterior al. d) do nº 2 do mesmo artigo). Invertido o esquema dos efeitos da interposição de recurso, após 15 de Setembro de 2003, o que sucede é que aquele mesmo perigo legitima agora o recorrente a pedir a antecipação do efeito *concreto* da procedência do recurso, por meio da *suspensão dos seus efeitos*, ex vi art. 692º, nº 4

1347

III. Em todos estes exemplos tanto o objecto processual, como as partes processuais são rigorosamente os mesmos da tutela plena: nos arts. 121, nº 1º LPTA, 472º e 692º, nº 4, a medida antecipada é a mesma que se obteria mais tarde e no caso da execução provisória por perigo é evidente que a decisão que se pode logo executar refere-se ao mesmo mérito — já fixado num primeiro grau de estabilidade ex vi art. 666º, nº 1 — cujo trânsito em julgado está pendente.

Deste modo, *procura-se evitar que os tempos processuais ignorem os tempos do direito tutelando*, permitindo-se que o autor obtenha o mesmo que teria por via plena,

tutela liminarmente ou mediante justificação prévia” ou do art. 213º § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece que “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia”. Mais: para a doutrina brasileira maioritária tal seria o caso do art. 273º (I) CPC/Br.

¹³⁴⁷ No direito estrangeiro, um bom exemplo é o da execução provisória em sede de *processo di ingiunzioni*, nos casos atrás referidos de apresentação pelo credor “*cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato*”, possível, ao abrigo o art. 642º, 2ª al. CPC/It, desde que o juiz, a requerimento do credor com base em “*pericolo di grave pregiudizio nel ritardo*”, os declare provisoriamente exequíveis se deduzida a *injunção* de pagamento ou de entrega ao devedor, este não vier a cumprir.

mas mais cedo ¹³⁴⁸. E portanto nada têm de tutela cautelar, como em Itália a maior parte da doutrina tem defendido para a execução provisória por perigo de dano prevista no art. 282º CPC/It ¹³⁴⁹, entendimento refutado e bem por OVÍDIO BAPTISTA ¹³⁵⁰.

2.2.2. *Consequências: antecipação e fungibilidade*

I. Se há identidade entre o mérito da tutela de urgência por perigo presumido e o mérito da tutela plena, e se aquela é temporalmente anterior a esta, caso esta tivesse lugar, a lógica impõe que se diga que aquela tutela é, por isso, **antecipatória do conteúdo ou efeitos da procedência/improcedência do pedido deduzível na tutela plena**.

Mas importa ser rigoroso e definir o que é a antecipação e perceber em que medida as nossas conclusões se adequam a essa definição. *Um meio de tutela é antecipatório de outro meio de tutela quando subsume os mesmos factos às mesmas previsões normativas, para produzir os mesmos efeitos jurídicos, antes do tempo daquele* ¹³⁵¹, *ainda que de modo provisório*.

¹³⁴⁸ Esta exclusão da execução provisória e, em geral, da tutela antecipatória, do âmbito cautelar, ainda que tenha de haver alegação de perigo, está muito bem justificada em OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 12 ss, 81 ss.

¹³⁴⁹ Neste sentido, CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 42 ss.; CHIOVENDA, *PDPC* ³, 1912, 233; LASAGNO, *Le riforme* (dir. CHIARLONI) cit., Art. 33. *Execuzione provvisoria*, 337–352; CHIARLONI, *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI) cit., Art. 33 [Art. 282 c.p.c.], 153–159; VIGNERA, *Sui rapporti tra provvedimento d’urgenza e sentenza di merito*, RDP 48/2 (1993), 514; FERRI, *Note* cit., 558–562; CONSOLO, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 282, 255–267; GALLI FONSECA, *CommBv* cit., Art. 282, 886–889.

¹³⁵⁰ *Do processo* cit., 42 ss.

¹³⁵¹ Mas importa fazer uma distinção do ponto de vista dogmático que corresponde, do ponto de vista do direito positivo, à distinção que atrás fizemos entre providências concedidas com valor definitivo e providências concedidas com valor provisório: se ambas são antecipatórias do mérito, quando fundadas em perigo presumido, contudo diferente é a natureza dessa antecipação. Nas primeiras estamos perante uma *tutela definitiva* de conteúdo antecipatório meramente *virtual*, pois não há modo de saber, dada a excepção de caso julgado, se a tutela plena daria o mesmo resultado. Nas segundas estamos perante uma *tutela provisória* cujo conteúdo antecipatório é *condicionado*, pois pode vir a ser confirmado ou infirmado por uma decisão proferida em tutela plena. Mas não se retire daqui que quando a tutela de urgência é provisória não há sequer real equivalência ou antecipação verdadeiras e rigorosas entre aquela tutela dita e a tutela plena, dado uma solução que é limitada temporalmente, tanto do ponto de vista processual, quanto, por inerência, do ponto de vista substantivo, seria diferente de uma solução final. Sem dúvida que uma coisa é beneficiar de uma sentença

A compreensão deste conceito desenvolve-se por três planos: *plano processual*, *plano material* e *plano prático*.

II. No ***plano processual/formal*** pode dizer-se que há antecipação quando se está perante um *concurso de efeitos entre a realização de duas previsões normativas processuais* ¹³⁵², no qual uma — a previsão da tutela de urgência — produz *efeitos de tutela* que correspondem inteiramente ou parcialmente aos efeitos produzidos pela outra — a previsão da tutela plena — prevalecendo a tutela que, potencialmente, os pode produzir em primeiro lugar, ainda que à custa de restrições às garantias processuais ¹³⁵³. Fazendo uso de conceitos por nós elaborados atrás ¹³⁵⁴, isto é o mesmo que dizer que a antecipação dos efeitos da procedência/improcedência do pedido é, num *plano abstracto do conteúdo da tutela*, uma antecipação da providência de tutela plena — a declaração de nulidade de um negócio jurídico, a constituição de uma servidão, a condenação na entrega de um bem.

Ora foi isso que observámos nos exemplos que reputamos de tutela antecipatória, tanto de perigo presumido — *v.g.* na restituição provisória de posse, nos procedimentos injuntórios — como de perigo alegado e demonstrado — *v.g.*, o art. 472º, nº 2. Em todos o autor obtém uma decisão/solução sobre o seu pedido de tutela antes do momento em que o mesmo sucederia em sede de tutela plena.

provisória de condenação e respectiva exequibilidade provisória, e outra coisa é dispor de uma sentença transitada em julgado. E sem dúvida que a tutela sendo provisória fica sujeita a um facto total ou parcialmente extintivo — a superveniência de uma decisão judicial de sentido oposto. Mas como a provisoriedade respeita à qualidade temporal dos efeitos da tutela, e não ao respectivo mérito, é também inegável, diríamos, que o objecto processual — a causa de pedir, o pedido — é o mesmo independentemente de tutela ser provisória ou ser definitiva. Por outro lado, a natureza condicional destas antecipações implica que o legislador, para se manter no quadro de um processo equitativo, ou as admita apenas se os seus efeitos forem reversíveis, tanto no plano abstracto, quanto no plano concreto — é o que a doutrina brasileira diz passar-se com o art. 273º (II) — ou impondo ao beneficiário que preste caução para acautelar, abstractamente, o perigo de dano que impende sobre a parte passiva — *v.g.*, para atribuição de *força executiva provisória e imediata às decisões de 1ª instância* ao abrigo do art. 47º, nº 1.

¹³⁵² Assim, TOMMASEIO, *I provvedimenti* cit, 20.

¹³⁵³ É ocioso relembrar que a legalidade desse concurso e a ulterior prevalência da previsão normativa que é temporalmente anterior, apesar de restritiva de garantias processuais, se funda na função constitucional de salvaguarda da efectividade temporal da tutela jurisdicional.

¹³⁵⁴ No § 4º 2.1., III.

Por outro lado, numa consideração meramente teórica, é adicionalmente aceitável que, em razão de ponderações de risco de injustiça, esses efeitos tanto possam ser produzidos de *modo incondicional e final*, i.e., com imediato alcance do valor caso julgado ¹³⁵⁵, como possam ser produzidos de *modo condicional e provisório*, i.e., sem imediato alcance do valor de caso julgado ¹³⁵⁶.

III. Esta antecipação tem, no **plano material**, um significado muito claro: ocorre a **aplicação das mesmas normas para os mesmos factos, de que se retira o direito subjectivo** e que seriam invocadas na tutela plena.

Quanto a este aspecto também não restam dúvidas: tanto nas previsões legais de tutela de urgência por *perigo presumido legislativamente*, como nas previsões legais de tutela de urgência por *perigo concreto demonstrado*, o autor deduz as mesmas pretensões alegando as mesmas normas para os mesmos factos. Por exemplo: as mesmas fontes normativas de responsabilidade civil, da obrigação de restituição, da obrigação de pagamento. Se adicionalmente tiver de invocar perigo concreto este não diz respeito à relação material controvertida mas às condições de qualidade temporal da tutela.

IV. Enfim, esta **dupla antecipação processual/material** traduz-se em que, no **plano concreto ou social do conteúdo da tutela**, o autor vai obter mais cedo as vantagens — *o mesmo efeito útil* — que apenas potencialmente a tutela plena lhe poderia dar ¹³⁵⁷: a segurança jurídica, a satisfação do seu interesse como credor, a realização do seu direito à denúncia de um contrato, e assim sucessivamente.

¹³⁵⁵ Nesta variante *a providência de tutela sumária tem autonomia*, pois não pode ser afastada pelo resultado de uma ulterior providência de tutela plena, inadmissível através da excepção de *caso julgado*. Foi, por exemplo, o que vimos suceder na revelia com efeito cominatório pleno, na *convalida di sfrato* do 663º 1ª al. CPC/It, nas *injonctions de payer* e *de faire* dos arts. 1405º ss. NCPC/Fr.

¹³⁵⁶ Nesta variante *a providência de tutela sumária não tem autonomia*, pois pode ser afastada pelo resultado de uma ulterior providência de tutela plena, pois que aquela *não fez caso julgado material*. Contudo, tem valor executivo provisório, *medio tempore*, como vimos suceder: *podem sempre ser executadas independentemente desse trânsito em julgado*.

¹³⁵⁷ Aparentemente até se poderia dizer que, mais do que uma antecipação de efeito útil, a tutela antecipatória é a única a dá-lo de facto, algo que presumivelmente a tutela plena não realizaria, dado o *periculum in mora* que se concretizaria, entretanto. Exemplo: se o autor que recorre com sucesso uma acção de condenação obtém um título com força executiva, quando, o legislador, pelas razões atrás apontadas, lhe colocar a via da tutela sumária — *v.g.*, injunção — como opção, o sujeito obterá também um título executivo, mas mais cedo, permitindo-lhe vai obter uma execução com

E isto sucederá mesmo que se trate de uma medida antecipatória provisória, pois a exequibilidade provisória assegura aquele efeito útil.

Mas neste caso, sendo a antecipação provisória, não dotada de autonomia, e uma vez que os efeitos formais ou processuais — *maxime*, a declaração do direito, a constituição ou a condenação — só se darão com o caso julgado, toda a antecipação se fará apenas neste último plano concreto ou social. Ou seja: não podem ser antecipados os efeitos que tenham no caso julgado uma condição *sine qua non*.

Neste caso, como TEORI ZAVASCKI escreve, o “que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação (...) pretendidas com a tutela definitiva”, antecipam-se “isto sim, os *efeitos executivos* daquela tutela” ¹³⁵⁸ e, desse modo, do efeito útil. Foi o que vimos suceder nos processos atrás referidos como de tipo *sommario-interinale* ¹³⁵⁹, *v.g.*, a cláusula geral e indiferenciada de exequibilidade provisória das decisões de primeira instância (art. 47º, nº 1). E isto é congruente com a função de afastamento do perigo de dano pela mora processual pois “no plano jurídico-formal (...) a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum”, já que “não há perigo que possa comprometer a tutela jurisdicional no que tange a declarar direitos, ou a constituir e desconstituir relações jurídicas, ou a impôr condenações” ¹³⁶⁰.

Na verdade, o “perigo quando existe, diz respeito à eficácia social da sentença, ou seja à sua aptidão para tornar concreta sua eficácia jurídico-formal” ¹³⁶¹. O *periculum in mora* situa-se neste segundo plano, pois.

V. Finalmente, da identidade entre o mérito da tutela de urgência por perigo presumido e a tutela plena que funcionalmente se resolve numa antecipação de efeitos decorre uma característica de que goza a tutela antecipatória: a **fungibilidade processual entre tutela antecipatória e tutela plena** ¹³⁶².

Graças a ela é logicamente congruente e constitucionalmente conforme que tanto o legislador, quanto o tribunal – quando a lei lhe dê esse poder — possam optar entre consagrar uma via de tutela plena ou consagrar uma via de tutela sumária, consoante

sucesso, que aquela poderia não lhe trazer. Mas como não se sabe se o perigo presumido à tutela plena redundaria ou não em perda de efeito útil, não chega a haver falta de antecipação. É por isso mais rigoroso falar em antecipação do efeito útil *hipotético*.

¹³⁵⁸ *Antecipação cit.*, 48.

¹³⁵⁹ Cf. a nota 1332.

¹³⁶⁰ TEORI ZAVASCKI, *Antecipação cit.*, 50.

¹³⁶¹ TEORI ZAVASCKI, *ob. loc. cit.*

¹³⁶² No nosso sentido, LANFRANCHI, *Profili cit.*, 101, 125 ss., alude e demonstra o que designa por “transformabilidade” da tutela decisória sumária em tutela decisória ordinária.

antevejam ou não da necessidade de *reposição de uma igualdade entre as partes*, que por via ordinária se perderia.

Esta fungibilidade tem a sua *prova dos nove* na aplicação plena ou, ao menos potencial, das exceções de caso julgado e de litispendência entre as duas vias de tutela — cf. o nosso art. 497º. Uma providência de tutela sumária a que lei dê o valor de definitividade fará caso julgado ou, antes disso, induzirá litispendências, não só para um futuro pedido deduzido num quadro de tutela sumária, mas também para para um futuro pedido que seja deduzido num quadro de tutela plena.

Exemplo: a condenação, por falta de oposição, nos termos do *processo declarativo abreviado* regulado nos arts. 1º a 6º do Anexo ao Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro, será oponível, pensamos, em qualquer futura acção de condenação comum.

Melhor ainda: mesmo que a lei não dê à providência de tutela sumária o valor de definitividade, já sabemos que o modelo de processo supranacional exige sempre algum tipo de estabilização ainda que limitada e por aí algum tipo de individualização do objecto para evitar o *bis in idem*.

Exemplo: a uma condenação provisória ao abrigo da *ordinanze* do arts. 186º *bis*, 1ª al. CPC/It, na medida em que é uma mera antecipação da decisão final, essa sim com o valor de caso julgado, poderá ser oposta a título de excepção de caso julgado uma decisão final que haja transitado em outra acção de condenação.

2.3. Tutela cautelar

2.3.1. Não identidade do mérito

A. Doutrina e jurisprudência

I. As situações de tutela antecipatória por perigo concretamente alegado pelo autor, não são passíveis de serem confundidas com a tutela de urgência *desprovida de identidade com o mérito da tutela plena*.

É certo que esta também exige a alegação e demonstração de previsões normativas de *perigo concreto* mas, ao contrário das primeiras, o *mérito de que tratam as providências cautelares aparenta ser diverso do mérito que será tratado em via de tutela*

plena ¹³⁶³. Esta ideia está expressa em termos sintéticos e no plano substantivo no ac. STJ 23/4/2002 que nos coibimos de citar aqui no texto principal: “Não se pode nem deve confundir o *direito a requerer a suspensão* da deliberação e o *direito a vê-la declarada nula*”.

Esta não identidade entre o mérito cautelar e o mérito da acção principal tem sido afirmada, em maior ou em menor grau, na doutrina, por contraposição ao que sucede entre a tutela antecipatória e a acção principal ou plena, notando, por isso, CARPI a “falta de homogeneidade de uma categoria como a tutela de urgência” ¹³⁶⁴.

Assim, para CARRATTA enquanto a *providência antecipatória* “se funda nos mesmos elementos que serão capazes de justificar a providência definitiva” ¹³⁶⁵ e por isso é “idónea a substituir a providência definitiva caso esta não sobrevenha” ¹³⁶⁶, pelo contrário, sempre que uma tutela não for idónea a substituir a tutela definitiva, trata-se de uma *providência cautelar* ¹³⁶⁷. Por seu lado, ARIETA afirma a “estraneidade dos *provvedimenti d’urgenza* em face da categoria das providências estruturalmente *antecipatórias*” negando “qualquer identidade conceptual entre a provisória salvaguarda dos efeitos por via do art. 700º C.p.c. e a antecipação dos efeitos da tutela declarativa ordinária” ¹³⁶⁸.

Identicamente, ATTARDI diz claramente que “não há base de direito positivo” para afirmar uma antecipação cautelar, pois “assegurar [como fazem as medidas literalmente previstas no art. 700º CPC/It] não significa antecipar” ¹³⁶⁹. E, a ser assim, se as providências “sumárias não cautelares satisfazem o direito em via antecipada” ¹³⁷⁰, então existe uma “desomogénidade entre (...) forma de cautela e a acção ordinária” pois aquela “introduz (...) un novo tema de discussão e de apreciação”, assente em matérias factuais e probatórias diversas ¹³⁷¹. No dizer de LOMBARDO ¹³⁷² este “*thema decidendum* do processo cautelar, embora repisando o *thema decidendum* do

¹³⁶³ Torna-se evidente a necessidade de perceber se é o mesmo perigo concreto ou se se trata de outro perigo — cf. § 10º 3.3.2.

¹³⁶⁴ *La tutela* cit., 681.

¹³⁶⁵ Identicamente, BOVE, *Sospensione del processo e tutela cautelare*, RDP 44/IV (1989), 982: “a providência antecipadora está compreendida nos limites objectivos da providência antecipada”.

¹³⁶⁶ *Profili* cit., 123.

¹³⁶⁷ *Profili* cit., 122 e 123.

¹³⁶⁸ *Funzione* cit., 587 e 588.

¹³⁶⁹ *DPCI* cit., 153.

¹³⁷⁰ VALETUTTI, *I procedimenti* cit., 60.

¹³⁷¹ VALETUTTI, *I procedimenti* cit., 61.

¹³⁷² *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*, RDP 56/2 (2001), 467.

correspondente processo de mérito” distingue-se deste “não apenas (...) com relação ao pedido, mas também com relação à causa de pedir”.

II. No Brasil, entre outros AUTORES ¹³⁷³, DINAMARCO fala expressamente em “coincidência no objecto” entre a *tutela antecipatória* e a decisão final, pois ela concederá ao autor o “exercício do próprio direito”, tendo a decisão “no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva”, enquanto as *medidas cautelares* servem para impedir “o perecimento do direito” ou assegurar “ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro” ¹³⁷⁴; em contraponto, o “objecto da medida cautelar é diverso, sob o prisma qualitativo, ou mesmo diferente da pretensão de fundo” escreve FADEL ¹³⁷⁵. Por seu turno, OVÍDIO BAPTISTA exemplifica como há uma “duplicação de lides” ¹³⁷⁶ quando o proprietário propõe ao mesmo tempo uma acção de reivindicação e uma providência de arrolamento: trata-se de “outra lide, com seus pressupostos próprios e finalidade específica” ¹³⁷⁷.

III. Já na Alemanha o pensamento central é o de que num *Arrest* ou em qualquer *einstweilige Verfügung* a “questão de fundo (...) não é idêntica ao objecto processual da acção principal” ¹³⁷⁸. Naqueles o objecto processual “não é a *pretensão material*, cuja realização posterior, após o termo da acção principal, deve já ser salvaguardada, mas, apenas a *pretensão de segurança provisória* do objecto da acção principal” ¹³⁷⁹ ou da “execução fundada numa pretensão material” ¹³⁸⁰. Por isso, não é proferida nenhuma decisão nem sobre a pretensão ameaçada nem sobre a relação jurídica a regular” ¹³⁸¹, em si mesmas.

Um bom exemplo da distinção entre satisfação e segurança — ou entre antecipação e cautela — é-nos dado por SCHUSCHKE ¹³⁸²: através da apreensão e depósito de um

¹³⁷³ Assim, TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 50 e 51.

¹³⁷⁴ *A reforma* cit., 141 e 142. No mesmo sentido, BERMUDEZ, *A reforma* cit., 28 e FADEL, *Antecipação* cit., 83.

¹³⁷⁵ *Antecipação* cit., 83.

¹³⁷⁶ *Do processo* cit., 16.

¹³⁷⁷ *Do processo* cit., 16.

¹³⁷⁸ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 27. No mesmo sentido, por exemplo: ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1088; F. BAUR, *Studien* cit., 98; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 53; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 14; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 141 e *Vor § 916* cit., Rdn. 15; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 8; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 9; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 40.

¹³⁷⁹ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

¹³⁸⁰ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15.

¹³⁸¹ GRUNSKY, § 935 cit., Rdn. 9.

¹³⁸² § 935 cit., Rdn. 3.

bem (a *Sequestration* prevista no § 939º I ZPO como modalidade de *Sicherungsverfügung*) não se visa o cumprimento do direito à sua entrega, mas a garantia da possibilidade dessa futura entrega.

Mas mesmo quando a medida é de antecipação, *i.e.*, uma *Leistungsvfügung*, este entendimento não sofre alterações: o objecto desta medida não é o objecto processual da acção principal apesar de se referir à mesma quantia pecuniária ou à entrega da mesma coisa ¹³⁸³. Por isso é que JAUERNIG afirma que se está perante um *aliud* e não um *minus* da acção principal ¹³⁸⁴.

E em França, HÉRON/LE BARS ¹³⁸⁵ fazem igual constatação a propósito da relação entre a *injonction de payer* e a via ordinária: “a identidade da natureza das acções é evidente” ¹³⁸⁶, o que leva estes AUTORES a colocarem em categorias diferentes a *injonction* e o *référé* ¹³⁸⁷. Mas já DMEZ/PANIER refutam que o objecto do *référé* seja diverso do objecto da acção principal, contrapondo que “medidas idênticas podem ser solicitadas perante o juiz dos *référés* e perante o juiz do fundo” ¹³⁸⁸.

IV. Entre nós, essa oposição entre o objecto da tutela antecipatória — idêntico ao da acção principal — e o objecto da tutela cautelar estava já patente em BARBOSA DE MAGALHÃES que afirmava que os processos preventivos “constituem relações jurídicas processuais diferentes”, não havendo identidade com a acção principal porque “o objecto ou pedido não é o mesmo” ¹³⁸⁹.

Actualmente, também TEIXEIRA DE SOUSA escreve que enquanto na “acção principal há que apreciar os factos constitutivos da situação jurídica alegada; no procedimento cautelar (...) importa averiguar os fundamentos da necessidade de composição provisória” ¹³⁹⁰, enquanto, mais genericamente, VIEIRA DE ANDRADE escreve que os “processos cautelares distinguem-se (...) dos processos urgentes autónomos, que são processos principais e visam a produção de decisões de mérito” ¹³⁹¹.

Contudo, é dominante o entendimento de que, sem prejuízo dessa diferença de objectos, há uma ligação entre os mesmos: o “objecto da providência *há-de ser conjugado* com o objecto da causa principal, embora tal dependência *não imponha*

¹³⁸³ Expressamente neste sentido, DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 9 e SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

¹³⁸⁴ *Der zulässige Inhalt* cit., 326.

¹³⁸⁵ *DJP* cit., 459.

¹³⁸⁶ *Idem*, 459.

¹³⁸⁷ *Idem*, 458 e 459.

¹³⁸⁸ *L'autonomie* cit., 48.

¹³⁸⁹ *Processo civil* cit., vol. II, 74 e 75.

¹³⁹⁰ *Estudos* cit., 232.

¹³⁹¹ *A justiça* cit., 295.

perfeita identidade” escreve ABRANTES GERALDES ¹³⁹². A *ratio* será, segundo este AUTOR ¹³⁹³, a de que “a função instrumental que a lei atribui aos procedimentos não é compatível com um total divórcio entre os respectivos objectos”. Essa *ratio* leva a que a “**causa de pedir** (sic) do procedimento e a da acção coincidam, ao menos em parte” ¹³⁹⁴, no sentido de “o facto que serve de fundamento à providência *integre a causa de pedir* da acção principal” em razão da identidade entre direito acautelado e o que se pretende fazer valer no processo definitivo ¹³⁹⁵. Contudo, já “por definição não” coincidiriam “normalmente o **pedido** de um e de outra” ¹³⁹⁶.

Essa mesma dependência do procedimento cautelar, expressa através da identidade entre o direito/interesse acautelado e aquele que se faz valer na acção, implica para LEBRE DE FREITAS que “as **partes** (sic) no procedimento sejam normalmente partes na acção” ¹³⁹⁷. Na doutrina italiana RAPISARDA ¹³⁹⁸ afirma idêntica coincidência.

V. Finalmente, na nossa jurisprudência oscila-se entre uma posição genericamente *negatória* de identidade entre os méritos que defende que a acção principal não possui “o mesmo objecto do procedimento cautelar” (STJ 4/11/1997) ¹³⁹⁹ e pela qual começámos este ponto, uma posição *negatória mitigada*, semelhante à da doutrina na qual “causa de pedir na providência cautelar há-de ter alguma identidade de objecto com o da causa principal” (RL 15/12/2004) e por isso deve integrá-lo (RE 9/4/1987 ¹⁴⁰⁰) e uma posição *maximalista* de que “deve existir coincidência de partes e de causa de pedir” (RC 19/12/1992 ¹⁴⁰¹).

¹³⁹² *Temas* III cit., 127.

¹³⁹³ *Temas* III cit., 128.

¹³⁹⁴ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 17.

¹³⁹⁵ ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 128.

¹³⁹⁶ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 17. Em termos próximos, o ac. RP 17/2/1997 declarou que os “pedidos podem até nem coincidir, atentas as diversas finalidades prosseguidas numa e noutra”.

¹³⁹⁷ *CPCanot* 2 cit., 17.

¹³⁹⁸ *Profili* cit., 130.

¹³⁹⁹ No mesmo sentido, STJ 11/11/1997.

¹⁴⁰⁰ BMJ 367 (1987), 593. Ou de que a “instrumentalidade (hipotética ou actual) do procedimento cautelar implica a sua dependência da acção sem que, contudo, tenha de existir uma coincidência de pedidos” (STJ 1/3/2007).

¹⁴⁰¹ BMJ 414 (1992), 646. No mesmo sentido, STJ 26/3/1996, RP 29/1/1998.

B. Posição pessoal: causa de pedir

I. A questão carece de uma tomada de posição. Esta tomada de posição é particularmente importante no nosso percurso de investigação, já que vai tratar-se da primeira abordagem estritamente pessoal do problema central do mérito cautelar. Ela corresponde a uma terceira conclusão.

Podemos dizer que os dados da nossa análise do direito positivo mostraram que, de um ponto de vista global, *não há identidade* entre o mérito da tutela de urgência que já convencionámos designar por tutela cautelar e o mérito da tutela antecipatória/plena: na tutela cautelar o *periculum* para um direito é a causa de pedir e a *providência cautelar* é o pedido. Apenas as partes, *requerente* e *requerido*, serão as mesmas da acção principal, afirmação que é, mesmo assim, passível de ser discutida.

Passemos a demonstrar estas afirmações, começando pela **causa de pedir**.

II. Antes de mais, da análise ao direito positivo retiram-se vários dados formais que podem apontar no sentido de que podemos estar perante uma causa de pedir, nos termos definidos na Introdução.

Assim, vimos que não apenas ao juiz está vedado proferir nova decisão sobre a mesma causa cautelar — o referido valor de **caso julgado formal** apontado pela doutrina alemã — como também qualquer outro juiz não pode fora de um *rebus sic stantibus* variável pronunciar-se novamente sobre a mesma causa — o referido valor de **caso julgado material** defendido pela doutrina alemã. A este propósito relembramos que o art. 381º, nº 4 estatui que “não é admissível, na dependência da mesma causa, a *repetição* de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”.

Ilustrativamente, a jurisprudência alemã considera que produzida uma decisão de indeferimento do pedido cautelar, seja por falta de *Grund*, seja por falta de *Anspruch*, qualquer repetição de um ou de outro em ulterior procedimento redunda em excepção de caso julgado¹⁴⁰². Simetricamente após uma decisão de indeferimento por ausência de perigo de dano pode-se deduzir novo pedido de igual medida caso sobrevenha, entretanto, um novo perigo ao direito, tal como após uma decisão de deferimento a extinção do facto perigoso pode fundar um requerimento de revogação da *einstweilige Verfügung* ou *Arrest*.

Portanto, *para efeitos de caso julgado e de litispendência tanto o Grund, como a Anspruch operam processualmente como se fossem os elementos de uma causa de pedir*.

¹⁴⁰² HARTMANN, § 322 cit., Rdn. 30

III. Contudo, nada nos garante que o *periculum/Grund* é tratado como causa de pedir por integrar os factos constitutivos de um eventual direito feito valer cautelarmente ou por meras razões de conveniência processual.

Esta dúvida está patente na doutrina alemã: apesar da *Dringlichkeit* ser, em termos genéricos, o *Grund* para um *Arrest* ou para uma *Einstweilige Verfügung* daí não derivou que ela fosse tida como condição de procedência (*Begründetheitsvorsetzung*); pelo contrário, vimos que não poucos AUTORES a encaram como um pressuposto processual (*Zulässigkeitvoraussetzung*), enquanto uma espécie especial do interesse processual

A resolução da questão passa, em nosso modo de ver, por resolver uma outra que lhe é prejudicial: saber se há uma posição jurídica material por detrás de uma pretensão de tutela cautelar e se, nela, o *periculum* é um dos factos que lhe servem de título. Afinal, só assim é que podemos comparar, verdadeiramente, o objecto processual cautelar com o objecto processual principal, já que ambos se referem a factos materialmente constitutivos de situações jurídicas tuteladas.

Antes disso, afirmar a função de causa de pedir do perigo é uma bondosa *petitio* de princípio, como aponta DAMM¹⁴⁰³.

Deste modo, no quadro actual da nossa investigação, pode apenas fixar-se a *causa de pedir* de modo condicional e hipotético, reafirmando que o *periculum in mora* comporta-se *como se fosse* causa de pedir.

IV. Com base nesta constatação pode dizer-se que os dados de direito positivo que foram coligidos, *maxime* os pontos centrais das previsões do arts. 381º, nº 1, 700º CPC/It e dos §§ 916, 920, 935 e 940 ZPO mostram ser correcta a doutrina portuguesa citada de que a causa de pedir cautelar e a causa de pedir da acção principal são *diferentes* mas, ao mesmo tempo, *comungam de certos elementos constitutivos*.

Efectivamente, *no requerimento de uma providência urgente para perigo de dano têm de ser alegados, sujeita a ulterior demonstração, dois grupos de factos*¹⁴⁰⁴:

- *Factos comuns aos invocados na acção principal: factos relativos à titularidade de um direito ou “situação subjectiva para a qual se requer a cautela”*¹⁴⁰⁵ — v.g., do crédito, da propriedade, de um direito de exclusivo comercial, o direito potestativo para as acções constitutivas;

¹⁴⁰³ § 917 cit., Rdn. 3.

¹⁴⁰⁴ Identicamente e com o mesmo conteúdo, COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 367 e a já citada doutrina alemã quanto ao *Grund/Anspruch*.

¹⁴⁰⁵ CARPI, *La tutela* cit., 707.

- *Factos diferentes dos invocados na acção principal: factos “integrativos do perigo”* ¹⁴⁰⁶ e *idóneos*, segundo um critério de causalidade *a causar um dano para esse mesmo direito, dano que é futuro*, seja porque o *facto lesivo ainda não se produziu*, seja porque, ainda que se tenha produzido, “*a sua potencialidade danosa*” não está “já exaurida” ¹⁴⁰⁷ e, por isso, voltará a produzir dano ou continuará a produzir dano — *v.g.*, uma venda de património, uma gestão ruínosa, o estado de saúde precário .

O primeiro grupo de factos estrutura os sistemas cautelares na sua exigência de um *fumus boni iuris* ou de *Arrest-* ou *Verfügungsgrund*. Na verdade, a expressão latina contém dois enunciados: um enunciado relativo à prova — basta um *fumus*, *Glaubhaftigkeit* ou juízo de verosimilhança — e um enunciado relativo ao objecto dessa prova — um *bonus ius*, ou seja um direito ou situação jurídica merecedores de tutela nos termos gerais do art. 20º, nº 1 CRP ¹⁴⁰⁸. Esses factos constitutivos da titularidade do direito devem ser alegados e demonstrado à semelhança do que sucederá na eventual acção futura relativa ao mesmo direito. A única e significativa diferença é, como se sabe, o modo sumário ou *summaria cognito* com que essa actividade tem lugar nos procedimentos cautelares.

Uma vez que ou por imposição legal — assim entre nós — ou por opção de uma parte — assim na Alemanha, por exemplo — o legislador coloca a cautela numa posição de instrumentalidade perante uma acção dita principal, esta a ter lugar refere-se ao mesmo direito. Por isso, haverá uma coincidência parcial entre as duas causas de pedir cautelares e principal, respeitante ao direito que é objecto de cada uma das tutelas ¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁶ COMOGLIO/CARPI/TARUFFO, *LDPC* cit., 367.

¹⁴⁰⁷ P. PISANI, *I provvedimenti d´urgenza ex art. 700 C.p.c.* cit., 390; no mesmo sentido, RAPISARDA, *Profili* cit., 135.

¹⁴⁰⁸ Esta *separação de águas* está clara no ac. RE 3/2/2005: são “pressupostos para a procedência do arresto, que o requerente alegue e prove: *probabilidade séria da existência* do crédito; que o *requerente seja titular* do crédito”.

¹⁴⁰⁹ Identicamente, CECHELLA, *Il processo* cit., 7: o *fumus* coincide com a fundamentação dos elementos constitutivos do direito a tutelar na acção principal. Contudo, essa coincidência parcial e restrita pode nem sequer ter lugar, em bom rigor. Porquê? Porque nada impede que, pela dinâmica do litigioso e do processo, o autor venha a alegar ainda o mesmo direito, na acção principal, mas já fundado em factos diferentes — *v.g.*, a usucapião e não a sucessão para a propriedade, a anulabilidade e não uma cláusula de rescisão para a extinção do direito. Ora, recorde-se que aí já não haverá identidade parcial de causas de pedir porquanto esta é individualizada pelos factos concretos — cf. art. 498º, nº 4 — e não o direito a que eles se referem.

V. Em qualquer caso, o primeiro grupo de factos é relevado em cumulação funcional com um *segundo grupo de factos* referido, como se viu, como um *periculum* dito *in mora* ou *Arrest-* ou *Verfügungsgrund*. Não basta alegar um *bonus ius* sem se alegar perigo para o mesmo, tal como não basta alegar um *periculum in mora* sem se alegar um direito sobre o qual este recaia ¹⁴¹⁰.

A necessidade da alegação e demonstração do segundo grupo de factos é claramente o elemento distintivo da tutela cautelar ¹⁴¹¹, já que este está arredado da causa de pedir da acção principal seja esta plena ou antecipatória, ao contrário do *bonus ius*. Nesta em vez da alegação de factos idóneos a causar dano, se fará a alegação dos factos de onde se retira um pedido de simples apreciação — v.g., a causa jurídica de nulidade de um contrato — de onde se retira um pedido extintivo — v.g., causa de anulabilidade de uma deliberação social — de onde se deduz um pedido de condenação — v.g., a obrigação de entrega do preço — e assim sucessivamente.

VI. Deste modo, confirma-se — provisoriamente e de modo condicionado, é certo — que não haverá uma **identidade de causa de pedir entre providência cautela e decisão final**, senão eventualmente **parcial** ¹⁴¹², e é com este reparo feito que se deve aceitar a opinião dominante na doutrina nacional.

¹⁴¹⁰ Assim, RP 12/12/1996: “mesmo numa providência cautelar inominada há-de o requerente invocar factos de onde se depreende a possível existência do direito que pretende ver acautelado”. Aliás, para, CECHELLA I, *Il processo* cit., 7 a causa de pedir cautelar comporta somente o *fumus boni iuris*, excluindo o *periculum*.

¹⁴¹¹ Como enuncia o ac. RE 3/6/2003 sobre o arresto, o “justo receio referente à possibilidade de perda da garantia patrimonial” é o seu elemento estrutural e factor distintivo”. No sentido desta centralidade do *periculum* na providência cautelar: CALAMANDREI, *Introduzione* cit. 17; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 123 ss, ARIETA, *I provvedimenti* cit., 46 ss, PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.p.c.* cit., 357 ss. e 377 ss.

¹⁴¹² Diversamente, para CECHELLA, *Il processo* cit., 94 ss, uma vez que a causa petendi cautelar é o *fumus boni iuris* então a causa de pedir das providências cautelares seria a mesma causa de pedir da acção principal. O que muda apenas é a forma de desenvolvimento: cognição sumária/tutela provisória versus cognição plena/tutela definitiva.

C. (Continuação): pedido — providências condenatória/constitutivas, conservatórias/antecipatórias

I. E quanto ao *pedido*? Voltemos novamente aos dados da aplicação do direito positivo aos casos concretos e tenhamos também em conta as reflexões doutriniais sobre esse mesmo direito positivo.

Ambos permitem-nos afirmar que também em sede cautelar podemos encontrar categorias de tutela que, normalmente, se usam na tutela padrão.

De facto, no **plano absoluto** dos efeitos da providência de tutela as medidas cautelares são reconduzíveis a dois grupos: *providências de tutela cautelar de condenação* e *providências de tutela cautelar constitutivas*¹⁴¹³.

Pelas *providências cautelares de condenação* o autor pretende que o tribunal imponha ao réu um comando de actuação positiva ou um comando de actuação negativa, seja de não fazer, seja de deixar que o autor faça. Mas, uma vez que tal comando não exige, aparentemente, uma declaração de existência do direito, *i.e.*, um caso julgado, designemo-los de forma descomprometida, para os distinguir das condenações proferidas em acções declarativas, como:

- **ordem cautelar:** comandos de actuação positiva
 - *jurídica*

Exemplos (1): de prestação de informações sobre o sucedido em assembleia geral de uma sociedade, respeito de certo estatuto ou norma interna de uma entidade¹⁴¹⁴; de elaboração de documentos sociais, realização de um trabalho, realização de prestações contratuais unilateral ou abusivamente suspensas¹⁴¹⁵.

- *material*

¹⁴¹³ Já CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimenti cautelare*, RDCom I (1936), 279 ss. distinguira entre conteúdos cautelares constitutivo e executivo. Por seu turno, F. BAUR, *Studien* cit., 60, também distingue, mas apenas em sede de § 940 ZPO, entre medidas de conteúdo constitutivo e medidas de condenação em prestação, enquanto REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 109, alude a providências com um efeito constitutivo e providências que, na falta de colaboração voluntária, do requerido, dão lugar a uma fase de execução, incidental, ou autónoma, consoante os casos.

¹⁴¹⁴ Exemplos da matriz italiana (§ 5º 2.3.2. F).

¹⁴¹⁵ Exemplos da matriz francesa (§ 5º 2.3.2. H).

Exemplo: entrega de coisa, pagamento de quantia pecuniária de salário, indemnização, prestação social ou alimentos ¹⁴¹⁶.

Exemplo: desocupação de um local, demolição de obra, fecho de um escritório aberto em violação de uma cláusula de não concorrência, reintegração de trabalhador ilegalmente despedido ¹⁴¹⁷.

— **proibição cautelar**: comandos de actuação negativa de

- *non facere* (*Verbot ou proibição stricto sensu*)

▪ *jurídica*

Exemplos (1): proibição do exercício de direito de voto em assembleia geral ¹⁴¹⁸; proibição de venda de imóveis construídos pelo requerente, de bens comuns de cônjuge falecido, de imóvel a terceiro pelo promitente-vendedor meramente obrigacional, de acções sociais, de imóvel de uma sociedade; proibição de realização de assembleia geral convocada, de actividade comercial violadora de cláusula contratual de não concorrência ¹⁴¹⁹.

Exemplos (2): proibição de alienação, oneração ou hipoteca de um imóvel ¹⁴²⁰.

Exemplos (3): proibição de exercício de uma actividade, de continuação de uma greve, da prática de acto ilegal pela administração de uma sociedade ou de realização de prestações contratuais fraudulentas ou abusivas ¹⁴²¹.

▪ *Material*

Exemplos (1) ¹⁴²²: proibição (suspensão) de depósito de entulho mineiro em prédio particular, de corte de árvores em prédio arrestado, ou em prédio que seja bem próprio do cônjuge do requerido, arranque de cortiça; proibição de danificação de bem de particular não considerado em anterior cômputo de indemnização para expropriação; proibição de obras em via pública durante um período de tempo nocturno; proibição de construção de infraestruturas de loteamento.

Exemplos (2) ¹⁴²³: proibição de alteração das extremas de prédios.

Exemplos (3): *inibição* de produção de ruídos durante certas horas ¹⁴²⁴, do exercício dos direitos sociais de voto.

¹⁴¹⁶ Exemplos das matrizes alemã (§ 5º 2.3.2. G) e francesa (§ 5º 2.3.2. H).

¹⁴¹⁷ Exemplos da matriz francesa (§ 5º 2.3.2. H).

¹⁴¹⁸ Exemplos das matrizes italiana (§ 5º, 2.3.2. F.) e francesa (§ 5º, 2.3.2. H.).

¹⁴¹⁹ Exemplos da matriz italiana (§ 5º, 2.3.2. F.).

¹⁴²⁰ Exemplos da matriz alemã (§ 5º, 2.3.2. G.).

¹⁴²¹ Exemplos da matriz francesa (§ 5º, 2.3.2. H.).

¹⁴²² Exemplos da matriz italiana (§ 5º, 2.3.2. F.).

¹⁴²³ Exemplos da matriz alemã (§ 5º, 2.3.2. G.).

- *pati (Unterlassung), material*

Exemplo ¹⁴²⁵: suportar obras por parte do arrendatário.

A existência nestes exemplos de providências cautelares condenatórias é absolutamente inegável: são dimanados comandos de actuação pelo tribunal, o réu fica vinculado a esses comandos e, por isso, tal como sucede com qualquer direito a uma prestação, estas ordens e proibições podem, sucessivamente, ser objecto de uma execução, *attuazione* ou *Vollziehung*. Esta é procedimentalmente idêntica à de qualquer outra execução para pagamento de quantia certa, prestação de facto ou entrega de coisa. E, no entanto, dada a falta de definitividade da decisão cautelar, *estas vinculações são provisórias*: extinguem-se com a extinção da providência.

II. Já por meio de *providências cautelares constitutivas*, o autor pretende que o tribunal decrete a produção na esfera jurídica do réu de uma vicissitude jurídica. Essa vicissitude pode ser:

— ***constitutiva de uma situação jurídica activa;***

Exemplos: nomeação de representantes para administrar uma sociedade ou para fiscalizar e acompanhar os actos de gestão de uma sociedade ou autorização de exercício de direitos ainda não declarados, como uma servidão que ainda se vai constituir na acção principal ¹⁴²⁶; suprimimento da ausência de vontade do réu na celebração de um contrato de fornecimento/prestação de bens/serviços essenciais ¹⁴²⁷; nomeação de administrador judicial ¹⁴²⁸.

— ***modificativa;***

Exemplos: a suspensão da eficácia jurídica de direitos de participação numa sociedade ou de deliberações sociais ¹⁴²⁹, de gestão dessa sociedade ¹⁴³⁰; de despedimento colectivo, de

¹⁴²⁴ Exemplos da matriz francesa (§ 5º, 2.3.2. H.).

¹⁴²⁵ Exemplos da matriz alemã (§ 5º, 2.3.2. G.).

¹⁴²⁶ Exemplos da matriz italiana (§ 5º 2.3.2. F.) e da alemã (§ 5º 2.3.2. G.).

¹⁴²⁷ Exemplo da matriz alemã (§ 5º 2.3.2. G.).

¹⁴²⁸ Exemplos da matriz francesa (§ 5º 2.3.2. H.).

¹⁴²⁹ Exemplos da matriz italiana (§ 5º 2.3.2. F.).

¹⁴³⁰ Exemplo da matriz alemã expressamente qualificado como efeito constitutivo por BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 32.

demolição, da difusão de um livro, de uma obra enquanto não se acertar a legalidade da mesma¹⁴³¹; autorização para o não cumprimento obrigações contratuais¹⁴³².

— **modificativa e constitutiva de uma situação jurídica activa**

Exemplos: as restrições ao gozo, alienação e oneração de direitos reais, concomitantes à apreensão de bens seguida de depósito ou seguida de entrega, acompanhadas da constituição de direitos de preferência¹⁴³³.

Também a existência de providências cautelares constitutivas é absolutamente inegável pois em todos estes exemplos o requerido sofre efeitos — jurídicos, passe o pleonismo — na sua esfera jurídica, em claro estado de sujeição¹⁴³⁴. E também mais uma vez *estas vicissitudes são provisórias* extinguindo-se com o termo da providência.

Esta conclusão suscita profundos desafios dogmáticos. Podem ser decretadas condenações e efeitos constitutivos e modificativos provisoriamente, sem valor de caso julgado? E qual é a fonte destes efeitos?

III. Mas importa ainda, dada a alegada essencialidade da instrumentalidade na dogmática cautelar, arrumar as providências de tutela cautelar que podem ser pedidas pelo prisma **plano relativo do nexo entre o conteúdo dos seus efeitos e o conteúdo dos efeitos da acção principal**.

Aqui achamos a consagrada oposição entre providências de tutela cautelar **conservatórias** e providências de tutela cautelar **antecipatórias**, que vimos assumir constantemente na doutrina e mesmo no nº 1 do art. 381º. Se ela é realmente válida ou se deve ser reavaliada é algo que veremos mais para diante¹⁴³⁵.

Por ora pode dizer-se ser certo que o tribunal pode, partindo da causa de pedir *periculum in mora*, decretar **medidas em conservação da situação litigiosa** até à ulterior decisão final. Esse é o papel acometido a várias previsões de tutela cautelar diferenciada — *v.g.*, arresto, sequestro, suspensão de deliberação — e de tutela cautelar indiferenciada¹⁴³⁶.

¹⁴³¹ Exemplos da matriz francesa (§ 5º 2.3.2. H.).

¹⁴³² Exemplos da matriz francesa (§ 5º 2.3.2. H.).

¹⁴³³ Exemplos da matriz italiana (§ 5º 2.3.2.F.).

¹⁴³⁴ Afastamos, desde já, qualquer entendimento que vá no sentido de que todas estas vicissitudes não passam do plano de facto sem, inexplicavelmente, qualquer fundamento material. Sobre este entendimento que, é dominante na doutrina da matriz italiana, cf. o § 9º 1.

¹⁴³⁵ No § 12º 2.3.1.

¹⁴³⁶ Cf. o § 5º 2.3.2.F., II.

Para a sua concessão o autor deduziu, por isso, **um pedido que inequivocamente não é o que faria na acção principal** — maxime, numa acção de condenação ou numa acção de anulação — fundado numa **causa de pedir diversa**.

Assim, o autor não instauraria uma acção de arresto, nem de suspensão de deliberação social, nem de arrolamento, mas acções em que a utilidade pretendida, jurídica e de facto, seria outra: a condenação, a execução, a anulação, a partilha. Naturalmente que normas e factos invocados para o arresto, suspensão e demais cautelas conservatórias são diversos dos invocados nas respectivas acções principais.

Deste modo, há **providências cautelares que não são antecipatórias, nem no plano formal, nem no plano material, nem no plano dos efeitos concretos**. Estas são as tradicionalmente referidas como conservatórias.

IV. Quanto às **providências antecipatórias** o quadro não era pacífico até à reforma de 2005/2006 do CPC/It.

A maioria da doutrina e jurisprudência da matriz italiana — numa *linha de normalidade* da antecipação — aceitava que, pese embora o efeito declarativo da simples apreciação, constituição ou condenação não seja antecipável, há medidas concedidas mediante alegação de perigo que *antecipam as mesmas vantagens práticas* que serão conseguidas em sede de tutela plena ou final, seja condenatória, constitutiva ou de simples declaração. Ou seja: não se pronunciam ou conhecem do fundo da questão, mas apenas da necessidade de tutela de urgência, como constantemente a doutrina francesa escreve em relação ao *référé*.

Daí a existência de uma espécie de *cautela antecipatória mínima* traduzida em proibições de actuação, autorização de exercício de futuros direitos, ordens de actuação, etc. Nesse sentido, vai FRISINA com base na formulação vaga do art. 700º CPC/It ¹⁴³⁷. A negação da sua concessão configuraria uma violação do direito à tutela jurisdicional efectiva para TOMMASEO ¹⁴³⁸.

Diversamente, para outros AUTORES — numa *linha de excepcionalidade* da antecipação — esta é, pura e simplesmente, incompatível com uma função cautelar e, por isso não a aceitam salvo quando tal seja o único meio disponível para a salvaguarda da eficácia do direito ¹⁴³⁹. No Brasil, onde esse entendimento domina, a solução foi autonomizar a antecipação fundada em perigo de dano no regime do art. 273º/I CPC/Br.

Desde a consagração na reforma de 2005/2006 desta categoria de cautelas, para efeitos de dispensa de instrumentalidade necessária, que a questão da sua existência

¹⁴³⁷ *La tutela anticipatoria* cit., 373 ss.

¹⁴³⁸ *I provvedimenti* cit., 134 ss., 140 ss

¹⁴³⁹ Assim, ARIETA *Funzione* cit., 589–590 e a doutrina justificativa da excepcionalidade das *Leistigungsverfügungen*, referida no § 5º 2.3.2.K., II.

está algo pacificada na doutrina italiana, apesar de se continuar a discutir *o que é e quando é que há* antecipação cautelar ¹⁴⁴⁰ e de se em certos casos conservação e antecipação não andarem indissociadas ¹⁴⁴¹.

V. Por nosso lado, não nos cabe por ora discutir o âmbito de providências cautelares antecipatórias mas, sim, determinar o que se quer dizer por antecipação nessa sede. Será o mesmo que na tutela antecipatória, não se distinguindo, afinal, dela?

Para tal devemos fazer uso do conceito de antecipação que construímos e colocar a seguinte pergunta: *a tutela cautelar subsume os mesmos factos às mesmas previsões normativas, para produzir os mesmos efeitos jurídicos da acção principal, mas antes do tempo desta e de modo provisório?* A resposta em nosso ver é *negativa*.

Para o demonstrarmos devemos retornar aos três planos em que se afere da antecipação de tutela — formal, material, concreto.

No **plano processual/formal** pode dizer-se que entre a tutela cautelar e a acção principal não há aquele **concurso de efeitos entre a realização de duas previsões normativas processuais, próprio da antecipação**: *a realização da previsão normativa de tutela cautelar não produz os mesmos efeitos que a realização da previsão normativa da acção principal*. A acção principal implica “declarar a relação jurídica” ¹⁴⁴², o que não compete ao juiz das cautelas, tal como não compete ao juiz do *référé*: a tutela cautelar não declara direitos.

Contra esta opinião, dir-se-ia que isso também sucede na tutela antecipatória provisória, pois só com o trânsito em julgado — algo que a tutela cautelar pode não alcançar — é que o efeito declarativo do direito se produz de modo que até lá não há uma declaração da relação jurídica. Por outras palavras: a tutela cautelar seria, afinal, uma tutela antecipatória provisória.

Nada de mais errado, com o devido respeito: a diferença entre antecipação provisória e cautela existe e não é formal — *i.e.*, faltar caso julgado — mas, primariamente, funcional ou substancial — *i.e.*, de haver uma inidóneidade cautelar para alcançar o caso julgado.

Efectivamente, na *tutela antecipatória*, tanto por perigo presumido como por perigo concreto, a decisão que é provisoriamente executada é *idónea* a alcançar a qualidade

¹⁴⁴⁰ Assim, MERLIN, *I limiti* cit., 334–336; ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 35–36; BALENA, *[La disciplina]* cit., 333–337.

¹⁴⁴¹ Assim sucederia com a suspensão de deliberação social, segundo G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili* cit., 490–491, o que também MERLIN, *Limiti* cit., 335–336 coloca em evidência. Estes AUTORES procuram, deste modo, meter em evidência o quão errada foi a opção do reformador de 2005/2006 em expressamente beneficiar com dispensa de acção principal as medidas do art. 700º CPC/It e todas as que sejam antecipatórias.

¹⁴⁴² BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 63.

de caso julgado desde que não haja impedimentos procedimentais, em especial não seja revogada por decisão posterior, de primeira instância ou de recurso. Ela **apresenta os caracteres suficientes para**, mesmo que ela possa vir a ser modificada, **em qualquer momento** — legalmente prefixado ou judicialmente determinado — **poder cessar a situação de incerteza**, por meio da concessão de caso julgado à **declaração de existência do direito**, até aí provisória ou condicionada ¹⁴⁴³.

Já na *tutela cautelar* a decisão respectiva *nunca pode* alcançar a qualidade de caso julgado ¹⁴⁴⁴, mesmo que não esteja sujeita a um ónus de instrumentalidade ¹⁴⁴⁵: a *situação de incerteza quanto à existência do direito nunca cessará*, pois não se passa nunca do plano da *ausência de declaração do direito* ¹⁴⁴⁶. A todo o momento o juiz pode, nos limites legais, rever a sua decisão pois a matéria é em si mesma mutável. **Em nenhum momento** aquela medida concreta que aparentemente reproduz os benefícios da acção principal, como a entrega de coisa ou o pagamento, pode deixar de ser provisória e substituir a necessidade de acção principal.

Por isto, e muito bem, CARRATTA já concluiu que, enquanto a *providência antecipatória* é “idónea a substituir a providência definitiva caso esta não sobrevenha” ¹⁴⁴⁷ — pois “se funda nos mesmos elementos que serão capazes de justificar a

¹⁴⁴³ Neste sentido, FRISINA, *Tutela* cit., 896: a tutela sumária apresenta uma “idoneidade para exprimir uma decisão definitiva sobre o mérito, ainda que sob determinadas condições”. Este aspecto é importante dogmaticamente: a possibilidade de também a decisão antecipatória poder vir a ser modificada ou revogada poderia tornar a “distinção [entre tutela sumária cautelar e não cautelar] menos fácil” no dizer de MONTESANO, *Luci* cit., 593. Só que isso sucede por causas diversas: a decisão antecipatória pode estar sujeita a melhor apreciação mas pode sempre tornar-se definitiva — depende da opção do legislador — enquanto a decisão cautelar pode estar sujeita a reapreciação mas nem por isso se pode tornar definitiva. Diferentes objectos, com diferentes necessidades geram esta diferença.

¹⁴⁴⁴ Neste sentido, ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 31 embora na perspectiva tradicional de que é a instrumentalidade para com a acção principal que obsta à aquisição do caso julgado.

¹⁴⁴⁵ ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 37, mostra, muito bem, como apesar de as providências do art. 700º CPC/It já não caducarem por não proposição de acção principal, elas continuam a ter instabilidade e provisoriedade de efeitos, cuja permanência, alteração ou revogação está na disponibilidade das partes.

¹⁴⁴⁶ Neste sentido, FRISINA, *Tutela* cit., 896–897 e OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 74: “a situação de probabilidade do direito assegurado que a sentença cautelar protege, prolonga-se mesmo depois do julgamento definitivo da lide cautelar”.

¹⁴⁴⁷ *Profili* cit., 123.

providência definitiva” ¹⁴⁴⁸ — pelo contrário sempre que uma tutela não for idónea a substituir a tutela definitiva então trata-se de uma *providência cautelar* ¹⁴⁴⁹.

Deste modo, acha-se aqui um bom marcador de quando se está na presença ou na ausência de tutela cautelar: uma medida provisória que possa **alcançar o plano da certeza resultante da declaração do direito não é cautelar**; uma medida provisória que possa **manter-se apenas no plano da aparência resultante de uma não declaração do direito é cautelar**.

VI. Também no *plano material* não se acha antecipação, pois não há uma **aplicação exacta das mesmas normas para os mesmos factos**.

Quanto a este aspecto também não restam dúvidas: vimos atrás que a causa de pedir cautelar não é a mesma da causa de pedir antecipatória, embora comungue de certos elementos constitutivos com a acção principal. Estes elementos são normas e factos constitutivos do direito ou *jus* cujo *fumus* se deve apresentar. Mas estes elementos são relevados num quadro jurídico diverso: o quadro do *periculum* e este pede factos específicos e estes, se confirmarmos que têm uma base material diversa, exigirão, então, normas específicas. Portanto, o pedido emerge de uma base material não antecipatória.

Contra esta nossa afirmação, poder-se-ia contrapor uma objecção: apesar da diversidade da causa de pedir, o pedido pode ser idêntico no seu próprio **conteúdo** ao pedido da acção principal, ao menos quanto às acções condenatórias. Para estas pode-se, em certas eventualidades, pedir a própria antecipação de condenação no pagamento de quantia — *v.g.*, indemnização, alimentos, salário — ou na entrega de uma coisa — *v.g.* um bem esbulhado.

Este argumento não procede, não sendo verdade que aqui haja antecipação: em rigor o que se pede é a entrega ou o pagamento *enquanto medidas mais adequadas* a afastar o perigo de dano que ameaça o direito, sujeitas a *um ulterior juízo de confirmação ou infirmação dessa adequação*. Foi isso que vimos em todos os sistemas cautelares ¹⁴⁵⁰: o juiz das cautelas decide não apenas da procedência/improcedência, total ou parcial do pedido, como deve produzir um juízo *sine qua non* de adequação. E, ao mesmo tempo, fazendo-se o uso de normas e de factos relativos ao *periculum*. E tudo isto se passa sem declaração do direito à prestação, como sucederia na acção condenatória.

Diversamente, na acção principal esse juízo de adequação está ausente, cabendo ao juiz apenas decidir pela procedência/improcedência, total ou parciais, do pedido,

¹⁴⁴⁸ *Profili* cit., 123, já atrás citado.

¹⁴⁴⁹ *Profili* cit., 122 e 123.

¹⁴⁵⁰ Assim, § 5º 2.3.2. K.

declarando ou negando o direito à prestação e impondo condenação no seu cumprimento.

Deste modo, acha-se, assim, um segundo indicador da presença ou ausência de tutela cautelar: uma medida provisória que **não exija um juízo de adequação ao perigo alegado não é cautelar**; uma medida provisória que **exija um juízo de adequação ao perigo alegado é cautelar**.

VII. É, porém inegável, que se o tribunal decidir que tal é *o mais adequado*, decretará a realização da *mesma prestação* que será imposta na acção principal — que se pague uma indemnização, que entregue uma coisa, que se respeite uma proibição de concorrência — o que no **plano concreto** ou **social** se traduz numa antecipação de vantagens.

Ora também a tutela cautelar antecipatória pode produzir esta antecipação prática: os meios de tutela de urgência provisória oferecem a vantagem de, a despeito da ausência de caso julgado, autorizarem os **efeitos executivos** de tutela condenatória. Diversamente, não podem antecipar a *parte de declaração do direito* à prestação, tal como, por maioria de razão, não encontrámos decisões provisórias de simples apreciação, nem constitutivas: estas exigem sempre um trânsito em julgado.

Qual a diferença, então entre a antecipação de facto obtida cautelarmente e a obtida em via antecipatória, *proprio sensu*? Aquela mesma que fomos delineando: utilizam-se normas materiais diferentes, para uma causa de pedir diferente, de que se retira um pedido que não tem de ser igual ao pedido da tutela plena.

E isso é patente quando se trate de uma cautela antecipatória da eventual procedência de uma acção de simples apreciação ou de uma acção constitutiva: vimos como apesar de não se poder pedir o mesmo efeito declarativo puro ou constitutivo, contudo, as suas vantagens práticas podem-no ser ¹⁴⁵¹. Estas estão excluídas do objecto e do conteúdo da tutela pedida — pois pediu-se a simples apreciação, a constituição de servidão, a anulação de um contrato, por exemplo, e não a condenação em obrigações que adviriam desta ¹⁴⁵².

Deste modo, a tutela cautelar permite antecipar os efeitos práticos potenciais da procedência de qualquer pedido de tutela declarativa, algo que a tutela antecipatória provisória não permite, e fazendo uso de um objecto processual diverso do objecto da acção principal.

¹⁴⁵¹ Cf. § 5º 2.3.2.F., IV e V.

¹⁴⁵² Para quem defenda a existência de uma condenação implícita nestes comandos de actuação, além daquela que é expressa em acção condenatória, encontra-se aqui uma antecipação no plano concreto do próprio conteúdo (implícito) da decisão. Mas para quem, como nós, refute uma tal condenação, por violadora das garantias processuais de equidade, não há aqui uma antecipação no plano concreto desse conteúdo decisório.

D. (Continuação): partes

I. Afirmar GRUNSKY, que as “partes no arresto são as mesmas da acção principal: i.e., o credor e o devedor da pretensão ameaçada” ¹⁴⁵³. E essa afirmação é perfeitamente válida para uma providência cautelar inominada: as partes nesta são as mesmas da acção principal ¹⁴⁵⁴.

Naturalmente que isso não significa que a acção principal tenha de correr apenas entre aquele credor e aquele devedor, mas que tem de os abranger também na sua vinculação ¹⁴⁵⁵. Processos de insolvência ¹⁴⁵⁶ e litisconsórcios na via principal não tocam, pois, naquela identidade necessária de partes ¹⁴⁵⁷.

A *instrumentalidade* da cautela perante a acção, na visão latina, ou a *função de segurança* desta por aquela, na visão alemã, parecem estar por detrás desta conclusão de coincidência.

II. A nossa análise do direito positivo já nos dá, por ora, dados que permitem dar por assente a necessária coincidência de partes entre cautela e acção principal.

Em primeiro lugar, vimos que o direito feito valer na acção principal e o direito ameaçado e tutela na via cautelar são um e o mesmo, como se viu a propósito da estrutura da putativa causa de pedir cautelar. Ora, isso implica antes de mais, que o titular desse direito terá sempre legitimidade activa para a via cautelar, pois esta está guardada para “alguém [que] mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu *direito*” (art. 381º, nº 1 primeira parte), enquanto o requerido será o sujeito a quem se impute o comportamento gerador do *periculum* — “outrem que *cause lesão grave e dificilmente reparável*” no nosso caso português (art. 381º, nº 1 segunda parte).

Em segundo lugar, a própria acção principal acaba por impor quem pode estar na via cautelar. Isso sucede quer por via da ponderação dos interesses em presença, para a qual o desfecho da acção principal é um dos elementos a ter em conta ¹⁴⁵⁸, quer por via dos regimes de instrumentalidade que conduzem a que apenas partes que foram

¹⁴⁵³ *Vor § 916 cit.*, Rdn. 37 = *§ 926 cit.*, Rdn. 15 = *Vor § 935 cit.*, Rdn. 23.

¹⁴⁵⁴ Neste sentido, STJ 9/6/1992 e STJ 5/5/1994.

¹⁴⁵⁵ GRUNSKY, *§ 926 cit.*, Rdn. 15.

¹⁴⁵⁶ Tal providência incidental a uma insolvência “justifica-se quando já decorreu um longo espaço de tempo desde a instauração do processo principal sem que tenha sido proferido o despacho a ordenar a suspensão das execuções” e “é destinada a determinar que certos processos executivos contra a empresa requerente aguardem, no estado em que se encontram, até que, no processo principal, seja proferido despacho a ordenar a suspensão de todas as execuções contra ela pendentes” (STJ 11/3/1993).

¹⁴⁵⁷ GRUNSKY, *§ 926 cit.*, Rdn. 15.

¹⁴⁵⁸ Factor que releva em França e na Alemanha, por exemplo (cf. § 5º 2.3.2.K.).

sujeitas aos efeitos jurídicos do julgado cautelar, tenham interesse em colocar a acção principal seja para consolidá-los, seja para revogá-los. E, desse modo, não pode um terceiro à relação controvertida tal como é configurada pelo autor na petição inicial da acção principal, ser depois autor ou réu na providência cautelar¹⁴⁵⁹.

Mais: se o procedimento cautelar for incidental, necessariamente que as partes respectivas serão as da acção pendente.

III. Contudo, *importa saber por que existe esta coincidência*, pois, como já manifestámos inicialmente, não é líquido que a tutela cautelar cumpra uma função de instrumentalidade perante uma acção principal ou, pelo menos, que esta exista nos exactos e válidos termos que lhe têm sido imputados.

IV. Adicionalmente, há dados que, aparentemente, negam os anteriores. Assim, alguns acórdãos parecem indiciar que *a providência cautelar poderia, afinal, ser decretada em face de quem seria terceiro em acção principal*. Concretizando, a jurisprudência já decidiu que:

- pode ser decretada providência cautelar em face do preferente comprador cujo preço se pretende guardar em depósito para garantir o direito à restituição de quantia mutuada ao vendedor, por parte do credor que pretende anular esse crédito, apesar na acção de anulação só apenas o vendedor-mutuário poder, naturalmente, ocupar a posição de réu¹⁴⁶⁰;
- pode ser decretada providência cautelar em face do cessionário de quinhão em herança que haja sido objecto de arrolamento incidental de acção de investigação de paternidade contra o autor da herança, apesar de na acção de investigação de paternidade somente o autor da herança ter legitimidade para ser réu¹⁴⁶¹.

Por outro lado, também na Alemanha alguma doutrina aceita que o perigo justificativo da necessidade de um *Arrest* ou de uma *einstweilige Verfügung* possa advir tanto actos lesivos do requerido, como de actos de terceiro¹⁴⁶² — *v.g.*, um boicote à

¹⁴⁵⁹ Nesse sentido, STJ 5/5/1994: deve ser indeferido liminarmente, um procedimento cautelar não especificado, tendente a intimar o requerido a não vender um prédio de terceira pessoa, quando esta não é parte na causa principal de que o procedimento cautelar é incidente.

¹⁴⁶⁰ RE 23/1/1979, CJ 4/1 (1979), 206.

¹⁴⁶¹ RC 22/1/1997, CJ 22/I (1997), 39.

¹⁴⁶² LÜKE, *ZVR* cit., 369; HEINZE, § 917 cit., Rdn. 7; GRUNSKY, § 917 cit., Rdn. 10;

empresa do devedor, o concurso de outro credor sobre o mesmo património — e mesmo de factos naturais ¹⁴⁶³ — *v.g.*, doença do devedor. Contudo a parte passiva em Arrest é sempre o devedor ¹⁴⁶⁴.

V. Como é que isto é possível? Não há, afinal, identidade de partes?

Neste momento da nossa investigação apenas nos é possível dizer que não é absolutamente estranho que *actos de terceiro* possam impor a necessidade de um Arrest, pois muito dos actos que fazem perigar a suficiência da garantia patrimonial geral resultam de contratos com terceiros ¹⁴⁶⁵. Na verdade, o arresto vai abater-se sobre a esfera patrimonial do *devedor* sem necessidade de onerar ou de constituir uma obrigação sobre um terceiro, pois aquele é que responde pelo risco de incumprimento.

Diferente mesmo é haver uma outra providência cautelar cuja utilidade passe pela ocorrência de um *acto de terceiro* ou pela sua oneração, como parecem ser aqueles dois exemplos nacionais. De momento não temos todos os elementos para poder resolver este problema, de modo satisfatório. Por isso, deixamos uma resposta final para mais adiante ¹⁴⁶⁶.

2.3.2. *Consequências: não antecipação e infungibilidade*

I. Em face do que se apurou quanto ao objecto pode concluir-se que não há identidade entre o mérito da tutela cautelar e o mérito da tutela plena, como preliminarmente afirmáramos. A existência, de pontos de contacto no plano concreto ou social não pode ser tomada como uma identidade de objecto processual ¹⁴⁶⁷, estando ausente uma verdadeira antecipação no rigor do conceito que construímos.

Se é assim, a lógica impõe que se diga que uma providência cautelar **não é antecipatória do conteúdo ou efeitos da procedência/improcedência do pedido**

GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 6; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 917, Rdn. 7; WALKER, § 917 cit., Rdn. 4.

¹⁴⁶³ HEINZE, § 917 cit., Rdn. 7; GRUNSKY, § 917 cit. 37; GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 6; WALKER, § 917 cit., Rdn. 4. Contra, DAMM, § 917 cit., Rdn. 7.

¹⁴⁶⁴ Nesse sentido, por todos, GRUNSKY, § 916 cit. 31.

¹⁴⁶⁵ Os credores, em certas circunstâncias (GRUNSKY, § 917 cit., Rdn. 1).

¹⁴⁶⁶ Para o § 12º 3.

¹⁴⁶⁷ Muito ao contrário do que faz TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 860 (seguido por DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 225-228) de que o objecto cautelar é o objecto da acção principal, mas antecipado, em razão desse fenómeno de antecipação de efeitos.

deduzível na tutela plena ¹⁴⁶⁸. Vamos, assim, de encontro às opiniões de ATTARDI, ARIETA e de CARRATTA.

II. Esta nossa conclusão traduz-se, depois, numa conclusão de que há uma **infungibilidade processual** geral entre tutela cautelar e tutela plena a qual tem sido afirmada por alguma doutrina, particularmente a alemã. E esta infungibilidade é tão mais verdadeira “quanto o autor obter resultados intermédios que não estariam ligados à acção principal” ¹⁴⁶⁹.

Primeiramente, **uma providência cautelar não faz caso julgado em relação à acção principal, nem há litispendência entre ambas**, seja qual for a ordem da sua pendência ¹⁴⁷⁰. Daí o nosso art. 383º, nº 4 estatuir que “nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal” e a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de que a “improcedência da providência cautelar não significa necessariamente a improcedência da acção principal que poderá vir a ser julgada, total ou parcialmente procedente” ¹⁴⁷¹.

E isso sucede, mesmo que se trate de uma providência cautelar **antecipatória** e, por conseguinte, apesar de haver uma aparente identidade no pedido deduzido ou vantagem concreta pretende. Uma antecipação cautelar não gera litispendência para uma actual ou futura acção principal e inversamente, como nota GRUNSKY ¹⁴⁷².

Este aspecto é absolutamente decisivo na demonstração de que **estamos sempre perante dois objectos processuais distintos**, mesmo quando se trate de medida antecipatória ¹⁴⁷³, como tem sido bem sublinhado na doutrina alemã ¹⁴⁷⁴.

III. Em segundo lugar, **as vicissitudes no plano material não são transponíveis directamente de um processo cautelar para o respectivo processo principal**.

¹⁴⁶⁸ Nesse sentido *Pret/Roma 9/2/1984 apud* a anotação que ARIETA faz deste despacho em *Funzione* cit., 585: “A providência de cautela atípica *ex art.* 700º não deve realizar a necessária e integral antecipação do futuro juízo de mérito de finalidade satisfatória das situações jurídicas deduzidas”.

¹⁴⁶⁹ GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 3, a propósito da impossibilidade de convolução do *Arrestverfahren* em *Hauptverfahren*.

¹⁴⁷⁰ ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1088; DAMM, § 920 cit., Rdn. 1; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 9, 10 e *Vor § 935*; MICHALSKI, *ZPR* cit., 269; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 3; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15. Identicamente, DEMEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 46: o *référé* não causa excepção de litispendência perante uma acção principal instaurada.

¹⁴⁷¹ STJ 19/10/1999.

¹⁴⁷² *Vor § 935* cit., Rdn. 13, 33.

¹⁴⁷³ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 36.

¹⁴⁷⁴ Cf. § 6º 2.3.1.A, III.

Assim, a desistência do pedido e a confissão que tenham lugar na *einstweilige Verfügung* não produzem efeitos automáticos na acção principal ¹⁴⁷⁵, o mesmo se dizendo de uma transacção ¹⁴⁷⁶, salvo tratando-se de medida antecipatória (*Leistungsvérfügung*) houvesse transacção judicial entre as partes em que o réu reconhecesse a dívida ¹⁴⁷⁷.

Daí a enunciação jurisprudencial de que “*não há que confundir a caducidade do direito substantivo de propositura da acção com caducidade da providência cautelar de suspensão da deliberação*” e tampouco “*se pode extrapolar da extinção do procedimento cautelar ou da caducidade da providência cautelar e julgá-la reflectida na questão da validade da deliberação, afirmando-a*” ¹⁴⁷⁸.

IV. Finalmente, uma medida cautelar não poderá ser directamente — i.e., por uma mera alteração de designação processual — convalidada em medida principal ¹⁴⁷⁹, sendo o inverso também verdadeiro, pois o *objecto em si mesmo, tal como foi delineado no requerimento, não é transponível* para a acção declarativa pois as causas de pedir são diferentes ¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁵ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 34. Na nossa jurisprudência, cf. ac. STJ 17/10/2002: a “confissão de dívida no processo cautelar releva, sem prejuízo do valor e reflexos dessa mesma confissão valorada no processo principal”.

¹⁴⁷⁶ A “sentença homologatória de transacção, proferida em providência cautelar, não pode ser invocada, na correspondente acção declarativa, como fundamento da excepção de caso julgado” (RP 24/2/1997).

¹⁴⁷⁷ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 4. Contudo, nestes casos de *Leistungsvérfügung* também uma renúncia escrita aos meios de defesa por oposição (§ 924 ZPO), em requerimento de revogação/alteração por mudança das circunstâncias (§ 926 ZPO) ou de abertura de acção principal (§ 927 ZPO) terá a consequência, indirecta, de retirar interesse processual a uma sucessiva acção plena pois o título executivo passa a valer, do ponto de vista prático, como definitivo —TEPLITZKY, *Arrest* cit., 437.

¹⁴⁷⁸ STJ 23/4/2002.

¹⁴⁷⁹ TEPLITZKY, *Arrest* cit., 122; DAMM, § 920 cit., Rdn. 1; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 3; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 515; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 29; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15.

¹⁴⁸⁰ A providência cautelar pode, contudo, ser *aproveitada* nos seus elementos para a abertura de uma acção de tutela plena/antecipatória. Nessa linha, o art. 16º RPE veio fixar que “quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal”. REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 133, fala, por isso, de convalidação da tutela cautelar em tutela final, o que configuraria uma providência cautelar sem acção principal.

V. Concluir que há uma infungibilidade processual geral entre *tutela cautelar* e *tutela plena* é o mesmo que — dada a identidade de objectos entre tutelas antecipatória e plena — concluir por uma infungibilidade processual geral entre *tutela cautelar* e *tutela antecipatória*: o que pode ser tratado em via antecipatória não pode ser tratado em via antecipatória cautelar e vice-versa.

Repare-se no seguinte: um pedido de injunção ou monição para pagamento de um salário é fungível com um pedido cautelar de antecipação de pagamento desse vencimento, por perigo? A resposta é negativa: não há uma via livre entre os dois procedimentos que permita e confirme uma pretensa fungibilidade. A cautela exige um litígio com uma especificidade adicional, mas essencial: o perigo de dano. Essa especificidade traduz um objecto diferente, como já foi notado pela doutrina alemã. Objecto esse que é tratado em termos de adequação e sem valor de caso julgado, que não seja *rebus sic stantibus*.

2.4. Demonstração prática: duplo critério inidoneidade para aquisição de valor de caso julgado material / poder de adequação material

2.4.1. Execução provisória de sentença e condenação in futurum

I. Acabámos de ver como tutela antecipatória e tutela cautelar apresentam objectos diversos entre si, sendo que o objecto cautelar não é antecipatório do objecto da acção principal. Mesmo quando o pedido era, *aparentemente* ¹⁴⁸¹ idêntico ao pedido principal/antecipatório a *causa de pedir era sempre diferente*, fosse qual fosse a providência: toda a medida de tutela cautelar pedida é causada por um perigo de dano, servindo para o afastar.

Entendamo-nos: ou há convalidação com continuidade de regime cautelar ou há convalidação em verdadeira tutela antecipatória. Ora, a primeira hipótese está excluída: a decisão proferida será, depois, sujeita à definitividade geral do caso julgado; ou seja: o regime é cautelar até à convalidação e deixa de o ser depois desta. O caso em apreço cabe na segunda hipótese: o que se antecipa é a decisão da acção principal, *i.e.*, o meio do art. 16º RPE é de pura tutela antecipatória, com o aproveitamento possível do objecto cautelar que possa ser aproveitado. Isto é possível porque materialmente há um *concurso entre a pretensão deduzida cautelarmente e a pretensão deduzida na tutela plena ou antecipatória* que referiremos adiante, no § 12º 2.3.3.B.

¹⁴⁸¹ Pois vimos que, em rigor, não é o mesmo pedido.

Vimos ainda que esta diferença de objectos correspondia no plano formal a uma *inidoneidade para adquirir o valor de caso julgado absoluto* e no plano material a uma indeterminação da medida possível, justificando um *poder de adequação* por parte do juiz.

Importa agora colocar à prova a correcção destas conclusões. Para tanto importa apurar se elas são capazes de resolver alguns pontos duvidosos em sede de antecipação de tutela e como é que elas se adaptam às providências cautelares típicas, onde um juízo de adequação perigo/providência parece estar ausente.

Se assim for pode dizer-se que aqueles dois aspectos corporizam um *duplo critério prático* de qualificação de uma medida de tutela sumária como medida cautelar.

II. Um primeiro ponto duvidoso a clarificar é o da **distinção entre a execução de uma providência cautelar e a execução provisória** que é proporcionada pela tutela antecipatória — carácter finalístico da tutela sumária para CHIOVENDA¹⁴⁸² — *maxime* nas previsões de execução provisória de sentença como no nosso art. 47º¹⁴⁸³ ou as previsões de antecipação de condenação por perigo concretamente alegado como no art. 472º, nº 2 *in fine*.

Chamemos primariamente, à colação o que TEIXEIRA DE SOUSA, OVÍDIO BAPTISTA, TEORI ZAVASCKI e HUBER escrevem sobre o assunto e enriqueçamo-lo, depois, com o nosso próprio pensamento. Estes AUTORES confirmam-nos, *a priori*, como as duas categorias são, efectivamente, autónomas.

Assim, do *ponto de vista procedimental* é afirmada a diferença: TEIXEIRA DE SOUSA escreve que a *tutela proporcionada pelo art. 47º* é “provisória porque ainda deverá ser confirmada ou revogada por uma outra decisão”, o que para OVÍDIO BAPTISTA se explica por haver um “*pedaço do processo que se desloca no tempo*”¹⁴⁸⁴ ou “*inversão de fases procedimentais*”¹⁴⁸⁵, pelo que não há uma duplicação de lides¹⁴⁸⁶. A tutela antecipatória trata, por conseguinte, de “antecipar atos executivos” escreve TEORI ZAVASKI¹⁴⁸⁷ e, por isso, bem se pode dizer que na primeira “ainda não se

¹⁴⁸² Lembre-se que CHIOVENDA afirmava que o objectivo comum destas formas sumárias era, precisamente, a “antecipação de execução” e por isso é que as designa como “decisões com prevalente função executiva” (*IDPC* I cit., 215 ss.).

¹⁴⁸³ Tivemos já oportunidade de, no § 5º 2.2.2.A, C), aludir a este preceito e bem assim aos preceitos similares dos arts. 282º CPC/It, 515º NCPC/Fr, 526º LEC, 521º CPC/Br e dos §§ 708, 709 ZPO.

¹⁴⁸⁴ *Do processo* cit., 64.

¹⁴⁸⁵ *Do processo* cit., 60.

¹⁴⁸⁶ *Do processo* cit., 16.

¹⁴⁸⁷ *Antecipação* cit., 11.

esgotou inteiramente a prestação da tutela cognitiva” (TEORI ZAVASKI ¹⁴⁸⁸) para aquele objecto: ela só se esgota quando alcança o trânsito em julgado.

Pelo contrário, na provisoriedade cautelar ou *segurança para execução* sucedem-se duas lides autónomas, v.g., a do sequestro e a acção de reivindicação (OVÍDIO BAPTISTA ¹⁴⁸⁹), sendo certo que a lide cautelar já esgotou a prestação da tutela cognitiva para o seu específico objecto de segurança e é, neste sentido, final.

Também do *ponto de vista do objecto* é afirmada a diferença: enquanto na *execução para segurança* ou *provisória* se realiza a pretensão jurídica do autor que, assim, beneficia necessariamente da “satisfação antecipada — equivalente a satisfação do direito concedida em processo sumário” (OVÍDIO BAPTISTA ¹⁴⁹⁰), já as *providências cautelares* fornecem uma composição provisória “porque atribui uma tutela qualitativamente *distinta* da decisão que a controla” (TEIXEIRA DE SOUSA) ¹⁴⁹¹. *Distinta*, porque materialmente *não é uma satisfação antecipada* mas é “uma forma de protecção que ainda não satisfaz, mas apenas assegura a futura satisfação do direito afirmado pelo requerente” (TEIXEIRA DE SOUSA ¹⁴⁹²), o qual se encontra num “estado perigoso” (OVÍDIO BAPTISTA). Por seu turno, na Alemanha HUBER afirma ser importante não confundir a *einstweiliger Rechtsschutz*, proporcionada pelas providências dos §§ 916 ss. ZPO, e a *vorläufiger Rechtsschutz* proporcionada, em especial, pela execução provisória de sentença ao abrigo dos §§ 704 ss. ZPO ¹⁴⁹³. Apenas esta garante uma exequibilidade jurídica plena, por provisória e revogável que seja ¹⁴⁹⁴, enquanto aquela por ser de segurança mantém em aberto as possibilidades de decisão no processo principal ¹⁴⁹⁵.

III. Esta oposição é confirmada pelos nossos próprios critérios.

Antes de mais, *uma sentença ou decisão que seja provisória nos termos do art. 47º é idónea a alcançar a qualidade de caso julgado, pois é proferida no plano da declaração do direito*. No caso, tudo dependerá do resultado do recurso interposto, mas em geral qualquer medida antecipatória pode ou tem — consoante o regime — de ser confirmada, no seu conteúdo, numa decisão com esse valor. Por outro lado, o juiz para proferir essa antecipação *não teve de produzir um juízo de adequação* entre o conteúdo

¹⁴⁸⁸ *Antecipação cit.*, 11.

¹⁴⁸⁹ *Do processo cit.*, 16.

¹⁴⁹⁰ *Do processo cit.*, 13, satisfação antecipada essa que é passível ser inibida, através da concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto, a qual não teria natureza cautelar para OVÍDIO BAPTISTA, *idem*, 59.

¹⁴⁹¹ *Estudos cit.*, 228.

¹⁴⁹² *Do processo cit.*, 13.

¹⁴⁹³ *Das Zivilurteil cit.*, 248.

¹⁴⁹⁴ *Das Zivilurteil cit.*, 248.

¹⁴⁹⁵ *Das Zivilurteil cit.*, 248.

da medida e o perigo: limita-se a decidir pela procedência/improcedência, total ou parcial do pedido. Outro tanto se pode dizer quanto ao art. 472º, nº 2 *in fine*, onde nem sequer se associa algum aspecto específico de provisoriedade.

Portanto, estamos perante tutela antecipatória.

Tudo se passa, como sabemos, de modo diverso numa cautela, ainda que antecipatória: é *inidónea a conquistar o valor de caso julgado* e assenta num *juízo de adequação* entre o seu conteúdo e o *periculum*, não bastando que o juiz decida apenas a procedência/improcedência do pedido. A sua provisoriedade é, assim, intrínseca à causa¹⁴⁹⁶.

IV. Mas mais importante é verificar que estão em causa objectos muito diversos: o objecto a que se refere a execução provisória não tem o perigo de dano na sua causa de pedir nem a medida pedida é moldada em função de um perigo de dano, *i.e.*, para afastar um perigo de dano.

Contudo, este perigo de dano continua a ser a justificação funcional para uma tutela antecipatória, como se sabe.

Assim, *quando é presumido pelo legislador em razão directa do objecto processual o periculum in mora não tem sequer relevância autónoma* no processo porque a lei aceita automaticamente a via antecipatória desde que se faça uso dela para tutela do tipo de direito¹⁴⁹⁷ que ela mesma prevê — *v.g.*, um crédito até certo valor para uso da injunção — ou porque é o juiz quem tem de decidir se se abrir a via antecipatória — *v.g.*, se há ou não lugar a *procédure par défaut faute de comparaître du défendeur*, dependendo de considerar ou não considerar a demanda como “regular, passível de ser recebida e bem fundada” (art. 472º NCPC/Fr).

Diversamente, *quando o perigo for presumido pelo legislador a partir de um comportamento negativo da parte*, o autor tem de alegar em requerimento e demonstrar perante o tribunal a verificação do elemento específico da norma que estatui a tutela antecipatória — *v.g.*, o propósito dilatatório da oposição do réu —, mas não a periculosidade. Ora se o perigo não é discutido, mas também sem ele não se pode lançar da via antecipatória, então é porque nesses casos assume a natureza de

¹⁴⁹⁶ Neste sentido, STAES, *DJP* cit., nº 28: a jurisdição dos référés “pode ser qualificada como provisória por natureza”. Inversamente, para WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 12 a diferença é mais procedimental no caso da exequibilidade provisória por concessão de efeito meramente devolutivo ao recurso: num caso o título executivo é produzido de forma ordinária, enquanto no caso do *Arrest* e das *eintweiligen Verfügungen* o título executivo é produzido num processo sumário, como tal sujeito a um elevado risco de erro.

¹⁴⁹⁷ Neste sentido, GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17, quando afirmam que todo o procedimento cautelar, ao ser um procedimento sumário, *i.e.*, com menos garantias, exige uma específica necessidade de regulação para o seu uso.

pressuposto processual do interesse em agir, ou seja: um requisito para o uso de uma certa sequência processual — procedimento — qualitativamente sumária, *i.e.*, com menos garantias, que, de outro modo, estaria vedada ao autor. Um pressuposto cuja existência se deduz, como presunção, da alegação de um outro facto.

Finalmente, *também quando cabe à parte alegar um facto concreto integrante de uma cláusula geral de perigo* — *v.g.*, para efeitos do art. 472º, nº 2 *in fine* — este assume a natureza de *pressuposto processual do interesse em agir*. Aqui o autor não está a pedir uma medida *contra o perigo de incumprimento do seu crédito* que ao tempo esteja ser ameaçado pelo réu, mas está a pedir uma antecipação de uma medida *contra o incumprimento futuro do seu crédito*, em que a fonte de perigo é o próprio *atraso nessa obtenção*. É o perigo deste dano por mora processual que dá interesse a uma condenação *in futurum* de cujo objecto está ausente uma ameaça ao direito. Ali temos uma medida de tutela com *utilidade actual*, aqui uma medida de tutela com *utilidade futura*.

Desse modo, tal como na tutela antecipatória em que o perigo é presumido, o autor ganhará o uso de uma via de tutela antecipatória para um mesmo objecto processual.

A única diferença em relação à antecipação por perigo presumido, é a de que o facto perigoso não está tipificado, cabendo ao autor demonstrar que *in concreto* se verifica a cláusula de perigo. Como? Precisamente demonstrando que *a falta da decisão é idónea a provocar-lhe dano ao direito, i.e.*, de que há um *periculum in mora*. *É irrelevante que esse dano advenha de um comportamento do réu, de um comportamento de terceiro ou de um evento natural: o que interessa é que deverá ser um dano cujo risco de exposição pode ser afastado mediante obtenção de tutela em tempo mais curto.*

V. Confirma-se o que já inferimos a partir da teleologia interna do modelo de garantias processuais¹⁴⁹⁸: a função de encurtamento dos tempos processuais realizada pela celeridade processual qualitativa, se toca nas garantias, não toca na questão de fundo. *A pretensão enunciada perante os tribunais não pode sofrer mudanças por causa do modo como a própria máquina processual trata do litígio; o que muda é a via processual mas o litígio é o mesmo, pois é este litígio que pela sua matéria pede uma tutela que lhe seja adequada*¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁸ § 5º 1.3., III

¹⁴⁹⁹ Do ponto de vista do autor trata-se sempre da *mesma necessidade de protecção de um dado bem jurídico* que é objecto de uma posição activa juridicamente relevante: a mesma necessidade de restituição do bem, de pagamento de uma quantia pecuniária, de salvaguarda da vida privada. Deste modo o *efeito útil* que o autor pretende e pede ao tribunal é sempre o mesmo, quer a tutela seja sumária quer a tutela seja plena. Correlativamente, do ponto de vista do réu o interesse que ele tem em se defender num

2.4.2. Providências com dispensa de alegação de perigo; providências oficiosas; providências autónomas; urgência intrínseca e extrínseca

I. Um segundo ponto de dúvida é o da qualificação que devemos dar **aos meios de tutela em que o autor não tem de alegar um concreto perigo de dano**, mas **o juiz é acometido de um poder de adequação do conteúdo da medida**.

Os exemplos mais relevantes parecem-nos ser: o *référé de fond*, as medidas provisórias indiferenciadas em matéria de família — o art. 1407º, nº 7, os *provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole* (art. 708º, 3ª al. CPC/It) ¹⁵⁰⁰ —, a inibição provisória de concorrência desleal (§ 12/II UWG = § 25 UWG 1909) e certas providências cautelares típicas como a restituição provisória de posse (art. 393º e art. 1279º CC), os alimentos provisórios (art. 399º), o arrolamento de bens do casal (art. 427º, nº 1), a apreensão de veículo automóvel em garantia de crédito hipotecário (art. 15º, nº 1, primeira parte do Decreto-Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro) ou por propriedade mantida pelo vendedor reservatário (art. 15º, nº 1, segunda parte do Decreto-Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro), a entrega judicial e cancelamento do registo de bens objecto de locação financeira (cf. art. 21º do Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho), as suspensões de despedimentos individual e colectivo (arts. 34º ss., 41º e 42º CPT ¹⁵⁰¹).

Adicionalmente, desde a reforma de 2005/2006 do CPC/It, devem-se acrescentar como sendo de natureza duvidosa as providências cautelares antecipatórias em Itália, maxime o art. 700º CPC/It, já que alguns negam que ainda tenham natureza cautelar,

procedimento de tutela sumária radica nas mesmas causas que lhe surgiriam num procedimento de tutela plena: o mesmo esbulho, incumprimento, violação de privacidade.

¹⁵⁰⁰ Já não as *einstweiligen Anordnungen* (§§ 620 ss. ZPO) pois a doutrina exige que o autor se funde numa necessidade de regulação (*Regelungsbedurfnis*), como seja uma necessidade urgente de uma sentença imediata ou um perigo de danos aos valores materiais em presença (*v.g.*, bem-estar da criança) pela espera da decisão final — cf. DOSE, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., Rdn. 15; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 89 ss. GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17.

¹⁵⁰¹ Cf. essa desnecessidade de alegação e prova, no §§ 5º 2.2.1., II A, B, D e F), IV B e C, 5º 2.2.1., III A, § 5º 2.3.2.D., II

imputando-lhes uma função antecipatória idêntica à de um processo sumário não cautelar, v.g., a uma injunção ¹⁵⁰².

Relembre-se que até aí a doutrina aceitara, em maior ou menor grau, que houvesse antecipação cautelar ¹⁵⁰³. É aliás o que já sucede há mais tempo no Brasil com as medidas antecipatórias do art. 273º/ I CPC/Br.

Escolhemos este leque de medidas, seja porque sobre elas não há constância doutrinária, discutindo-se se são medidas de tutela antecipatória, de tutela cautelar ou de jurisdição voluntária, seja porque, em todo o caso, lançam dúvidas sobre a sustentabilidade do nosso pensamento.

Mas, mais uma vez pensamos que é esclarecedora a aplicação do nosso duplo critério.

II. No *référé*, em geral, vimos que a discricionariedade é a palavra de ordem, mesmo que seja pedido um *référé de fond* ou *référé-provision* ao abrigo dos arts. 808º, 1ª parte e 809º/II NCPC/FR, tornando possível o decretamento de uma *medida de satisfação antecipada*. Mesmo nesses casos o juiz dos *référés* *não está nunca adstrito à medida concretamente pedida* ¹⁵⁰⁴, devendo fazer um juízo de adequação. Por outro lado, a decisão de *référé* é inidônea para transitar em julgado, no sentido de que ao juiz está sempre vedado declarar o direito de fundo.

Mas esta mesma qualificação torna-se mais difícil nos casos em que o juiz do *référé de fond* tem ainda aquele poder de adequação mas, ao mesmo tempo, o **perigo não tem de ser alegado em concreto, mas somente presumido** ¹⁵⁰⁵ pelo tribunal em face das circunstâncias. Trata-se dos casos em que o *référé* é decretado porque o direito é incontestável, apesar de **não** ter sido demonstrada a *urgence*, seja porque a lei o autoriza — cf. o art. 809º/II NCPC/FR ¹⁵⁰⁶ —, seja porque o juiz dispensa esse requisito, como tem sucedido na Bélgica. É ainda o caso das *mesures provisoires ou jugements avant-dire droit* do art. 19º CJ/B, de natureza incidental a uma acção ¹⁵⁰⁷. Nelas, apesar do autor não ter que alegar nenhuma causa concreta de urgência, o juiz da causa, tem competência para *ex vi* art. 19º/II CJ/B, “antes de declarar o direito, ordenar uma *medida provisória*”, de conteúdo por ele determinado, “destinada a (...) regular

¹⁵⁰² Assim, MONTELEONE, *MDPC* II cit., 362 e 378 = [*L'evoluzione*] cit., 454–456, cunhando-as de *medidas antecipatórias*, por oposição às *verdadeiras e próprias providências cautelares*, i.e., as conservatórias.

¹⁵⁰³ Cf. § 5º 2.3.2.F.

¹⁵⁰⁴ LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.232.

¹⁵⁰⁵ Expressamente no sentido de que ocorre uma presunção, LACABARATS, *idem*, nº 124.211.

¹⁵⁰⁶ LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.255.

¹⁵⁰⁷ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 8, a propósito do art. 19º/II CJ/B.

provisoriamente a situação das partes”, com base no grau e consistência da aparência do direito do autor naquele estágio do processo ¹⁵⁰⁸. Estas medidas não fazem caso julgado, sequer para o próprio juiz da causa ¹⁵⁰⁹.

Quer-nos parecer que, em ambos os casos, apesar da dispensa de *urgence*, o *periculum* é ainda a bitola para a medida em si mesma, a qual também não fará caso julgado. Tanto num, como no outro o juiz não trata de conceder ou não conceder a decisão final antecipadamente, mas de conceder a medida mais adequada, conservatória ou antecipatória ¹⁵¹⁰, para fazer a “protecção dos interesses que seriam comprometidos pela duração do processo” ¹⁵¹¹. A única diferença é que o requerente está dispensado de alegar e demonstrar o perigo, mas isso não afasta a constatação de que é uma medida *por causa* do perigo ¹⁵¹².

Neste sentido, pode dizer-se que quer no caso do 809º/II NCPC/Fr, quer no caso do art. 19º/II CJ/B o *periculum* integra o objecto da causa provisória ¹⁵¹³.

III. O mesmo sucede, *mutatis mutandis* com os *provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole*. É certo que eles apresentam as especialidades de **poderem sobreviver ao termo da acção principal e serem decretados oficiosamente pelo juiz**. Mas, ao mesmo tempo, apresentam os indícios externos que temos associado à cautelaridade: o juiz conserva um *poder discricionário* de regulação e a decisão é *inidónea* para obter o valor de caso julgado, pois está sujeita às mesmas regras de caso julgado *rebus sic stantibus*.

¹⁵⁰⁸ Cf. VAN COMPERNOLLE, *ob. loc. cit.*; CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA) cit., 26.

¹⁵⁰⁹ VAN COMPERNOLLE, *ob. loc. cit.*; JOMMI, *Il référé* cit., 97 ss.

¹⁵¹⁰ VAN COMPERNOLLE, *ob. loc. cit.*

¹⁵¹¹ VAN COMPERNOLLE, *ob. loc. cit.*

¹⁵¹² A questão da qualificação do *référé* de fond, em particular do *référé provision*, merece ser aprofundada em JOMMI, *Il référé* cit., apesar de seguir em sentido oposto ao nosso. Este AUTOR, parecendo por um lado, aderir à jurisprudência, que precisamente justifica a dispensa de *urgence* com a presença de uma *urgence* implícita (*idem*, 123-14), acaba, contudo, por desligar o instituto da questão da urgência e vai aproximá-lo de uma tutela sumária antecipatória (*idem*, 146 ss., esp. 152-153). Há, por conseguinte, uma “perigosidade ínsita”, no dizer de JOMMI, *Il référé* cit., 131. OMMI, *Il référé* cit., 19.

¹⁵¹³ Contra, poder-se-ia argumentar que se pode haver tutela cautelar com dispensa de demonstração concreta de perigo então toda a tutela antecipatória em que o perigo seja legalmente presumido e o autor não tenha de alegar o perigo — *v.g.*, a restituição provisória de posse — seria cautelar. Não é assim: o perigo presumido nuns casos conduz a que o mesmo objecto da acção plena seja conhecido mais cedo e noutros integra ele mesmo a causa do litígio.

E não há dúvidas de que o meio do art. 708º, 3ª al. CPC/It evita a lesão aos superiores interesses do cônjuge dos filhos, tendo, portanto, uma natureza preventiva de dano a direitos privados. Se não houver perigo algum, seguramente que as medidas não serão decretadas.

Tem, por isso, razão alguma doutrina italiana que qualifica as providências do art. 708º, 3ª al. CPC/It como sendo *cautelares* ¹⁵¹⁴.

IV. Depois temos aquelas providências típicas que dispensam a alegação de perigo, o que conduz alguns AUTORES a negar natureza cautelar a algumas delas em razão da falta de alegação do perigo ¹⁵¹⁵. Não é assim, com o devido respeito.

A medida do § 12/II UWG = § 25 UWG 1909) é o exemplo paradigmático do que sucede nestes casos: é pacificamente qualificada como *einstweilige Verfügung* nos

¹⁵¹⁴ CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 38, 39, 60 e 80; MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 65 e *La tutela* cit., 253; CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali*, RDP 17/1 (1962), 24-25; M. DINI, *La denuncia* cit., 107-111; TARZIA, *La tutela cautelare* cit., XXVII; SALVANESCHI, *Provvedimenti* cit., 592-599; CONSOLO, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 669-quaterdecies, 733-735 e *SpDPC I* cit., 311-312; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 116; MONTESANO/ARIETA, *DPC III* cit., 392.

Contra, qualificando-as como sumárias por terem natureza e estrutura próprias, não puramente instrumentais, e capazes de vigorarem depois do termo da instância principal: CARPI, *Provvedimenti* cit., 615; P. PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti* cit., 107; DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 212; AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 79; LUPOI, Art. 708 cit., 2135; MANDRIOLI, *Per una nozione* cit., 551 e *DPC III* cit., 419 = *CDPC III* cit., 249; MONTELEONE, *MDPC II* cit., 464, implicitamente; CULTRERA, *Natura* cit. Diversamente, qualificando-as como de jurisdição voluntária: SATTA, *CommCPC IV/1* cit., 312).

¹⁵¹⁵ No sentido de que a restituição provisória da posse não é uma providência cautelar: ALBERTO DOS REIS *CPCanot I* cit., 670 (providência preventiva e conservatória) = *Processo ordinário I* cit., 229 = *A figura* cit., 42; PAULO CUNHA, *Lições* cit., 167; PALMA CARLOS, *CPCanot I* cit., 71, que posteriormente terá mudado de posição; MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição* cit., 134 (o “benefício da providência é (...) concedido ao possuidor, não em atenção a um perigo de dano iminente, mas como compensação da violência de que o possuidor foi vítima, pela aplicação da regra *spoliatus ante omnia restituendus*”); CURA MARIANO, *A providência* cit., 21. Defendendo uma natureza não cautelar para os alimentos provisórios: BARBOSA DE MAGALHÃES, *Processo civil II* cit., 78 (o “processo de alimentos provisórios não é preventivo, por isso [é que] o autor, instaurando-o, não tem por fim acautelar prejuízo algum”) = *Natureza* cit., 22. Qualificando o arrolamento do art. 427º, nº 1 como um processo de jurisdição voluntária: RL 11/1/1994 e RL 1/2/1994.

fundamentos e no regime ¹⁵¹⁶ e até, como o exemplo, por excelência, de *Befriedigungsverfügung* ¹⁵¹⁷. A exigência, embora presumida, de um *Grund* ¹⁵¹⁸ a existência de um *Interessenabwägung* ¹⁵¹⁹ e o caso o julgado *rebus sic stantibus* ¹⁵²⁰ são os sinais próprios da natureza cautelar afirmada doutrinariamente.

O mesmo sucede com as nossas providências cautelares típicas que dispensem a alegação do perigo: seguem, apesar disso, o regime geral das providências cautelares, o que significa que o juiz dispõe de um poder de adequação ¹⁵²¹ e que a sua decisão vale *rebus sic stantibus*. Isso mostra que são medidas de tutela feitas à medida do *periculum*, objecto mutável; uma medida cautelar, portanto, como defendem outros AUTORES ¹⁵²².

¹⁵¹⁶ Por todos, BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung* cit., Rdn. 16 ss.

¹⁵¹⁷ Assim, por todos, SCHUSCHKE, *Vor § 935* cit., Rdn. 18 e 75 ss. Cf. § 5º 2.3.2.G., III.

¹⁵¹⁸ SCHMUKLE, *Kap. 44* cit., Rdn. 1, 2, 11 –25 e *Kap. 45* cit., Rdn. 1 ss.

¹⁵¹⁹ BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung* cit., Rdn. 51; SCHMUKLE, *Kap. 45* cit., Rdn. 50. Mas o juiz já não terá um poder de convolação da medida, em desalinhamento com o pedido deduzido — neste sentido, BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung* cit., Rdn. 156 e 157.

¹⁵²⁰ BERNEKE, *idem*, Rdn. 274 ss.

¹⁵²¹ Pode parecer duvidosa a afirmação em sede de providências cautelares típicas, de um poder adequação *perigo/providência*. Dir-se-ia que nestas o juiz ou concede ou não concede a medida legalmente estatuída, verificado ou não verificado o *periculum* específico também legalmente previsto. Contudo, não é assim: o art. 392º, nº 1 autoriza esse poder de adequação judicial, independentemente de o autor pedir uma providência típica ou atípica. Ou seja: a tipicidade releva em sede de previsão normativa invocada pelo requerente, mas não em face do juiz que pode sempre convolar a medida pedida. Isso sucede porque a tipicidade cautelar é uma *opção legislativa e não de uma imposição do objecto do litígio*: se o legislador nem sequer prever um medida típica que outro legislador admite, a tutela atípica irá abrangê-lo num quadro de adequação — *v.g.*, o arrolamento não existe em França enquanto mas, obviamente, o *référé* contempla-o como *mesure d'attente*. Voltaremos a esta questão no § 13º 1.2.1.

¹⁵²² Quanto à restituição provisória de posse: BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 21, 23; PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 250; ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 132 (providência cautelar antecipatória); P. PISANI, *Due note in tema di tutela cautelare*, FI 106/V (1983), 150; CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 258; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 235 (providência cautelar de regulação); LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 9; usando a terminologia legal, sem se pronunciar sobre a questão: RODRIGUES BASTOS, *NtCPC* II cit., 243–246; LOPES DO REGO, *ComCPC* I cit., 363–364; PAIS DE AMARAL, *DPC* cit., 36–38; na jurisprudência, entre muitos outros, STJ 17/6/1987 e STJ 9/7/1987. Quanto aos alimentos provisórios: ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 30 ss. (“o *periculum in mora* é manifesto, visando-se acautelar “o prejuízo máximo: a morte ou o

Daí o ac. RP 19/12/1996 declarar que no “arrolamento de bens do casal, como preliminar de acção de divórcio, tem-se em vista, essencialmente, *obviar ao seu extravio ou dissipação*”, apesar de o perigo deste não ter de ser nem alegado, nem demonstrado graças ao referido art. 427º, nº 3.

Contudo, é certo que o arrolamento do art. 427º, nº 1 “subsiste e mantém a sua eficácia para além da decisão que julgar a acção de divórcio até ser efectuada a partilha dos bens” (RP 2/5/2000), não havendo “prazo fixado na lei para requerer a partilha” pelo que “não pode a mesma ser levantada se, após a sentença de divórcio, não for requerida a partilha” RP 16/6/1994)¹⁵²³.

Trata-se afinal de uma **sobrevida** autónoma, como se aponta em Itália aos *provvedimenti temporanei*, que em nada tange com o escopo e a utilidade preventiva da medida.

V. Finalmente as providências antecipatórias italianas. A exclusão da instrumentalidade, com a reforma de 2005/2006, não lhes mudou a natureza, em nosso ver: o juiz continua a dispor de um poder de adequar a medida ao perigo¹⁵²⁴ e a

definimento extremo”) e implicitamente, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 6, ao considerar que o art. 399º, nº 2 exige uma “carência actual de `sustento, habitação e vestuário´”, *i.e.*, de um especial *periculum in mora*. Quanto à apreensão de veículo automóvel em garantia de crédito hipotecário sobre ele, vencido e não pago: MOITINHO DE ALMEIDA, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis* cit., 8 ss. Quanto à entrega judicial e cancelamento do registo de bens objecto de locação financeira: RL 23/4/1996, RL 13/10/1994, RL 25/2/1997, RP 28/4/1997, RP 29/9/1998, STJ 14/4/2005. Quanto à apreensão de veículo automóvel pelo vendedor reservatário: providência cautelar típica pelo STJ 3/10/1995, dado ser provisória e instrumental de acção de execução para pagamento de quantia certa ou de venda de penhora, caducando na falta da sua propositura, improcedência, absolvição da instância ou demonstração de cumprimento (art. 19º, nº 1 do mesmo decreto). Quanto à suspensão de despedimento individual: LEITE FERREIRA, *CPTanot* 4, 1996, 190 ss; ISABEL ALEXANDRE, *Princípios* cit., 408–409; na jurisprudência, incluindo a relativa aos arts. 38º ss. do anterior Decreto-Lei nº 272–A/81, de 30 de Setembro, cf. STJ 3/11/1991 (como “qualquer outro procedimento cautelar, visa obviar ao perigo de mora na declaração e execução do direito pelos processos normais”), STJ 26/4/1980, STJ 16/5/1980, BMJ 297 (1980), 171, STJ 7/6/1983, BMJ 329 (1983), 475, STJ 8/4/1987, STJ 27/11/1987, RP 17/12/1990, RP 19/10/1992, STJ 16/12/1992, RL 27/11/1993, STJ 11/12/1996, RP 15/12/1997, RE 30/3/2004, RC 3/3/2005.

¹⁵²³ No mesmo sentido: RL 15/3/1994, RL 4/5/1998, BMJ 481 (1998), 492, RL 19/5/1998, RL 12/12/2006.

¹⁵²⁴ Cf. § 13º 1.3., II.

decisão é inidónea para algum dia ganhar valor de caso julgado ¹⁵²⁵. Ou seja: a presença ou ausência de instrumentalidade não tange o mérito da providência em questão e que é uma situação de perigo ao direito. As *misure anticipatorie* ¹⁵²⁶ que o art. 700º CPC/It permita decretar nada têm funcionalmente que ver com um injunção ou um regime de revelia, de cominatório pleno, por exemplo. *Afirmar o contrário é desconsiderar a radical diferença entre a questão de mérito antecipatória e a questão de mérito cautelar.*

Continuam a ser providências de tutela cautelar, como, aliás, parece ser a opinião dominante ¹⁵²⁷.

Deste modo, tal como sucedera com a introdução do art. 273º/I CPC/Br, a dispensa de instrumentalidade às medidas “cautelares” antecipatórias, *maxime* do art. 700º CPC/It, é um passo de aproximação quer ao sistema alemão, quer ao sistema do *référé*.

VI. Deste modo, pode enunciar-se uma conclusão: nas providências cautelares, mesmo que não seja alegado, ou ainda que o seja mas não haja instrumentalidade necessária, o *periculum* surge no *interior* do litígio que existe entre as partes: é por causa dele que o sujeito activo se dirige a um tribunal. O perigo é a *razão do processo* e não uma *razão de celeridade*.

Ao contrário, na tutela antecipatória o *periculum* não integra o objecto processual, sendo *exterior* ao litígio que existe entre as partes: não é por causa dele que o sujeito deduz o pedido de tutela. O perigo é uma *razão de celeridade*, mas não é a *razão do processo*.

Deste modo a oposição entre tutela antecipatória e tutela cautelar é uma oposição entre **urgência extrínseca** e **urgência intrínseca**, quanto à posição do perigo em face do objecto do processo.

¹⁵²⁵ Cf. § 5º 2.3.2.L.

¹⁵²⁶ MONTELEONE, *MDPC* II cit., 378.

¹⁵²⁷ Neste sentido, por vezes implicitamente: F. DITTRICH, *Il provvedimento* cit., 227–228; ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 33 ss., 39 e 40; VERDE, *I provvedimenti* cit., 1 ss. (o art. 700º CPC/It como tutela de urgência cautelar); BALENA, *[La disciplina]* cit., 324 ss., esp. 327–328, aludindo a “providências cautelares antecipatórias”; CONSOLO, *SpDPC* I cit., 304; BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento* cit., 80; P. PISANI, *LDPC* cit., 599–600; G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili* cit., 490–491; MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217; SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135 ss. Alguns destes AUTORES, como ARIETA, *idem*, 31, 39–40 e CONSOLO, *idem*, 304, socorrem-se, precisamente, do “nosso” critério da inidoneidade para o caso julgado para continuar a defender uma não recondução das cautelas antecipatórias à tutela sumária/antecipatória. Só que este é um marcador externo de um objecto específico que a doutrina italiana tarda em reconhecer.

Pode-se, por tudo isto, perguntar se o *periculum* de umas é o mesmo *periculum* de outras. Trata-se de uma questão para a qual nos faltam, por ora, dados para lhe poder responder.

2.5. Negação aparente da oposição tutela antecipatória/tutela cautelar

I. Parece, assim, demonstrada a solidez da nossa distinção entre uma tutela antecipatória, cujo objecto é o mesmo que surgiria em tutela plena, e uma tutela cautelar cujo objecto é diferente daquele que surgiria em tutela plena. Ao mesmo tempo, confirmámos que são correctas, porque explicativas da realidade positiva, as nossas conclusões de que o objecto cautelar se manifesta por uma *inidoneidade para adquirir o valor de caso julgado absoluto* e por um *poder de adequação* por parte do juiz.

Sucede, porém, que outros dados que também colhemos parecem negar esta nossa conclusão pois mostram-nos aspectos aparentemente paradoxais em sede de providências cautelares antecipatórias.

Primeiro dado: a própria afirmação, mesmo legal, de providências antecipatórias dos efeitos da sentença de mérito, *maxime* no art. 381º, nº 1, no art. 669 *octies*, 6ª al. CPC/It, nos *référé-provision*, nas *Leistigungs- e Befriedigungsverfügungen*. É certo que demonstrámos que, em rigor, elas não são antecipatórias porque a sua causa de pedir e o seu pedido são outros, como o mostra a necessidade de um juízo de adequação moldado sobre o *periculum* — e daí a afirmação de que o objecto do *référé de fond* não é o objecto do *fond*. Mas, por outro lado, vimos como elas *antecipavam as vantagens práticas* da procedência do pedido na acção principal.

Segundo dado: a constante afirmação, mesmo legal, de que a tutela cautelar não pode esvaziar de utilidade a acção principal (*Verbot des Vorwegnahmes des Hauptverfahrens*)¹⁵²⁸.

Terceiro dado: a medida de tutela cautelar sofre uma *caducidade por superveniência de caso julgado* contrário na eventual acção principal¹⁵²⁹.

Quarto dado: as providências cautelares antecipatórias podem persistir *de facto* — nos sistemas de instrumentalidade necessária — ou de *direito* — nos sistemas de instrumentalidade eventual — como uma regulação para o litígio principal¹⁵³⁰.

¹⁵²⁸ Cf. § 5º 2.3.2.K.

¹⁵²⁹ Cf. § 5º 2.3.2.N.

¹⁵³⁰ Mais: existindo certas condições, o tribunal pode *reaproveitar* o objecto processual colocado pelo autor como tutela cautelar para uma tutela final — cf. o art. 16º RPE.

II. Poder-se-ia dizer que estes paradoxos existem para as providências cautelares antecipatórias, mas não para as conservatórias. Para estas, não se veria modo de rebater a conclusão primeira de que o seu conteúdo é necessariamente não antecipatório pois o autor pretende obter uma **vantagem que lhe estaria vedada pelo uso desta acção** principal. Mas contudo, *como distinguir em concreto uma providência cautelar conservatória de uma providência cautelar antecipatória?* A dificuldade é mostrada por LEBRE DE FREITAS quando conclui que “as **providências conservatórias** tomadas na dependência da acção declarativa **antecipam, em parte, a decisão**; nomeadamente, a suspensão da deliberação social e da obra nova integram-se no âmbito da ineficácia da deliberação social declarada nula ou anulada ou da ordem de demolição da obra” ¹⁵³¹.

Deste modo, uma vantagem que à primeira vista não seria obtida na acção principal, pode, se for tomada em si mesma, com exclusão da sua provisoriedade, equivaler à vantagem final. Essa equivalência será tanto maior quanto mais tempo durar.

Por outro lado, mesmo quanto às providências tipicamente conservatórias de uma situação jurídica, como por o exemplo o arresto, sabe-se que *há sempre a regra da sua caducidade por superveniência de caso julgado negatório do direito pretendido*, produzido em acção principal seja nos sistemas de instrumentalidade formal necessária como o nosso — cf. o art. 389º, nº 1, al. c) — seja nos sistemas de instrumentalidade formal eventual como o alemão, *ex vi* § 927.

III. Em suma: estes dados mostram, claramente, ligações entre os dois objectos em termos tais que a acção plena e um procedimento cautelar podem, partindo de questões de mérito diversas, aproximar-se e, mesmo, *coincidir* e, por isso, *colidir* nos resultados ou utilidades que proporcionam.

São dados tanto mais paradoxais quanto apurámos uma *mútua infungibilidade* entre os objectos das duas tutelas.

Afiguram-se-nos possíveis duas repostas: os objectos são efectivamente diferentes mas estão entre si, de algum modo, em relação de concurso no plano das normas materiais; não se tratam de dois objectos diferentes, mas apenas de um mesmo objecto — pondo em cheque as nossas conclusões — e o que muda entre eles é o tipo de tutela aplicada pelo tribunal.

De momento não temos informação suficiente para optar por uma das vias.

¹⁵³¹ *Et alia*, *CPCanot 2* cit., 9. No mesmo sentido, G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili* cit., 490–491 e REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 135. Dando-se conta da dificuldade, MERLIN, *Limiti* cit., 335–336.

3. Quarta conclusão: a tutela cautelar não é intrinsecamente instrumental

Independentemente das dificuldades interpretativas há um dado inegável do direito positivo que é absolutamente central: **pode haver tutela cautelar e não haver acção principal**, i.e., pode o requerente não estar sujeito a um ónus de abertura, em certo prazo, da instância da tutela plena/sumária que seja adequada ao litígio.

No plano sistémico global, foi o que vimos suceder em França, na Alemanha e desde Março de 2006 em Itália, para as providências antecipatórias, e em especial, para o art. 700º CPC/It, e já antes disso, por via da introdução de cautelas sem ónus de instrumentalidade em sede de d.l. n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, nos seus arts. 23º, nº 1 e art. 24º, nº 3 (processo especial societário ¹⁵³²).

No plano sistémico específico foi o que constatámos em sede do art. 427º, nº 2 e de art. 708º, 2ª al. CPC/It. A saber: tanto o arrolamento de bens do casal, quanto os *provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole* podem vigorar mesmo depois do termo da respectiva acção principal.

Em face destes dados, é imperioso concluir que *a instrumentalidade formal não é essencial à tutela cautelar*. Valem aqui as certas palavras de F. VERDE a propósito dos *provvedimenti d'urgenza* do art. 700º CPC/It: a providência de urgência tende a “estatuir uma cautela que poderá prescindir da sorte da controvérsia sobre o mérito, ao menos no sentido de que *é[-lhe] (...) indifferente*” que esta venha instaurada ou não ¹⁵³³.

É certo que a instrumentalidade formal vigora entre nós em termos genéricos e em Itália apenas para as providências conservatórias e mesmo em França quanto à *saisie-conservatoire* ¹⁵³⁴ — mas tal parece ser uma mera opção legislativa.

O legislador entendeu ser preferível colocar um termo temporal à medida cautelar não porque ela não possa juridicamente continuar a produzir efeitos, mas por força de

¹⁵³² Neles se dispõe que os *provvedimenti d'urgenza* do art. 700º CPC/It e “outras providências cautelares idóneas a antecipar os efeitos da decisão de mérito” colocados antes da acção principal não caducam se esta não vier a ser instaurada, enquanto que os idênticos *provvedimenti* e providências cautelares que seja incidentais a acção pendente não perdem eficácia com a extinção desta. A este propósito, cf. CHIARLONI, *Riflessioni minime* cit., 681–682 e VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 49 ss.

¹⁵³³ *I provvedimenti* cit., 9.

¹⁵³⁴ Como dissemos da sua obtenção tem o credor um mês para colocar a acção executiva (art. 70º da *Loi* de 9 de Julho de 1991).

preocupações de conformidade com o processo equitativo e com princípios constitucionais, em geral ¹⁵³⁵.

4. Quinta e sexta conclusões: a tutela cautelar é permanente, mas não definitiva e é um modo de composição de litígios

Mas, se é assim, se a instrumentalidade formal não é uma característica das providências cautelares, então devem-se formular duas conclusões que se retiram desse facto.

A primeira conclusão é talvez surpreendente para o pensamento dominante sobre a tutela cautelar: *estamos perante uma tutela que é por si, em face do seu próprio objecto, intrinsecamente permanente, pois não carece de mais procedimento*. Se a tutela cautelar fosse realmente provisória existiria *sempre* aquela instrumentalidade formal o que não se vislumbra no direito positivo.

Mas, paradoxal e tão surpreendentemente, sendo uma tutela *que é intrinsecamente permanente, contudo não chega, como se viu, a adquirir o valor de caso julgado mesmo quando não sobrevém a acção principal*. Em Itália, VALITUTTI reconhece essa mesma inidoneidade, a despeito da perda de instrumentalidade processual ¹⁵³⁶, e a própria lei o afirma no art. 669 *octies*, 8ª al. *in fine* CPC/It ¹⁵³⁷.

Deste modo o mesmo objecto processual que determina uma tutela de eficácia autónoma impõe também que essa tutela não seja definitiva.

A segunda conclusão é *a de que a tutela cautelar não pode ter por função salvaguardar o efeito útil da acção principal*, nem pode ter por *objecto* esse mesmo efeito útil, como pareceria, pois pode haver uma eficaz cautela sem uma posterior acção. F. VERDE afirma, nesse sentido, que, suprimida a instrumentalidade necessária ao art. 700º CPC/It, este “não tende mais (...) a garantir a efectividade da futura decisão do juiz com cognição plena” ¹⁵³⁸.

Para nós a tutela cautelar, instrumental ou não, teve *sempre* uma mesma função que, porventura, se torna mais óbvia agora em Itália: “assegurar a efectividade de um

¹⁵³⁵ Efectivamente, entende-se que uma tutela fundada na *aparência* comporta riscos de injustiça para a parte passiva, não sendo razoável que a parte activa possa manter a outra constricta nos seus direitos, até por simples efeito de medidas de conservação de direitos e bens, sem que ela própria se sujeite, em contrapartida, a um ónus de procurar uma tutela plena para o direito que legitimou a obtenção dessa medida.

¹⁵³⁶ *I procedimenti* cit., 54, 56.

¹⁵³⁷ *L'autorità' del provvedimento cautelare non é invocabile in un diverso processo*.

¹⁵³⁸ *I provvedimenti* cit., 9. No mesmo sentido, GUAGLIONE, *La riforma del processo civile* (dir. CIPRIANI/MONTELEONE), Artt. 669 *quinqües*–*octies*–*decies*–*terdecies*, 464.

direito ameaçado”, na terminologia do art. 381º, nº 1 ¹⁵³⁹, ou seja, *ela mesma, é um modo de composição de litígios*. O mesmo é dizer que **a tutela cautelar é uma acção ou processo**, instrumento, por excelência, de exercício da função jurisdicional — a função do Estado que tem por objecto a resolução de litígios. A essa conclusão começa também a chegar agora a doutrina italiana ¹⁵⁴⁰.

O seu fundamento é material, por conseguinte. A tutela cautelar não é um remédio para a efectividade do processo civil.

5. Síntese final: questões resolvidas e por resolver

I. No início desta investigação colocámos um conjunto de dúvidas relativamente à visão dominante sobre a função da tutela cautelar. As conclusões a que chegámos, após a análise do direito positivo, permitem-nos dar neste momento respostas a algumas dessas perguntas.

Perguntámos como *se distingue uma providência sumária ou de urgência de uma providência cautelar*: a resposta coincide, por inteiro, com o conteúdo das nossas primeira e segunda conclusões e para as quais remetemos.

Perguntámos *se poderia haver tutela cautelar autónoma e definitiva, i.e., sem a subsequente tutela plena*. A resposta é-nos dada pelas quarta, quinta e sexta conclusões para as quais remetemos, não sem deixar de notar que em vez de tutela definitiva devemos falar em tutela permanente, dada a ausência de caso julgado pelas razões lá constantes.

Perguntámos *se a função da tutela cautelar era processual, material ou mista, i.e., se salvaguardava a efectividade da tutela jurisdicional, a efectividade das situações jurídicas substantiva ou ambas*. A resposta consta da sexta conclusão, que é uma consequência das quarta e quinta conclusões: *a função da tutela cautelar é material, sendo uma acção ou meio de tutela jurisdicional* e, portanto, um instrumento de exercício jurisdicional de direitos.

II. As segunda, terceira, quarta e quinta conclusões ajudam-nos a responder à pergunta que colocámos sobre *se era certo que a tutela cautelar é eficaz em salvaguardar o efeito útil da tutela principal*.

¹⁵³⁹ Nesse sentido, ARIETA, *Funzione* cit., 591: a função da tutela cautelar atípica é a “*salvaguarda da situação jurídica acautelanda (...) por tudo o tempo necessário para propor a a tutela ordinária*”.

¹⁵⁴⁰ A dita tutela “tornou-se, a partir de agora [da reforma de 2005/2006] (...) o instrumento para a plena realização da jurisdição” (F. VERDE, *I provvedimenti* cit., 18), sem a fundamentação numa mera salvaguarda do efeito útil de outra acção.

A resposta só pode ser negativa, em primeiro lugar, por não ser esse o seu objecto de salvaguarda — a sua eficácia reporta-se ao direito substantivo em termos que ainda apuraremos — e em segundo lugar, mesmo supondo que o seu objecto de salvaguarda fosse o efeito útil de uma acção, é duvidosa a sua eficácia a cumprir esse papel, como SCHLETTE e OVÍDIO BAPTISTA já notaram¹⁵⁴¹. Efectivamente, a falta de identidade entre o mérito cautelar e o mérito da acção principal, ao implicar a apreciação de pressupostos diversos dos da acção principal, torna o âmbito potencial da sua concessão necessariamente diferente do âmbito potencial de concessão da tutela antecipatória.

Exemplo: se um dado direito de crédito que pode ser tutelado por via plena pode ser tutelado por via antecipatória — pois em qualquer delas será apreciada a sua existência e imposto, se houver procedência, o seu cumprimento — desde que haja previsão legal nesse sentido, já o mesmo direito de crédito para ser protegido em sede cautelar deve estar em perigo de dano e desde que juiz não considere a medida poposta como demasiado gravosa.

Por isso, muito provavelmente, dever-se-ia dizer que o propósito de garantia do efeito útil está logo à partida inquinado pelas suas limitações de concessão.

Mas mais: chega-se ao paradoxo, atrás notado, de a própria tutela plena ser **ameaçada** na sua utilidade e necessidade pela tutela cautelar — daí a afirmação do art. 1039º/II CJ/B de que os “despachos sobre *référé* não trazem prejuízo à acção principal”.

III. Conexamente com esta matéria da eficácia da tutela cautelar, perguntámos ainda *o que é que a tutela de urgência. i.e., antecipatória, teria de mais vantajoso quando comparada com a tutela cautelar.*

A resposta repete em parte a anterior — o âmbito potencial de aplicação da tutela antecipatória é superior ao da tutela cautelar — mas pode ser ainda completada a partir das segunda e terceira conclusões. Uma vez que há uma equivalência funcional, no plano da qualidade do modo de exercício jurisdicional dos direitos, entre tutela plena e tutela antecipatória e uma não equivalência funcional entre tutela plena e tutela cautelar, o que se pode dizer por ora é que a tutela antecipatória permite que se alcancem mais cedo as vantagens associadas à tutela plena e com a qualidade dessa tutela, ao contrário da tutela cautelar que, seguramente, tem vantagens específicas mas que não passam por aí.

Essa vantagem explica a novel possibilidade de convolação do processo cautelar em processo final — possivelmente sumário em termos de cognição — ao abrigo do

¹⁵⁴¹ Cf. 3º 1.2.

novo art. 16º RPE, importador para o processo civil do regime semelhante do art. 121º, nº 1 CPTA.

Mais: se na tutela sumária o autor sabe o que poderá obter no fim — o que pediu na petição, no máximo, dado o princípio dispositivo — na tutela sumária o autor não tem essa certeza tendo em conta o poder de adequação material do juiz — poderá obter o que pediu, menos que isso ou algo diverso. Portanto, aos olhos do requerente a tutela sumária é muito mais segura no caminho que pode trilhar do que a tutela cautelar.

A esta luz bem pode dizer-se que a tutela antecipatória é a mais eficaz em guardar o efeito útil de uma tutela definitiva e que a mais-valia da tutela cautelar não se medirá pela optimização do exercício da acção principal, em que é superada pela tutela antecipatória.

IV. Permanecem por responder algumas perguntas atinentes à função e objecto cautelares ¹⁵⁴² e há novas interrogações entretanto enunciadas que ficam agora pendentes.

Que ligações e oposições há entre os objectos das providências cautelares conservatórias e da tutela acção principal? Porque é que a *tutela cautelar não dispensa a verosimilhança e a modificabilidade decisória*? O *periculum* da tutela antecipatória é o mesmo *periculum* da tutela cautelar? A alegação e demonstração do *periculum* preenche um pressuposto processual de *interesse em agir* ou é um *elemento da causa de pedir*? A tutela cautelar comporta algum tipo de *antecipação* ou não? Pelo *ponto de vista do direito substantivo* o que sucede enquanto vigorarem as providências cautelares? Podem ser decretadas condenações e efeitos constitutivos *provisoriamente, sem valor de caso julgado*? O tribunal conhece de obrigações pré-existentes, como sucede numa acção condenatória, ou o tribunal *constitui estas mesmas obrigações*?

Todas estas interrogações podem, em nosso ver, ser respondidas se resolvermos uma simples dúvida, inicialmente levantada: *a tutela cautelar teria de existir, imposta pelo modelo supranacional de garantias processuais, mesmo que não houvesse a insuficiência temporal da tutela plena*?

A resposta a esta pergunta, por exigir que se busque se há um fundamento material autónomo para a tutela cautelar, deixar-nos-á o caminho aberto para a questão do mérito cautelar.

¹⁵⁴² São as seguintes, excluindo uma que repetimos no texto principal: se a tutela cautelar salvaguarda a efectividade do direito subjectivo essa função é materialmente autónoma, porque corresponde a uma certa e determinada necessidade de tutela intrínseca ao direito subjectivo que só ela é adequada a dar, ou é materialmente não autónoma, pois também a tutela plena a poderia satisfazer? Porque é que a primeira opção do legislador parece ser disponibilizar o acesso a providências cautelares? Como se distingue a tutela cautelar da acção inibitória de dano?

CAPÍTULO II — RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA FUNÇÃO CAUTELAR

SECÇÃO I — TUTELA CIVIL DE DIREITOS

§ 7º HIPÓTESE DE TRABALHO

1. *Postulado: antecipação no plano dos efeitos práticos da procedência/improcedência do pedido deduzível na tutela plena*

I. As conclusões a que chegámos, em particular a de que a função da tutela cautelar é material, sendo uma acção ou meio de tutela jurisdicional, não se conformam com os fundamentos constitucionais normalmente invocados para a existência de uma tutela cautelar. *A sua função não é salvarguardar ou dar segurança a um efeito útil de outra acção.*

Impõe-se, assim, *reformular toda a dogmática da função e do mérito cautelares*. No cometimento dessa tarefa importará dar resposta às questões ainda pendentes.

Por ora, vamos limitarmo-nos a enunciar uma hipótese de trabalho que resolva essas questões e que possamos submeter à experimentação neste Capítulo II.

A nossa proposta re-interpretativa desdobra-se num conjunto de enunciados dogmáticos.

Como ponto de partida serve a constatação de que *a tutela cautelar lida sempre com uma questão de mérito diferente da questão de mérito da acção principal*. Isso não é novidade no nosso pensamento. Importa agora distinguir o plano dos efeitos abstractos em face do plano dos efeitos concretos da procedência/improcedência do pedido, em ordem a avançarmos.

No **plano dos efeitos abstractos** temos uma causa de pedir de onde o **autor** retira um pedido que, se for procedente, importará o decretamento de providências de tutela *abstractamente* diversas — não declarativas — das providências de tutela plena. Ou seja, o que o requerente obtém neste tipo de tutela são medidas que, no dizer da decisão da *Pret/Roma 9/2/1984* são “qualitativamente diversas daquelas da futura acção de mérito”¹⁵⁴³: inibições de actuação, apreensões para depósito, apreensões para entrega, comandos de actuação positiva que *não vão* ser pedidos na acção

¹⁵⁴³ *Apud* ARIETA, *Funzione* cit., 585.

principal; como escreve BATISTA LOPES “a eficácia propriamente declaratória, constitutiva ou condenatória não pode ser objecto de antecipação” ¹⁵⁴⁴.

Em compensação, a tutela de salvaguarda da situação jurídica acautelada desenvolve-se e opera em “espaços bem mais amplos que a antecipação” ¹⁵⁴⁵; enquanto esta “tem como único e imprescindível ponto de referência o conteúdo futuro da decisão de mérito”, a primeira, pelo contrário, “deve ter em conta antes de mais a natureza do direito deduzido e os remédios idóneos para permitir que o mesmo não seja prejudicado na espera pela futura sentença” ¹⁵⁴⁶.

Por seu turno, para o **réu** o interesse que ele tem em se defender num procedimento de tutela pelo perigo concreto radica em diferentes causas das que lhe surgiriam num procedimento de tutela plena, pois enquanto naquela tem de impugnar os factos que consubstanciam o perigo alegado e/ou os factos de que resulta aparentemente o direito acautelando, na segunda tem de impugnar os factos que consubstanciam uma violação de um direito e/ou a existência desse direito.

Contudo, no **plano dos “efeitos práticos” ou da “eficácia social” da sentença** ¹⁵⁴⁷ *a tutela cautelar pode, se for necessário e adequado, antecipar a procedência/improcedência da acção principal qualquer que seja a espécie desta — aquilo que nós próprios designámos por efeito útil* ¹⁵⁴⁸. Tal *antecipação, mesmo que seja de uma condenação, não é, em rigor, uma verdadeira antecipação da sentença final: antecipa-se a “eficácia social, mas não a eficácia jurídico formal”*, no dizer de BATISTA LOPES ¹⁵⁴⁹.

II. Da conjugação destas duas afirmações resulta que, se da alegação e demonstração da ocorrência concreta de um *periculum in mora* não pode o autor retirar um pedido de declaração de nulidade de um contrato, de constituição de uma servidão, de anulação de um casamento ¹⁵⁵⁰, da extinção de uma deliberação social, de condenação no pagamento de uma indemnização ¹⁵⁵¹, contudo o autor pode pedir precisamente que *a situação de facto seja esvaziada de todas as circunstâncias que ameaçam tolher o seu direito*.

Como?

¹⁵⁴⁴ *Tutela* cit., 55. Por isso não há antecipação de condenação, *proprio sensu*.

¹⁵⁴⁵ ARIETA, *Funzione* cit., 591.

¹⁵⁴⁶ *Idem*, 591 e 592.

¹⁵⁴⁷ BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 53 ss, 57 e ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 48.

¹⁵⁴⁸ § 4º 2.1., III.

¹⁵⁴⁹ *Tutela* cit., 57.

¹⁵⁵⁰ Exemplo de BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 61.

¹⁵⁵¹ Assim, BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 63.

Sendo colocado na situação de vantagem em que estaria colocado se já dispusesse de uma decisão final e que nós já trás vimos ser decretado pela jurisprudência.

Exemplos: a restituição de bens, por não ter cumprir o contrato, no caso da causa da nulidade; ser internado de imediato no caso de dúvidas sobre o conteúdo de uma cláusula de um contrato de saúde ¹⁵⁵², o uso da passagem por prédio alheio e a obrigação do réu a acatar, no caso da constituição de servidão; a concessão de alimentos provisória, no caso de acção de investigação oficiosa de paternidade; o arbitramento de reparação provisória, no caso de acção de condenação em indemnização ¹⁵⁵³, o funcionamento de uma outra administração, a realização/não prática de um certo acto social, no caso da anulação de deliberação social; a entrega do preço, a entrega da coisa, ou a abstenção da prática de um acto, no caso da condenação na realização de prestação, positiva ou negativa.

III. Deste modo o ponto de cruzamento entre a tutela cautelar e a tutela plena/antecipatória situa-se ao nível dos efeitos concretos, partindo as duas de bases diferentes.

Assim, *o juiz da tutela plena/antecipatória não conhece, nem decide dos efeitos concretos mas declara as relações jurídicas para efeitos de condenação, simples apreciações e constituições, modificações ou extinções de direitos, as quais são providências abstractas* de tutela de onde poderão advir efeitos práticos, ainda que não sejam declarados, sequer, por não comporem o respectivo objecto ¹⁵⁵⁴. Inversamente, *o juiz cautelar não declara as relações jurídicas* ¹⁵⁵⁵ *mas decreta as vantagens inerentes*: como escrevem HÉRON/LE BARS o que o juiz do *référé* pode fazer é ordenar ou medidas correspondentes ao “efeito jurídico, ou a uma parte do efeito jurídico da regra material aplicável”, mas sem conhecer do direito, em termos declarativos ¹⁵⁵⁶.

Em suma: **o juiz cautelar faz uma composição do litígio num plano que está vedado ao juiz final, e vice-versa**, distribuição de funções que é constantemente afirmada na doutrina do *référé* como vimos atrás.

Resulta daqui que, enquanto entre a tutela antecipatória e a tutela plena há uma **relação de alternatividade**, pois ou há uma tutela ou há a outra graças ao caso julgado, não havendo risco de sobreposição, já entre a tutela cautelar e a tutela plena há uma **relação de conflitualidade**, pois não fazendo a primeira caso julgado, ela corre

¹⁵⁵² Exemplo de BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 57.

¹⁵⁵³ Assim, cf. art. 403º e BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 63

¹⁵⁵⁴ Por serem planos distintos, não há incompatibilidade entre a natureza e a função da acção declaratória e a antecipação de efeitos práticos traduzidos por ordem emanada do juiz no dizer de BATISTA LOPES, *Tutela* cit., 60.

¹⁵⁵⁵ Assim, BATISTA LOPES, *idem* cit., 63.

¹⁵⁵⁶ *DJP* cit., 294.

o risco de, sem tocar nos efeitos abstractos da procedência, esvaziar a utilidade concreta da segunda.

Estamos, assim, próximos, em alguns pontos de ATTARDI, para quem ao lado das providências conservatórias há hipóteses de aparente antecipação — v.g., o pagamento antecipado de uma quantia pecuniária, como um salário — mas que são, na verdade, uma “regulação provisória da relação entre as partes” que corresponde “em todo ou em parte, àquela que será o conteúdo [resultante] da decisão de mérito” ¹⁵⁵⁷. Portanto, conclui, “não se trata de antecipação do conteúdo da decisão de mérito” ¹⁵⁵⁸.

IV. Nessas hipóteses de aparente antecipação está-se, não diante de uma *antecipação condicionada*, mas **diante de uma *antecipação virtual***. Seria condicionada se o litígio apreciado a título final fosse o mesmo litígio apreciado a título provisório — algo que sucede com a tutela antecipatória provisória dados os limites à alteração do pedido e da causa de pedir de acção pendente. Ou seja: a tutela antecipatória mesmo quando provisória não é *intrinsecamente permeável às mudanças que a situação litigiosa venha a conhecer* — é-o tanto quanto a tutela plena.

Mas, pelo contrário, a tutela cautelar é *permeável à dimensão dinâmica do litígio*: como escreve ARIETA, não pode dizer-se que “o conflito que opõe as partes no juízo cautelar seja necessariamente idêntico àquele que se realiza no juízo de mérito ainda por instaurar” uma vez que o litígio pode mudar enquanto dura a tutela cautelar e até à prolação da decisão final, quer pelo decurso do tempo, quer também por efeito da própria aplicação da providência cautelar ¹⁵⁵⁹.

Exemplo: a providência de inibição de prática de actividades que violam um pacto de não concorrência pode começar por ser antecipatória dos efeitos do pedido principal de resolução do contrato e deixar de o ser, se o pedido efectivamente deduzido vier a ser o de indemnização pelo dano e passar a ser a própria resolução do contrato; isto em resultado de o que se poderá pedir na acção final poder vir a ser determinado apenas na respectiva petição inicial em função do estado do litígio.

¹⁵⁵⁷ DPC I cit., 154 e 155.

¹⁵⁵⁸ DPC I cit., 155. Diversamente, para DMEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 48, é duvidoso que não se esteja perante o mesmo objecto da acção principal, uma vez que são possíveis “medidas idênticas” serem requeridas perante o juiz dos *référés* e o juiz do fundo. Contudo, diríamos, uma identidade de pedido não é suficiente para uma identidade de objecto...

¹⁵⁵⁹ *Funzione* cit., 594 e 595. Contra, TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 310, sustenta identidade de litígios, posição compreensível para um AUTOR que defende uma plena tutela cautelar antecipatória, algo que estamos a procurar demonstrar no texto que está intrinsecamente arredado da sua função e, por isso, do seu conteúdo.

*Em conformidade, o objecto potencial da acção principal é, em si mesmo, mutável, o que explicaria a inadequação de uma providência cautelar para alcançar o valor de caso julgado que não seja *rebus sic stantibus*.*

V. Neste quadro interpretativo também é possível distinguir as providências cautelares conservatórias das providências cautelares antecipatórias.

Enquanto que das **providências cautelares antecipatórias** *decorrem os referidos efeitos concretos que advirão da procedência da acção futura*, das **providências cautelares conservatórias** *decorrem efeitos concretos que não advirão pela procedência da acção futura*.

Exemplo (1): a providência cautelar de suspensão de deliberação social é conservatória, pois o efeito de suspensão nunca decorre da anulação da própria decisão.

Exemplo (2): a providência cautelar de inibição da prática de actividades que violam um pacto de não concorrência é antecipatória, porquanto essa inibição pode ser decretada como efeito abstracto numa acção inibitória ou decretada como efeito concreto de uma acção de simples apreciação.

Por outro lado, esses efeitos até podem ser os mesmos, mas é a sua identidade ou não com o conteúdo virtual da acção principal que os torna instrumentos de uma conservação ou de uma antecipação.

Exemplo anterior: a providência cautelar inibição de prática de actividades que violam um pacto de não concorrência pode começar por ser antecipatória dos efeitos do pedido principal de condenação no cumprimento do contrato e passar a ser conservatória caso o pedido efectivamente deduzido vier a ser o de indemnização pelo dano.

2. Hipótese: uma posição substantiva autónoma

I. O que acabou de se propor é uma explicação meramente estrutural para um modo de actuar de um instrumento processual. Mas qual é a situação ou situações jurídicas substantivas de que ele é instrumento?

A este propósito escrevemos atrás que estamos perante uma verdadeira acção ou processo: se a instrumentalidade formal não é essencial à tutela cautelar, então a tutela cautelar não é um modo de conservação do litígio para ser adequadamente resolvido, e apenas pode justificar-se como um modo de composição de litígios. Deste modo, **também por via da tutela cautelar se exerce o direito da acção**, atrás definido como a situação jurídica activa, formalmente e em termos gerais, replicadora do carácter subjectivamente universal e objectivamente sem lacunas do direito à tutela jurisdicional,

e, funcionalmente e em termos particulares, individualizadora da função de garantia pretendida pelo cidadão para um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido.

Que direito subjectivo ou interesse legalmente protegido é apresentado na tutela cautelar? Em nosso entender, *à falta de melhor por ora, pode dizer-se de modo dogmaticamente grosseiro*, que é **uma posição jurídica substantiva cujo bem afectado seja a não ocorrência do dano**¹⁵⁶⁰ e que serve de fundamento para uma **pretensão processual à prevenção do dano**.

Serão aquela pretensão à prevenção do dano e as afirmações relativamente àquela posição jurídica que **constituem em si mesmo o já referido objecto mutável** pois o perigo e o dano temido variam de intensidade e de expressão com o tempo, podendo até extinguir-se.

Mas, se porventura algumas destas afirmações até podem ser passíveis de **juízos de certeza** desde que não haja urgência — a titularidade do direito acautelado — algumas outras não podem, dado o seu objecto, passar de um **juízo de verosimilhança** — a situação de perigo de dano. Porquê? Porque uma afirmação de um perigo de ocorrência é uma afirmação não *de*, mas *àcerca de* um evento que ainda não ocorreu, *i.e.*, de um não facto. Ora não é consistente do ponto de vista lógico afirmar-se que é certo que o dano temido vai ter lugar: pode-se presumir a partir dos factos, mas não se pode concluir.

II. Por outro lado, **essa base material parece não estar pré-determinada no seu conteúdo**, *i.e.*, não é possível imputar a vinculação, que é decretada numa providência cautelar condenatória, nem a modificação ou constituição, que é decretada numa providência cautelar constitutiva, a préexistentes vinculações ou direitos potestativos a essa concreta vicissitude. Na verdade, antes do tribunal decretar a providência cautelar, e mesmo que o autor tenha pedido uma concreta providência não lhe é possível saber se vai beneficiar de uma condenação ou de uma medida constitutiva.

Em suma: **todas as providências cautelares são constitutivas de efeitos materiais**, mesmo quando são condenatórias. E são-no de **um conteúdo que não existe fora do tribunal: o juiz não declara o direito, mas constitui o direito**.

III. Se assim for, então as providências da tutela cautelar recebem **justificação constitucional** não como instrumento da garantia de efectividade da tutela jurisdicional, consagrada nos arts. 20º, nº 5 e 268º, nº 4 CRP como correntemente se defende¹⁵⁶¹,

¹⁵⁶⁰ Se é um *direito* ao não dano existente na esfera do autor ou se é uma *proibição* de dano existente na esfera do réu, ainda não podemos hipotetizar.

¹⁵⁶¹ P. PISANI, *LDPC* cit., 597 é um bom exemplo dessa visão absolutamente dominante: “a mesma função de neutralizar os danos decorrentes da duração (...) do processo de cognição plena para o autor que tem razão e de garantir, por isso, a efectividade da

mas **pelo próprio direito à tutela jurisdicional, assegurado pelo art. 20º, nº 1 CRP**. Nisto as providências cautelares divergem, novamente, da tutela antecipatória, cuja especialidade — dar a mesma tutela, mais cedo — se justifica, essa sim, pelos ditos arts. 20º, nº 5 e 268º, nº 4 CRP, para assegurar a efectividade da tutela jurisdicional.

Enquanto estas se distinguem pelo seu papel de acelerar qualitativamente a obtenção de tutela, *sem que tal corresponda a um objecto processual específico*, aquelas distinguem-se pelo seu papel de serem um meio de tutela adequado que a instrumentalidade do processo exige que o legislador preveja para *uma tutela diferenciada de certo tipo de pretensões* ¹⁵⁶².

IV. Naturalmente, teremos de demonstrar esta nossa hipótese, desenvolvê-la dogmaticamente e, bem assim, confirmar todas estas consequências que lhe associamos. Fá-lo-emos do seguinte modo: neste Capítulo II procuraremos a nossa hipotética base material para a tutela cautelar; no Capítulo III procuraremos mostrar como esta base é revelada e, não declarada, pelo juiz.

tutela jurisdicional, pode ser assegurada através de duas técnicas procedimentais estruturalmente diversas”: a sumária cautelar e a sumária não cautelar.

¹⁵⁶² A diferente justificação constitucional da tutela cautelar e da tutela antecipatória não é contraditória com a qualificação de ambas como tutelas de urgência, *i.e.*, justifiicadadas pelo periculum in mora. Esta unidade, relembre-se, foi dito que existe no plano formal das soluções de restrição, maior ou menor às garantias processuais constitucionais; no plano material, vimos que elas são muito diversas.

§ 8º FUNÇÃO PREVENTIVA DO PROCESSO

1. Tutela civil de direitos

1.1. Utilidade geral

I. Vamos procurar reconstituir a *função* da tutela cautelar, após termos concluído que a sua função não é salvaguardar ou dar segurança a um efeito útil de outra acção.

Antes de mais deve *perguntar-se*: *qual é a utilidade do processo?*

A pergunta está inquinada em si mesma, pois pressupõe que os conflitos se resolvem chamando a intervenção do Estado. Tal é, sem dúvida e como referimos logo no início deste trabalho, a regra que é constitucional e ordinariamente estruturadora dos nossos sistemas jurídicos hodiernos. Mas não a devemos *sobrestimar* atenta a existência de meios privados de prevenção e de composição de conflitos, cuja importância e significado dogmático nos parecem ser incontornáveis no estudo do mérito da tutela cautelar.

Por isso, e de modo singelo, o que se deve, em boa verdade perguntar, é *qual é a utilidade específica da tutela civil — para não ignorarmos que a mesma violação pode ter uma relevância penal — dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos*.

II. Para se poder responder valerá a pena lançar mão dos resultados da investigação que entre nós TEIXEIRA DE SOUSA¹⁵⁶³ e LEBRE DE FREITAS¹⁵⁶⁴ já concluíram em matéria da funcionalidade do processo, tendo por ponto de referência o pensamento de HART¹⁵⁶⁵. Este defende uma divisão entre *normas* ditas *primárias* ou *materiais*, cujo objecto são os comportamentos dos sujeitos da ordem jurídica no sentido da prossecução dos fins da sociedade num quadro do Estado de Direito, e *normas secundárias*¹⁵⁶⁶, que colmatam “defeitos” ou insuficiências¹⁵⁶⁷ das normas

¹⁵⁶³ TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., em geral., nos *Estudos* cit., 97–135, em *Sobre a teoria* cit., 15–124 e em *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, BMJ 325 (1983), 49–57.

¹⁵⁶⁴ *Introdução* cit., 7–45, *maxime*, 7–9 e 29–32..

¹⁵⁶⁵ *The Concept of Law* ², 1994, 81 ss. Há tradução da 1ª edição feita por RIBEIRO MENDES: *O Conceito de Direito*, 1986.

¹⁵⁶⁶ Estas normas secundárias também podem ser designadas como normas *sancionatárias* ou com uma função *sancionatória* (LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 8, e, implicitamente, TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria* cit., 17 e 18), terminologia que

primárias. Neste segundo grupo ¹⁵⁶⁸ existem *normas de julgamento* que “dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade sobre a questão de se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária” ¹⁵⁶⁹, *i.e.*, as *normas processuais*, as quais além de “identificar os indivíduos que devem julgar, (...) definirão também o processo a seguir” ¹⁵⁷⁰.

Retomando algo que dissemos atrás, há assim uma *relação formal de instrumentalidade* entre as normas processuais e as normas materiais, em que estas são um “meio para atingir os fins” da ordem jurídica ¹⁵⁷¹.

III. Esta distribuição da função das normas jurídicas apresentada por HART carece de ser melhorada, por duas ordens de razão.

Em *primeiro* lugar, o âmbito da área ocupada pelas normas secundárias não se resume apenas às normas processuais ou, se quisermos, a *tutela de direitos não é sinónima de processo*. Normas secundárias são ainda as normas materiais, *i.e.*, não respeitantes ao processo, que permitem aos sujeitos da ordem jurídica quer constituir garantias contra o incumprimento de deveres e obrigações — *v.g.*, a hipoteca voluntária, a prestação voluntária de caução —, quer defender-se de uma agressão actual e ilícita, quer ainda pedir ao vizinho que pare com obras que está realizando, ao abrigo do art. 412º, nº 1.

Em *segundo* lugar não se deve confinar as normas secundárias a uma utilidade *declarativa* dos direitos, ignorando uma utilidade *executiva*, que é uma componente necessária para a completude da efectividade e realização do direito à tutela jurisdicional ¹⁵⁷², e ignorando ainda uma utilidade não declarativa dos direitos ¹⁵⁷³. Muito menos se deve atentar apenas à *violação* das normas, ignorando uma utilidade preventiva do processo que constitui precisamente o objecto da nossa actual reflexão e cuja relevância procuraremos demonstrar nas próximas páginas.

não seguimos. De facto, se considerarmos que os sujeitos pedem ao processo não só condenações, comandos ou imposições, mas também certeza jurídica ou mesmo a extinção ou a constituição de efeitos jurídicos, a expressão perde utilidade real.

¹⁵⁶⁷ Defect na terminologia de HART, *The concept* cit., 91, 92 e 94.

¹⁵⁶⁸ HART, *idem*, 94–99. A a sub-divisão é a seguinte: normas secundárias de reconhecimento (“rule of recognition”), de alteração (“rule of change”) e de julgamento (“rule of adjudication”), como RIBEIRO MENDES as traduz em *O Conceito* cit., 104–106.

¹⁵⁶⁹ *The concept* cit., 96: “rules empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been”.

¹⁵⁷⁰ *O Conceito* cit., 106.

¹⁵⁷¹ TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 272.

¹⁵⁷² Veja-se o § 4º 2.1., II.

¹⁵⁷³ Assim, porventura, na jurisdição voluntária.

Por isto, pode-se voltar aos conceitos de HART e fixar que a *função ou utilidade geral das normas de tutela é sustentar a eficácia das normas primárias* ¹⁵⁷⁴.

IV. Contudo, definir a função do processo nestes termos parece ser incoerente com a sua própria legitimação no modelo supranacional de garantias processuais. Concluímos já que o direito à tutela jurisdicional tem uma função, acometida nos arts. 20º, nº 1 CRP, 10º DUDH, 14º, nº 1 PIDCP, 6º, nº 1 CEDH e 47º, nº 1 CEDH, de garantia dos *direitos subjectivos* ¹⁵⁷⁵ e *interesses legalmente protegidos* ¹⁵⁷⁶, incluindo a figura próxima dos *interesses difusos* ¹⁵⁷⁷. Bem se poderá perguntar agora se não há uma contradição entre o objecto da garantia enunciado nestes preceitos e o objecto da utilidade das normas de tutela: afinal, são os *direitos e interesses legalmente protegidos* ou são as *normas* do direito material o objecto da instrumentalidade?

Não há contradição: o processo “ao assegurar a tutela das situações subjectivas, garante também a eficácia do ordenamento jurídico”, sendo que a “eficácia da ordem jurídica afere-se pelo acatamento conseguido para as situações subjectivas” ¹⁵⁷⁸. Por

¹⁵⁷⁴ No mesmo sentido, opondo normas primárias a normas secundárias, M. DINI, *La denuncia* cit., 27 e 28. Também, LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum. À luz do Código revisto*, 2000, fala em “garantia da norma de direito civil”. Mesmo as normas judiciais também regulam comportamentos mas em situação específica: a situação processual com aquela função de garantia das normas primárias ou o seu conjunto. O conjunto destas normas constitui o processo (TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria* cit., 19).

¹⁵⁷⁵ O *direito subjectivo* é “a afectação jurídica de um bem à realização dum (*sic*) ou mais fins de pessoas individualmente consideradas” (GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 1944, 85). Esta noção mantém toda a sua vitalidade científica inicial, como o demonstra a reformulação de OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/TG* III, 2002, 79 e *DC/Reais* ⁵ reimp. 2000, 1993, 42–45, esp. 44, e 53–55, esp. 55 e o seu uso como base para a expressão processual do direito subjectivo feito por TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, 1988, *maxime*, 61.

¹⁵⁷⁶ “Vantagem garantida pelo direito, mas por não corporizar um bem, não dá lugar a um direito” (MENEZES CORDEIRO *DOb* 1 reimp. 1994, 1980, 284). Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/TG* III cit., 109 e 110, dando exemplos na concorrência desleal.

¹⁵⁷⁷ Cf. delimitação e tutela processual em TROCKER, *Processo* cit., 204 ss; S. ALBERCA/A. ALCUBILLA, *ob. cit.*, 531; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, 30; OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/TG* III cit., 110–120; TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos interesses Difusos*, 2003, 65–70.

¹⁵⁷⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 271. Identicamente: PAWLOWSKI, *Aufgabe des Zivilprozesses*, ZZP 80/ 5–6 (1967), 345 (“A garantia do Direito objectivo é apenas o

outras palavras, há uma *dupla instrumentalidade* na realização da tutela jurisdicional: uma *instrumentalidade abstracta ou objectiva* em face do ordenamento jurídico e uma *instrumentalidade concreta ou subjectiva* em face dos direitos subjectivos e posições similares que decorrem daquele¹⁵⁷⁹.

Porém, a preferência constitucional na construção das garantias processuais por referência aos direitos subjectivos e interesses legamente protegidos mostra que os dois planos da instrumentalidade *não estão ao mesmo nível*¹⁵⁸¹: a instrumentalidade das normas adjectivas perante as normas materiais realiza-se em subordinação ou como objecto mediato da instrumentalidade das normas adjectivas perante os direitos subjectivos e interesses legamente protegidos¹⁵⁸². Deste modo, apesar de o direito

outro lado da tutela dos direitos individuais”); GRUNSKY, *GVR* cit., 5; SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 10.

¹⁵⁷⁹ Implicitamente neste sentido, WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 1, 4: “A tutela jurisdicional serve (...) a realização do direito material e é deste existencialmente dependente”, mas “assim, estão (...) *ao mesmo tempo* ligadas outras funções, nomeadamente a garantia da ordem jurídica objectiva bem como da paz e da certeza jurídicas”.

Estamos seguindo, com maior ou menor aproximação, a doutrina de TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 271 e 272, *Sobre a teoria* cit., 32, *O objecto* cit., *maxime*, 51. A posição de TEIXEIRA DE SOUSA é, de certo modo eclética, pois, faz a ponte entre as teses, apontadas pelo AUTOR, que entendem que o objecto da instrumentalidade do processo é o direito objectivo — WACH, NIKISCH — ou *sobretudo* o direito objectivo — SIMHÄUSER, SCHÖNKE, GAUL, CHIOVENDA — e as teses, também referidas pelo AUTOR, que entendem que o objecto da instrumentalidade do processo são apenas os direitos subjectivos — HELLWIG, HABSCHEID, ROSENBERG/SCHWAB, HENCKEL, GRUNSKY. É isso que retiramos da leitura da exposição e crítica a essas teses feita por TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 268–274.

¹⁵⁸⁰ Implicitamente neste sentido, WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 1, 4: “A tutela jurisdicional serve (...) a realização do direito material e é deste existencialmente dependente”, mas “assim, estão (...) *ao mesmo tempo* ligadas outras funções, nomeadamente a garantia da ordem jurídica objectiva bem como da paz e da certeza jurídicas”.

¹⁵⁸¹ SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 12.

¹⁵⁸² Fazendo uso de um argumento de LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 31, nota 30, a *subordinação* da instrumentalidade abstracta à instrumentalidade concreta é ainda a mais conforme com o peso relativo dos princípios dispositivo e inquisitório no nosso modelo de processo civil: se ambas as instrumentalidades estivessem numa posição de igualdade entre si então ambas teriam igual expressão. Tal não sucede: o que se constata é o domínio do princípio dispositivo o que confirma que, como o uso dos tribunais é feito no interesse das partes — *ergo*, dos seus direitos —, também o

objectivo ser aplicado pelo Tribunal ao caso concreto, em “primeiro plano está o cidadão singular que litiga pelo seu direito e esta finalidade subjectivo-individual trespassa pelo processo civil em todos os seus estádios” ¹⁵⁸³.

V. A noção, já reformulada, de HART deve pois reflectir essa inversão de importância: a *função ou utilidade geral das normas de tutela é sustentar a eficácia do “círculo de situações juridicamente protegidas”* ¹⁵⁸⁴ e, mediadamente, a eficácia das respectivas normas primárias.

1.2. Tripartição funcional específica

I. Mas o que se quer dizer exactamente com “sustentar a eficácia” ou, correntemente, *garantia* ou *tutela*?

Não cuidando da função do *processo penal*, P. PISANI responde que se trata da tarefa de dar ao sujeito “os mesmos resultados (...) que deveria ter obtido através da cooperação espontânea da parte dos coenvolvidos [consociati]” ¹⁵⁸⁵. A definição de P. PISANI, assente numa ideia de *crise de cooperação entre sujeitos* ¹⁵⁸⁶, parecendo simplista ou pouco técnica, é preñhe de significado, embora careça de perfeiçoamentos.

Por um lado está-se a dizer que *materialmente* se o processo é instrumental ao direito substantivo, ele tem de proporcionar-lhe, usando o seu método, não mais vantagens — pois não constitui direitos —, nem menos vantagens — pois não tira direitos — do que as que resultam daquele mesmo direito substantivo ¹⁵⁸⁷. Somente se não for possível a obtenção dos *mesmos resultados* no momento da emissão da

impulso necessário e certos momentos e aspectos essenciais do processo dependem da vontade das partes.

¹⁵⁸³ SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 153.

¹⁵⁸⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito* cit., 273 e 277.

¹⁵⁸⁵ LDPC cit., 33 = *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, RDP 30/3 (1975), 621. Identicamente, LUISO, *DPC* IV cit., 155: a parte que tenha razão deve ser colocada “no final do processo (...) na mesma situação em que se encontraria se não houvesse tido que recorrer à intervenção jurisdicional”.

¹⁵⁸⁶ P. PISANI, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi, 2003, 8 = *Note* cit., 165. Notando esse mesmo conceito em P. PISANI, VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 5.

¹⁵⁸⁷ A este propósito P. PISANI, LDPC cit., 33, cita CHIOVENDA: “o processo deve dar a quem tem um direito tudo quanto é possível na prática e apenas aquilo que o sujeito tem direito a conseguir”.

sentença, o ordenamento admitirá a obtenção de um resultado de substituição — cf. art. 566º CC.

Ao mesmo tempo, está-se a dizer que *formalmente* o processo há-de apresentar a configuração necessária para ser idóneo a exprimir todo e qualquer pedido ou pretensão de vantagem, fundados num direito subjectivo ou interesse legalmente protegido.

Em compensação, ignora-se que em vez de se esperar pela não cooperação espontânea dos demais sujeitos, o direito à tutela jurisdicional há-de comportar uma componente adicional no conteúdo da garantia: prevenir a ocorrência de essa não cooperação espontânea, a qual é, aliás, é afirmada por P. PISANI ¹⁵⁸⁸ e melhor demonstraremos nas páginas seguintes.

II. Ademais, importa ainda substituir o conceito de *cooperação*. Além de demasiado vago, está demasiado próximo do conceito de *relação* (jurídica) o que reduz o seu âmbito explicativo — o direito não se resume a relações jurídicas.

A ideia de *cumprimento* (de obrigações e de deveres) parece-nos ser a adequada atentas: a inequívoca contraposição direito/obrigação nos direitos relativos e o universal “jogo de conversão das normas permissivas em normas de obrigação” que, como bem nota MENEZES CORDEIRO ¹⁵⁸⁹, opera tanto no campo dos direitos subjectivos absolutos pela conhecida oponibilidade *erga omnes* ¹⁵⁹⁰, como no campo dos direitos de crédito, em face de terceiro através de uma certa forma dita de oponibilidade fraca ¹⁵⁹¹ e pelo qual se geram “deveres derivados, para os não titulares, da permissão normativa em que, para os beneficiários, redundam os direitos subjectivos que lhe são conferidos” ¹⁵⁹². Adicionalmente nos interesses legalmente protegidos (v.g., o interesse na declaração de existência ou inexistência de um facto jurídico, ou o interesse na declaração de nulidade de um contrato ou de falsidade de um documento) a atitude dos terceiros apenas é relevante, sob condições exigentes já estudados pela doutrina da responsabilidade civil ¹⁵⁹³, quando estes não cumpram deveres que derivam das

¹⁵⁸⁸ LDPC cit., 39, a propósito das acções inibitórias.

¹⁵⁸⁹ MENEZES CORDEIRO *DOb 2* reimp. 1994, 1980, 343.

¹⁵⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *idem*, 343 e 344. Sobre o sentido desta oponibilidade vejam-se, mais em detalhe, os nossos *Direitos Reais de Moçambique. Teoria geral dos Direitos Reais e posse*, 2005, 50–51.

¹⁵⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *idem*, 251.

¹⁵⁹² MENEZES CORDEIRO, *idem*, 343.

¹⁵⁹³ Assim, não basta o condutor atrasar um comboio para responder por danos dos passageiros; deve esse atraso ser feito com a finalidade de causar o dito prejuízo — MENEZES CORDEIRO, *DOb 2* cit., 346; cf. mais desenvolvimentos *idem*, 344–346.

respectivas estatuições normativas ¹⁵⁹⁴. Deste modo, um acto ilícito, *i.e.*, “o comportamento contrário ao Direito”, é um “comportamento contrário a um dever”, no dizer de MENEZES CORDEIRO ¹⁵⁹⁵.

Mas, mesmo os conceitos de *cooperação* ou de incumprimento se têm o mérito de referir que o *objecto* do processo civil são as actuações subjectivas reguladas pelas normas primárias do direito privado, estruturadas nos princípios constitucionais da igualdade e liberdade, ignoram que em certos casos — nas acções constitutivas — o processo é condição legal para o exercício de direitos subjectivos potestativos, *i.e.*, direitos que dispensam cooperação ¹⁵⁹⁶.

III. Importa concluir.

Há três funções específicas processuais, correspondentes aos três momentos em que a eficácia de um direito subjectivo carece de ser sustentada: após a sua violação, durante a sua realização, antes da sua violação. Ou seja: a tutela em geral e o processo, em especial, *acompanham todo o ciclo de vida de uma situação juridicamente relevante* e não apenas os eventos de violação dessa mesma situação. À sustentação da eficácia de um direito subjectivo após a sua violação podemos dar o nome de *função de remédio* ¹⁵⁹⁷, também designada por *repressiva* ou *atributiva* ¹⁵⁹⁸. A sustentação da

¹⁵⁹⁴ “Inobservância de outros deveres ‘destinados a proteger interesses alheios’” (MENEZES CORDEIRO, *idem*, 343).

¹⁵⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, *idem*, 345.

¹⁵⁹⁶ Tarefa processual que, precisamente, seria para P. PISANI, *LDPC* cit., 49, uma excepção à instrumentalidade do processo e, por isso, fora da sua função *natural*: nestas “hipóteses (...) o processo (...) deixa de ter carácter instrumental em relação ao direito substantivo” pois seria constitutivo do mesmo.

¹⁵⁹⁷ A prossecução da função repressiva ou de remédio da tutela civil está, em regra, atribuída ao Estado, não podendo os próprios sujeitos, ofendidos ou terceiros, impor a outrem, contra sua vontade, a obtenção dos mesmos resultados do cumprimento espontâneo. Apenas excepcionalmente é possível agir através da legítima defesa (art. 337º CC) ou em acção directa (art. 336º) contra uma violação já iniciada mas ainda não consumada, *i.e.*, em curso, para remoção dos efeitos da violação em reposição do estado inicial, sendo ilícita qualquer actuação posterior à consumação da violação.

Processualmente as acções que prosseguem a função de remédio são, primariamente, acções condenatórias, *i.e.*, em que o remédio passa por o tribunal impor ao réu um comando, ordem ou mandamento de actuação com o conteúdo, total ou parcial, do pedido do autor. Esse conteúdo consubstancia, no plano material, o exercício de um direito a uma pretensão (GRUNSKY, *GVR* cit., 27 ss., 35) o que, por depender da ulterior colaboração da parte condenada, implica que o exercício do direito à tutela não se esgote na imposição do comando de actuação positiva, com trânsito em julgado, e se mantenha aberta a via da execução — cf. art. 46º, nº 1, al. a) e art. 817º CC.

realização de um direito subjectivo é a *função constitutiva*¹⁵⁹⁹. Por fim, a sustentação da eficácia de um direito subjectivo antes da sua violação consiste na *função preventiva*¹⁶⁰⁰.

Essa pretensão tanto poderá ser de *cumprimento ou realização* proprio sensu *do direito violado*, em ordem a obter os mesmos resultados que originariamente se obteriam, se não tivesse havido o incumprimento da obrigação ou dever pelo réu — *v.g.*, na obrigação de pagamento de quantia certa: o pagamento (P. PISANI, *LDPC* cit., 46); na obrigação de entrega de coisa: a entrega da coisa (P. PISANI, *idem*, 40 e 41); na obrigação de realização de um acto jurídico: a exacta ocorrência do acto em falta, se necessário por substituição da vontade negocial (P. PISANI, *idem*, 43 e 44); na obrigação de prestação de facto positivo: a actuação em falta (P. PISANI, *idem*, 42 e 43); na obrigação de prestação de facto negativo de deixar fazer (tolerância): a actuação tolerante em falta (P. PISANI, *idem*, 42) — como poderá ser a *realização de um direito ou resultado sucedâneo, legitimado pelo incumprimento*. Este tanto pode ser uma *reposição do estado anterior à violação* através da remoção dos efeitos materiais e jurídicos — assim, na obrigação de prestação de facto negativo de não fazer (omissão) (P. PISANI, *idem*, 35, 36, 44 e 45), na *restitutio in naturam* (art. 562º CC), nas *Beseitigungsklagen* de Alemanha ou acções de reposição do estado inicial — como, se a reposição do estado natural for impossível, incompleta ou excessivamente onerosa para o devedor, o pagamento de um valor indemnizatório (cf. art. 566º CC). Cf. estas diferentes possibilidades ainda em P. PISANI, *I rapporti* cit., 8 ss.

¹⁵⁹⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 273 e 274. Vide ainda *Sobre a teoria* cit., 102 e *O objecto* cit., 112 e 113. A expressão pode ser abraçada, em alternativa à nossa, no sentido de que a função de remédio é sinónimo de reposição da equidade ou não desequilíbrio entre esferas jurídicas dos sujeitos activo e passivo, anterior à violação do direito. Aproveitamos assim a opinião de RAPISARDA, *Profili* cit., 108, quanto à utilidade preventiva da tutela inibitória: “restabelecer, de modo certo, os limites que separam as respectivas esferas jurídicas das partes”: se na prevenção restabelecem-se *limites*, na atribuição repõem-se equilíbrios nos *conteúdos*. Já a designação de tutela *repressiva* parece ter uma conotação desnecessária, ainda que não intencional, com a ideia de sanção, *i.e.*, de “efeito desagradável ao prevaricador” (MENEZES CORDEIRO, *DOb* 2 cit., 345).

¹⁵⁹⁹ É inegável que os direitos subjectivos podem *beneficiar do processo para a produção de vicissitudes jurídicas* — constituição, modificação objectiva e subjectiva e extinção — em acções ditas constitutivas, como se confirma pela leitura do art. 4º, nº 2, al. a). Por essa via, o sujeito activo exerce ou alega exercer, do ponto de vista material, um *direito potestativo à produção do efeito jurídico individualizado* (cf. nesse sentido, a doutrina referida na nota 2384). Produzida a vicissitude esgota-se o exercício do direito à tutela jurisdicional, não sendo precisa uma ulterior prestação por parte do réu, pois nenhuma pretensão material foi contra ele deduzida (P. COSTA E SILVA, *A transmissão da coisa ou*

Deste modo, a *função ou utilidade geral das normas de tutela é sustentar a eficácia do “círculo de situações juridicamente protegidas* e, mediatamente, a eficácia *das normas primárias respectivas*, dando ao sujeito os mesmos resultados que deveria ter obtido através da cooperação espontânea da parte dos coenvolvidos, antes e depois do incumprimento, ou proporcionando-lhe o exercício de direitos que apenas judicialmente possa ter lugar.

direito em litígio. Contributo para o Estudo da Substituição Processual, 1992, 179 e 180).

Mas o uso do processo pode ser facultativo, quanto pode ser necessário. É facultativo quando o titular ou o interessado pretende realizar um acto jurídico e conferir-lhe, adicionalmente, uma segurança formal através da produção de documentos autênticos que substantivamente formalizam esse acto — *v.g.*, uma notificação judicial avulsa ao abrigo dos arts. 261º ss., para efeitos do art. 777º, nº 1 CC (cf. mais exemplos, em LEBRE DE FREITAS/J. REDINHA/R. PINTO, *CPCanot* 1 cit., 459). O uso do processo é necessário quando é a própria a lei que o impõe, como condição da produção de substantivos constitutivos — *v.g.*, divisão de coisa comum, execução específica —, modificativos — *v.g.*, uma regulação do poder paternal — e extintivos — *v.g.*, a anulação de negócios jurídicos, a obtenção de divórcio, a realização de actos jurídicos de modo a serem corporizados em documento autêntico (as mesmas notificações judiciais avulsas para interrupção da prescrição (art. 323º CC)). Estes meios processuais cumprem e realizam um papel instrumental perante o direito material: a realização daquele direito potestativo (contra P. PISANI, *LPDC* cit., 49 e 50, para quem as acções constitutivas seriam uma excepção à instrumentalidade do processo).

¹⁶⁰⁰ Trata-se de uma partição que é entre nós afirmada por TEIXEIRA DE SOUSA quando, partindo da distinção de HART, concluiu que as situações subjectivas dos particulares se encontram ameaçadas de ineficácia “por *incerteza* na inexistência, por *violação* ou por *impossibilidade de exercício*” (cf. *O fim* cit., 273–274, *Sobre a teoria* cit., 100–103, *O objecto* cit., 112 e 113) as quais teriam uma correspondência em diferentes *funções* do processo declarativo: preventiva, retributiva e constitutiva, respectivamente. Já fazendo uma oposição entre tutela preventiva e tutela repressiva, CARPI, *Provvedimenti* cit., 630; M. DINI, *La denuncia* cit., 31–32; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 15 e 16; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 50 e 51. Numa outra abordagem, MENEZES CORDEIRO, *DOb* 2 cit., 245 e 248, distingue entre sanções preventivas, repressivas e reparadoras, enquanto MELO DE MESQUITA, *As tutelas* cit., 170, entre tutelas ressarcitórias, reparatória e sancionatórias, de um lado, e preventivas do outro. Não é a nossa opção já que que reparação e ressarcimento são ambos remédios contra uma violação.

IV. O que é pertinente para a nossa investigação é determinar o fundamento material da função preventiva e os instrumentos de tutela que estão ao seu dispor, *maxime* acções jurisdicionais ¹⁶⁰¹.

2. Tutela preventiva, em especial

2.1. Problema; conceito de ingerência; modalidades

I. A função repressiva apresenta limites e insuficiências.

Em primeiro lugar, enquanto não se verificar a eficácia concreta da tutela — o cumprimento voluntário ou por via executiva — o sujeito estará num estado de constante e prolongada violação do seu direito. Em segundo lugar, não está sequer, dada a natureza das coisas, garantido o sucesso do cumprimento coercivo das obrigações. Em terceiro lugar, sem título executivo não há execução pelo que ter-se-á de dispendir tempo a obtê-lo, salvo se estiver constituído extrajudicialmente, e, mesmo assim, sujeitando-se ao risco de superveniência de oposição à execução com efeito suspensivo. Por último, se for uma obrigação de facto negativo ou de facto positivo infungível nem mesmo a execução trará os mesmos resultados que o cumprimento espontâneo pois não há forma de suprir o comportamento omissivo. A imposição de constrições financeiras — as sanções pecuniárias compulsórias ¹⁶⁰² — será, ainda e sempre, uma solução acessória e de utilidade duvidosa, em nosso ver.

¹⁶⁰¹ A este respeito importa não confundir as funções processuais com a tradicional distinção do art. 4º entre acções declarativas e executivas e, nas primeiras, em acções de simples apreciação, condenatórias e constitutivas. A *função da tutela* respeita ao *sentido do resultado ou utilidade material* específicos do processo. As *espécies de acções* respeitam aos *meios* processuais ou providências de tutela que são pedidos pelo autor para se obter algum desses resultados materiais; normativamente, *uma providência de tutela é o resultado da estatuição de normas secundárias: as que prevêem os meios processuais*. Pelo meio, a *tutela* é esse resultado ou utilidade material. Deste modo, não é logicamente necessário que a uma função corresponda um tipo de providência de tutela ou acção, e vice-versa. Foi o que se viu suceder com as acções condenatórias que nem sempre cumprem uma função de remédio. Em qualquer caso, a enumeração legal não nos deve vincular pois está por demonstrar que ela esgote o catálogo de instrumentos necessários para realizar o direito à tutela jurisdicional. Nomeadamente, está ainda por demonstrar que as acções apenas têm de ser declarativas ou executivas.

¹⁶⁰² P. PISANI, *LDPC* cit., 43, 45 e 46.

Cabe por isso perguntar se, como prévia alternativa, *não será melhor prevenir, em vez de remediar?*

II. Num **plano estritamente teórico-abstracto**, a resposta é positiva: os valores constitucionais e os seus sucedâneos prosseguidos pela lei ordinária não vigoram para serem lesados, sob pena de, em concreto, não terem a expressão pretendida de conformação da realidade. Como escreve P. PISANI “a relação instrumental entre direito substantivo e processo impõe que se consinta a intervenção jurisdicional antes da consumação da violação” ¹⁶⁰³, sob pena de o “direito estar garantido apenas no papel, sujeito a potenciais violações” ¹⁶⁰⁴.

E, a este respeito, o constitucionalismo da segunda metade do Século XX trouxe efectivamente importantes mudanças no campo dos direitos e, bem assim, do seu exercício. Por um lado, introduziu toda uma nova panóplia de direitos que não estavam formulados na legislação liberal, como o direito à saúde, ao meio ambiente, os direitos do consumidor, assim como deu uma maior expressão aos direitos de personalidade e aos direitos políticos; por outro lado, também, mas não só, por causa desses novos direitos ocorreram as mudanças na leitura do direito à tutela jurisdicional e à função do processo, em geral, que começámos por referir na abertura da nossa investigação ¹⁶⁰⁵, ao ter-se constatado a “inidoneidade da tradicional tutela ressarcitória para garantir a efectivação” ¹⁶⁰⁶. Efectivamente, o “conteúdo não patrimonial dos novos direitos determina (...), normalmente, a irreparabilidade da sua lesão”, pelo que se torna “essencial privilegiar formas preventivas de tutela, que consintam a evitar o concretizar-se do evento lesivo” ¹⁶⁰⁷.

Mais diríamos: parece ser incompreensível que aos sujeitos, por ser vedada a autotutela, tenham de suportar os ilícitos. A própria existência excepcional de válvulas de escape de tutela privada preventiva como a legítima defesa, a acção directa e o estado de necessidade parece tornar ainda mais incompreensível uma recusa do processo, em prevenir judicialmente os ilícitos civis.

Parece, assim, justificar-se que a tutela civil, a par da função repressiva, inclua uma função preventiva.

¹⁶⁰³ LDPC cit., 48.

¹⁶⁰⁴ SALJEN, *Quasinegatorischer Rechtsschutz im Betriebsverfassungsrecht*, DB 17 (1988), 912.

¹⁶⁰⁵ Atrás, no § 4º 1.1., I.

¹⁶⁰⁶ RAPISARDA, *Profili* cit., 80.

¹⁶⁰⁷ RAPISARDA *Profili* cit., 81.

III. Esta pode ser, então, definida como sendo a “defesa [Abwehr] perante ameaças de intervenção numa esfera jurídica” de um sujeito ¹⁶⁰⁸ ou na sua „liberdade de exercício dos direitos“ ¹⁶⁰⁹ e desse modo, acrescentamos, apresenta a utilidade de evitar *toda e qualquer ausência* de cumprimento espontâneo das obrigações e deveres.

O conceito central é aqui o de *intromissão/ingerência* — *Eintritt/Beeinträchtigung* na língua alemã — para abranger tanto o *acto ilícito civil* ¹⁶¹⁰, i.e., o acto com o desvalor abstracto de violação da norma, como o efeito concreto do *dano*, i.e., uma diminuição ou supressão das vantagens associadas ao direito subjectivo ou interesse legalmente protegido de outrem ¹⁶¹¹, que poderá ou não resultar do ilícito civil ¹⁶¹².

IV. A esta luz poderá ser re-interpretada a garantia do art. 20º, nº 1 CRP no sentido de que a “todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa” *tanto preventiva, como repressiva* “dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”. Tal confirma-se nos preceitos ordinários gerais como o art. 2º, nº1 — a “todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a *prevenir* ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente” — ou especiais como o art. 10º LDC — é “assegurado o direito de acção inibitória destinada a *prevenir*, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei...”

Ora, isto significaria que, do estrito ponto de vista constitucional, *a função preventiva não surgiria como secundária ou residual perante a função de remédio, maxime*, não está reservada a situações de maior gravidade ou situações de irreversibilidade. Pelo contrário, *a função de remédio* em geral, e a responsabilidade civil, em particular, *deveriam desempenhar uma funcionalidade residual, subsidiária ou de última instância*.

¹⁶⁰⁸ HENCKEL, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, AcP 174/2–3 (1974), 98. No mesmo sentido, ZEUNER, *Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage*, FS Dölle I, 1963, 295: “defesa de intromissões não autorizadas nas esferas jurídicas de outrem”.

¹⁶⁰⁹ EBBING, *Erman* ¹¹, 2004, § 1004, Rdn. 12.

¹⁶¹⁰ *Acto* e não *facto*. Adoptamos um conceito genérico e neutro de ilicitude enquanto acto e não fazemos uso do conceito de *delito*, de utilidade central na doutrina da responsabilidade civil. Cf. a este propósito MENEZES CORDEIRO, *DOb* 2 cit., 303 e 304, quanto à distinção conceptual entre ilicitude subjectiva e objectiva, consoante o comportamento contrário ao Direito seja assumido ou não pela vontade do agente.

¹⁶¹¹ Cf. art. 483º, nº 1 CC e MENEZES CORDEIRO, *DOb* 2 cit., 283.

¹⁶¹² Pois só haverá dano se os efeitos negativos ocorrerem e poderem ser ligados à ilicitude nos termos definidos na doutrina da responsabilidade civil como nexo de causalidade e, por isso “há violações de que não resulta dano nenhum” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/TG* III cit., 317).

Mais, tal como a função de remédio goza de plenitude, pois protege toda e qualquer violação de toda e qualquer obrigação ou dever, por diminuta que seja a sua importância, também correlativamente a *função de prevenção deveria procurar evitar cada uma dessas potenciais violações, seja qual for a sua importância*, como impõe o princípio da plenitude da tutela jurisdicional ¹⁶¹³.

V. No entanto, no **plano positivo-concreto** há manifestas dificuldades,

Historicamente, quer em Itália, quer na Alemanha, até ao termo do Estado liberal e passagem ao Estado Social de Direito no pós-guerra de 1945, foi dominante o entendimento de que cabia ao Estado resolver contenciosos ou litígios, mas já não evitá-los por respeito à autonomia privada ¹⁶¹⁴, reduto de liberdade individual face aos poderes estatais, e mesmo por respeito a um rígido entendimento do princípio constitucional da separação de poderes, em que a prevenção do ilícito era tida como de natureza substancialmente administrativa, enquanto actividade de polícia, em sentido amplo ¹⁶¹⁵. Adicionalmente, a “exigência de abstracção do direito processual em face do direito substancial” contribuía também para este estado de coisas, segundo RAPISARDA ¹⁶¹⁶.

Por isso, o sujeito só tinha interesse processual quando houvesse já uma violação actual do direito ¹⁶¹⁷, o que conduzia a uma função do processo eminentemente retributiva ou de remédio, de aplicação das regras do cumprimento e da mora, dos poderes de reivindicação e de oposição *erga omnes* do direito real, e enfim de exercício do direito à reintegração e reparação dos danos ¹⁶¹⁸.

Em consequência, uma tutela com função preventiva do ilícito deveria ser restrita e não invasiva das relações jurídicas entre privados ¹⁶¹⁹.

¹⁶¹³ Ver § 4º 1.1., II e III.

¹⁶¹⁴ MORTARA, *MPC* I 9, 1926: “se fosse admitida a acção de defesa de um interesse futuro ou eventual [porque este só existia aquando da violação], é claro que nenhum cidadão não mais estaria a coberto dos incómodos judiciais contra os quais lhe faltariam meios eficazes de tutela”.

¹⁶¹⁵ Cf. RAPISARDA, *Profili* cit., 16 e 19.

¹⁶¹⁶ *Idem*, 12.

¹⁶¹⁷ *Idem*, 23 e 29.

¹⁶¹⁸ Neste sentido, RAPISARDA, *idem*, 18: os fins do processo seriam a “reintegração do direito subjectivo violado”, *maxime*, da propriedade e direitos reais de gozo menores e dos direitos de crédito, uma “intervenção da autoridade depois da violação do ordenamento jurídico”.

¹⁶¹⁹ Cf. estes aspectos em Itália, em RAPISARDA, *Profili* cit., 13–76 = *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, RDP 35/1 (1980), 92–149.

VI. Actualmente, apesar da crescente previsão avulsa de meios preventivos, continua a ser manifesta a inexistência de uma expressa acção preventiva genérica, como bem o demonstra a discussão sobre a existência e alcance da *acção inibitória*¹⁶²⁰ e, em particular, a discussão sobre a natureza e o alcance das *providências cautelares*.

Mais: o que parece decorrer dos escritos doutrinários é, precisamente, a subsidiariedade ou menoridade de uma tutela preventiva. Em sede constitucional, AUTORES como SCHULZE-FIELITZ¹⁶²¹, JARASS¹⁶²² ou ANTONI¹⁶²³ defendem que a tutela preventiva apenas se justificaria residualmente quando a tutela repressiva não pudesse “corrigir” os efeitos da violação e repor o estado anterior à violação¹⁶²⁴, enquanto SCHWONBERG escreve que a tutela preventiva é tanto mais necessária quanto menos eficaz for a tutela repressiva no desempenho do seu papel¹⁶²⁵. Em suma: reduzida às violações mais graves e irreparáveis¹⁶²⁶.

Se assim for, então o sujeito deve contentar-se em sofrer o ilícito e depois pedir a reposição *in natura* ou o cumprimento, nos casos em que os efeitos da violação são reparáveis, mas já não nos casos em que os efeitos da violação não são reparáveis *in natura*.

Por ora não dispomos de dados suficientes, para dar uma resposta final. O que podemos dizer é que, seguramente nos termos gerais, a **tutela preventiva dos direitos poderá ser restringida ou afastada por motivos razoáveis e proporcionais**. Temos algumas reservas é que esses motivos sejam uma vantagem estabelecida *a priori*, sem mais, a favor da dimensão repressiva da tutela dos direitos, em detrimento da prevenção. A existirem razões válidas elas terão de ser *razões de sistémica de valores constitucionais concretamente demonstradas*.

Em seu tempo contamos retornar a este problema.

VII. Propomo-nos, por isso, investigar ao longo das páginas seguintes os *meios processuais* desta função, para saber se a tutela cautelar é um desses meios e como se aproxima e afasta de outros meios de tutela preventiva.

¹⁶²⁰ Ver § 8º 2.3.3.B., I.

¹⁶²¹ Art. 19 IV cit., Rdn. 36, para a tutela preventiva em geral e *idem*, Rdn. 113, para a tutela cautelar em especial.

¹⁶²² Art. 19 cit., Rdn. 41.

¹⁶²³ Art. 19 cit., Rdn. 16.

¹⁶²⁴ Algo neste sentido, foi o ac. RP 11/5/1995 segundo o qual o dano apreciável, para efeito de suspensão de deliberação social, existe quando podem “advir consequências ou ser produzidas situações irreversíveis, não susceptíveis de eliminação pela sentença a proferir na acção de que é dependência”.

¹⁶²⁵ SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 51.

¹⁶²⁶ STARCK, Art. 19 cit., Rdn. 469.

Para tal importa distinguir entre os meios de *tutela preventiva abstracta ou de garantia* e uma *tutela preventiva concreta ou de cautela* — expressão que por ora apenas assinalamos mas evitamos usar antes de clarificar todo este quadro. A *primeira* visa precaver um direito ou interesse do *mero risco* de cometimento de um ilícito, *i.e.*, de violação de uma obrigação ou de um dever. Apesar de facticamente se estar num *estado de não ilicitude/não dano*, nada impede a sua dedução perante o sujeito que potencialmente será o autor de uma situação de perigo de violação, nomeadamente para de imediato serem criadas confiança e segurança entre os sujeitos contratantes se forem de fonte convencional. A *segunda* visa proteger o direito e a vantagem associada a um interesse legalmente protegido de uma *ameaça* de ilícito futuro e facticamente está-se num *estado de perigo de ilicitude/dano*.

Por outro lado, qualquer das duas modalidades de tutela preventiva tanto pode ser constituída por via *processual*, como pode ser constituída *extrajudicialmente*, como nota a doutrina ¹⁶²⁷.

Só depois poderemos abordar a tutela cautelar dentro deste quadro.

2.2. Meios de prevenção abstracta

I. Podem os sujeitos obter, sem recurso ao processo, medidas de salvaguarda de um ilícito eventual ou abstracto, ou seja, em que *não há ainda nem dano, nem ameaça de dano concreto*, mas que precavêem o *risco de dano*. Essa tutela faz-se usando instrumentos de direito material e, sem prejuízo de estatuições legais autónomas, constitui-se frequentemente por acordo entre os sujeitos, *i.e.*, com fundamento na **autonomia privada**. A este propósito E. DINI/MAMMONE escrevem que “a defesa preventiva dos direitos pode realizar-se por meio de actos de natureza privada, mesmo quando não se perfila no horizonte algum conflito” ¹⁶²⁸.

Em primeiro lugar, *tal é o papel desempenhado, precisamente e desde o direito romano, pelas garantias reais* ¹⁶²⁹ sobre as quais se escreve que desempenham uma função subordinada aos direitos de crédito: “assegurar a realização de um direito de

¹⁶²⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria* cit., 148: “À pretensão, ao invés da actio, não é imanente a prossecução jurisdicional”; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 16 e 17, distinguindo entre meios extrajudiciais e judiciais de tutela preventiva.

¹⁶²⁸ *Idem* 15.

¹⁶²⁹ Neste sentido, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17, quanto à hipoteca e ao penhor, embora com a incorrecção de, *idem*, 7, aludirem ao *pegno* e à *hypotheca* romanos como “medidas cautelares convencionais”, quando estas não o são, dado, apontarem para um perigo abstracto, sem que haja conflito. Ou seja: não devem confundir-se a pretensão de garantia e a pretensão de cautela.

crédito”¹⁶³⁰, “de modo a permitir o efeito útil que com este se pretende obter”¹⁶³¹. Se é certo que nos termos do art. 601º pelo “cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora”, o risco de diminuição dessa garantia patrimonial e a igualdade entre os credores (*pars conditio creditorum*), diminuem as possibilidades de obter um equivalente monetário, pelo que a vantagem específica da garantia real é na fase concursal da execução¹⁶³² assegurar “ao credor, em termos reais, o pagamento preferencial do seu crédito pelo valor da coisa sobre que recaem”¹⁶³³.

Em segundo lugar, *também as garantias pessoais* ao se traduzirem na introdução de mais um devedor principal — assim no aval¹⁶³⁴ — ou de um devedor subsidiário — assim na fiança (arts. 627º ss CC) — *desempenham*, em nosso ver, *uma função de salvaguarda de um ilícito eventual*. Também elas têm por *utilidade imediata* criarem níveis de confiança e segurança entre os sujeitos e por *utilidade final*, meramente eventual, a satisfação do interesse do sujeito que sofreu o dano em resultado de incumprimento, seja por reposição *in natura* — *i.e.*, por cumprimento por outrem — seja por recebimento de uma quantia pecuniária equivalente.

Por último, idêntica função é prosseguida pela prestação de *caução* que não consista nem numa garantia real, nem numa garantia pessoal: o depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos a título de *caução*, nos temos gerais dos arts. 623º CC¹⁶³⁵.

¹⁶³⁰ MENEZES CORDEIRO, *DR* reimp. 1996, 1979, 353; identicamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/Reais* cit., 186.

¹⁶³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. loc. cit.*

¹⁶³² Por seu turno, a execução servirá para colocar o credor na vantagem a que tinha direito, seja *in natura*, através da realização forçada da prestação que lhe estava afecta — assim, no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa, na prestação de facto fungível —, seja por equivalente monetário — na entrega de coisa certa, quando a coisa não é achada, na prestação de facto infungível.

¹⁶³³ PENHA GONÇALVES, *CDR* 2, 1993, 171, vantagem notada por E. DINI/MAMMONE, / *provvedimenti* cit., 15.

¹⁶³⁴ Neste sentido, E. DINI/MAMMONE, *idem*, 17.

¹⁶³⁵ Neste sentido, E. DINI/MAMMONE, *idem*, 15 e 17, mostrando como já no direito romano a caução, junto com as *stipulationes* de cláusulas penais, era importante, tanto em sede processual — *v.g.*, a *cautio iudicio sisti* ou *vadimonium sisti* pelas quais se garantia a presença das partes em juízo (cf. ainda CONIGLIO, *La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile*, RDP 4/I (1927), 6) — como em sede material — *v.g.*, a *cautio legatorum servandorum causa* para garantir as obrigações do legatário, a *fiducia cum creditore* para garantir a posição do credor fiduciário. Contudo, não tinham natureza cautelar, mas de garantia, ao contrário do que defendem E. DINI/MAMMONE, / *provvedimenti* cit., 7, que as designam por medidas cautelares convencionais. Estes

II. Contudo importa notar que estas garantias materiais podem ser *impostas unilateralmente*, seja extrajudicialmente, pressupondo uma mera previsão legal (v.g., privilégios creditórios e a hipoteca legal nos termos dos arts. 733º e 704º CC), seja processualmente.

Nuns casos, trata-se de um *efeito secundário* da própria obtenção de sentença condenatória — v.g., hipoteca judicial *ex vi* art. 710º CC, as *sûretés judiciaires* em França ¹⁶³⁶ — mas há procedimentos cujo único objecto é a constituição da garantia. Nestes procedimentos o autor terá de deduzir: *pretensões de que a contraparte constitua* — i.e., seja condenada ¹⁶³⁷ — *garantias*, reais ou pessoais (cf. art. 624º, nº 1 CC) *tuteladas nos termos do processo especial de prestação de caução dos arts. 981º ss*, seja na pendência de acções — v.g., impugnação pauliana, pelo terceiro, requerimento do credor com condição suspensiva (art. 614º, nº 2 CC) — seja autonomamente — v.g., pelo curador provisório, a favor do interesse do ausente (art. 93º CC), pelo afiançado, a favor do fiador verificados os pressupostos do art. 648º CC, pelo credor que usou da coisa empenhada contra o disposto na alínea b) do artigo 671º, ou procedeu de forma a que a coisa corra o risco de perder-se ou deteriorar-se, a favor do autor do penhor (art. 673º CC), entre outros ¹⁶³⁸; *pretensões de que a contraparte realize o reforço*, e bem assim *a substituição*, de garantias, nos termos do processo especial dos arts. 991º ss., relativo a hipoteca (cf. art. 701º CC), consignação de rendimentos (cf. art. 665º CC) e penhor (cf. art. 678º CC); ou, ainda *pretensões de verificação pelo tribunal da idoneidade* de uma caução a prestar extrajudicialmente, por força da lei ou voluntariamente, ou judicialmente (art. 623º, nº 3 e 624º, nº 2 CC)

AUTORES, *idem*, 17 acrescentam ainda cláusula penal e as provas pré-constituídas, mas temos dúvidas que assim seja, salvo indirectamente, no caso das segundas.

¹⁶³⁶ Previstas nos arts. 77º ss. da *loi* de 9 de Julho de 1991 e 250º do Décret de 31 de Julho de 1992, de que são exemplos a *hyptothèque judiciaire provisoire* do art. 2123º do Code Civil e o *nantissement judiciaire provisoire* — cf. FOSSIER, *DPVEx 2007/2008* ⁵, 2007, nºs 631.05 ss.

¹⁶³⁷ GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 48, a propósito das *Sicherheitsleistungen* previstas em termos gerais nos §§ 232 ss. BGB.

¹⁶³⁸ Pelo devedor a favor do credor hipotecário, em substituição de hipoteca legal (art. 707º CC), pelo devedor de renda perpétua, a favor do credor (art. 1233º CC), pelo usufrutuário, usuário ou morador antes de tomar a coisa, a favor do proprietário (arts. 1468º, 1490º CC), pelo herdeiro ou legatário sob condição resolutiva, a favor do interesse de quem receberá a herança ou legado se a condição se verificar (art. 2236º, nº 1 CC), pelo obrigado a legado dependente de condição suspensiva ou termo inicial, a favor do interesse do legatário (art. 2236º, nº 2), pelos administradores de herança ou legado (art. 2239º CC), pelo herdeiro onerado com encargos, em garantia do seu cumprimento (art. 2246º CC).

Este universo de procedimentos, algo heterogêneo, surgia no Capítulo dos Processos preventivos e conservatórios do Código de 1939, “pelo facto de as cauções exercerem função conservatória” ¹⁶³⁹, ao serem “meios pelos quais se assegura ou garante o cumprimento de uma obrigação” ¹⁶⁴⁰. Mas aquele Mestre notava que *elas “não têm afinidades funcionais”* ¹⁶⁴¹ *com os processos cautelares*, dado serem independentes de qualquer outra causa e não servirem para a remoção de um *periculum in mora* ¹⁶⁴².

Na verdade, a diferença é também outra: os procedimentos em que se façam valer estas pretensões realizam uma função de prevenção *abstracta* de ilícito, algo que está fora do escopo da tutela cautelar como veremos.

III. Diferentemente, o sistema processual, em si mesmo e sem requerimento de parte, usa para a salvaguarda da funcionalidade e equidade dos seus procedimentos *fases de garantia abstracta do direito à execução* (cf. art. 817º CC) — v.g., a penhora cuja função é salvaguardar o efeito útil da venda executiva, ao assegurar a permanência jurídica e física de bens individualizados para satisfazer o interesse do credor, ao abrigo dos arts. 601º e 817º CC — e *ônus de constituição de garantias* ¹⁶⁴³ *como condição da obtenção imediata de uma vantagem provisória e reversível*, e, por isso, *susceptível de lesar a contraparte*: a inibição de efeito devolutivo, desde que o requerente preste caução (v.g., art. 692º, nº 4), concessão de exequibilidade provisória (v.g., 273º § 3º CPC/Br), suspensão de exequibilidade provisória (v.g., art. 47º, nº 4), pagamento (v.g., arts. 47º, nº 3, 550º, nº 2 e 777º), concessão de providência cautelar (v.g., art. 620º, nº 2 CC, art. 390º, nº 2, art. 669 *undecies* CPC/It, 728º, nº 3 LEC, r. 65 (C) FRCP).

Também aqui se realiza uma *função de prevenção abstracta de ilícito* imposta pela lei através do tribunal.

¹⁶³⁹ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* II cit., 143.

¹⁶⁴⁰ *Idem*, 141.

¹⁶⁴¹ *Idem*, 143.

¹⁶⁴² *A figura* cit., 44.

¹⁶⁴³ Falando em “medidas preventivas de um perigo abstracto, legalmente ficcionado”, CURA MARIANO, *A providência* cit., 19.

2.3. Meios de prevenção concreta

2.3.1. Dogmática subjacente

I. As soluções de prevenção do risco, apesar da sua utilidade e grande uso, apresentam limites de vária ordem.

Em primeiro lugar *dependem*, em boa medida, *da colaboração do próprio sujeito passivo*, já que a sua constituição unilateral é restrita aos casos legalmente previstos, o que implica que nem sempre são constituídas. Por esta razão, e em segundo lugar, são *tendencialmente restritas aos direitos de crédito* onde são utilizadas como instrumentos integrantes do feixe de relações entre credor e devedor. Em terceiro lugar, o seu conteúdo patrimonial torna-as *adequadas para permitir ou directamente*, sendo o crédito pecuniário, *ou mediamente*, nos demais créditos, *a satisfação do interesse económico do credor*. Em consequência *são desadequadas para a tutela de direitos de conteúdo não patrimonial*. Finalmente, a constituição de garantias *cobre apenas a ocorrências de ilicitudes previstas pelas partes*.

A existência de meios preventivos visando evitar o cometimento de um concreto ilícito torna-se, assim, justificada.

II. No entanto, quando contraposta às tutelas preventiva abstracta e de remédio, a tutela preventiva concreta coloca dificuldades do ponto de vista da dogmática do direito civil.

Efectivamente, a *constituição de garantias*, i.e., de salvaguardas para um perigo abstracto pode reconduzir-se, como vimos, à disponibilidade privada dos direitos, conjugada com a autonomia privada em que os sujeitos se vinculam entre si ¹⁶⁴⁴ ou, quando seja o caso, à vontade legislativa da norma legal que as admita. Por seu lado, o afastamento, extrajudicial ou judicial, de um *facto ilícito* em sede de tutela de remédio funda-se em pretensões materiais, originárias ou derivadas, de cumprimento do próprio dever ou obrigação retiradas do próprio direito violado e , por isso, frequentemente diz-se que nestas se opera a realização [*Erfüllung*] o direito, como aponta ZEUNER ¹⁶⁴⁵. A própria tutela constitutiva funda-se em direitos potestativos expressamente previstos na lei.

Diversamente, como se justifica que o titular de um direito subjectivo ou que tem um interesse legalmente protegido possa ser titular de um poder lícito de exigir um não cometimento do ilícito? Trata-se de um direito autónomo ou retira-se também do próprio direito ou interesse? Há uma pretensão material?

¹⁶⁴⁴ Deste modo a parte garantida terá uma pretensão material de garantia, como sucede com a prestação de caução — assim, GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 48.

¹⁶⁴⁵ *Gedanken* cit., 117.

Precisamos de dados para resolver esta questão. Na verdade, manda o critério da pertinência científica que temos usado neste trabalho, que a guardemos, em especial, para o momento em que buscarmos o fundamento da tutela cautelar. Mais do que o fundamento da função preventiva em geral, interessa-nos, em especial, o fundamento daquela tutela. Se aquele explicar este, tanto melhor.

2.3.2. *Extraprocessuais*

A. *Direito positivo*

I. Cabe, efectivamente, perguntar se, existindo um estado de perigo, é lícita a apresentação de uma pretensão por parte do titular da situação jurídica ameaçada, junto do sujeito a quem se imputa a ameaça para que este se abstenha de violar o direito ou interesse.

A resposta não nos parece fácil, pois é necessário articular dois vectores conflituantes: o vector da *licitude que assiste ao titular do direito subjectivo ou com interesse legalmente protegido no exercício dessa pretensão de prevenção do ilícito* e o vector da *proibição da autotutela* enunciada no art. 1º do Código de Processo Civil.

A regra parece ser esta: *somente nos casos legal e contratualmente previstos de invocação da exigibilidade de uma obrigação ou de um direito, o titular da situação jurídica ameaçada pode exigir ou interpelar extrajudicialmente outrem no sentido da não ilicitude*. E mesmo nesses casos uma interpelação oral ou escrita apenas pode ser vista como uma afirmação unilateral das prévias obrigações legais ou contratuais do sujeito ameaçador e das consequências legais da concretização da ameaça¹⁶⁴⁶. Um efeito jurídico adicional não lhe pode ser associado que já não resulte da lei ou do contrato. Fora dessas eventualidades, faltarão suporte jurídico à interpelação, e, por isso, caberá ao destinatário tolerar ou recusar a interpelação, sem ilicitude de sua parte¹⁶⁴⁷.

Depois, em termos gerais, há ainda as *cláusulas gerais* que autorizam o titular de um direito a actuar de modo a afastar uma ameaça de lesão *sem a colaboração do sujeito passivo* e a intermediação de um tribunal: a acção directa (arts. 336º e 1277º

¹⁶⁴⁶ Por exemplo: o senhorio pode avisar o locatário de que deverá desocupar e entregar o locado, cessado o arrendamento, como já decorre do art. 1081º, nº 1 CC, sob pena de sujeitar-se à via judicial do despejo.

¹⁶⁴⁷ Em concreto, ambas as possibilidades, podem conduzir a que o nível de perigo baixe ou desapareça, desde que o destinatário o queira voluntariamente, *v.g.*, mediante o cumprimento da obrigação, a constituição de garantias ou uma transacção (cf. art. 1248º CC).

CC), a legítima defesa (art. 337º CC) e o estado de necessidade (art. 339º CC) ¹⁶⁴⁸. Actos materiais ou jurídicos de interferência na esfera fáctica e/ou jurídica do alegado sujeito ameaçador, apenas são lícitos se cumpridas as previsões normativas em causa.

Finalmente, conhecemos ainda o exemplo de uma manifestação de tutela não judicial vizinha das providências cautelares, já antes referida na análise do direito positivo: o autor de obra protegida pode requerer às autoridades policiais e administrativas do lugar onde se verifique a violação do seu direito a *imediata suspensão de representação, recitação, execução ou qualquer outra forma de exibição de obra protegida* que se estejam realizando sem a devida autorização e, cumulativamente, a *apreensão da totalidade das receitas* (art. 209º CDADC). Trata-se, se quisermos, de uma tutela preventiva administrativa mas, seguramente, extrajudicial e que está mais um passo à frente da autotutela pura, pois a acção de defesa não está cometida ao ofendido, e um passo atrás da tutela judicial, pois não há processo civil. Em qualquer caso, trata-se de uma actuação em *defesa actual de direitos*, pois não cabe às autoridades administrativas discutirem direitos, e não do efeito útil de hipotéticas acções judiciais.

II. Está assim fechado o universo da autotutela civil de prevenção concreta? *Não seguramente para a nossa matéria das providências cautelares* em cuja vizinhança surgem curiosas manifestações de tutela não judicial.

Já no início desta investigação tínhamos alertado para uma primeira manifestação de tutela não judicial vizinha das providências cautelares e que nos voltou a aparecer na

¹⁶⁴⁸ Identicamente, qualificando-os como meios extrajudiciais de tutela preventiva: E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 16 e 17; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 77 (meios de segurança provisória de uma pretensão); HEINZE, *Vor § 916* cit., Rdn 8 (“segurança provisória de uma pretensão”). Claramente no sentido da natureza preventiva do *estado de necessidade*: PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, col. HENRIQUE DE MESQUITA, *Ccanot* I ³, 1982, 301 (visa-se “evitar a consumação ou a ampliação de um dano”) e PAIS DE VASCONCELOS, *TGDC* ², 2003, 685. Já para a *legítima defesa* escreve PAIS DE VASCONCELOS, *idem*, 684, que esta não pode ser preventiva, com o que se quer dizer que, ao contrário do estado de necessidade, não há legítima defesa de um simples perigo (cf. *idem*, 684) pois, como manda a lei, já deve estar em curso uma “agressão actual e contrária à lei”; identicamente seguiam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *idem*, 301, quanto à *acção directa* (visa “a conservação prática de um direito” e, não, evitar a consumação/ampliação de um dano). Com o devido respeito, discordamos: quer a legítima defesa, quer a acção directa são meios *mistos*, repressivos e preventivos, pois se não podem ser anteriores à violação, também não podem ser posteriores à consumação/termo desta. Deste modo, visa-se evitar *ad futurum* a continuação da lesão — função preventiva — pela remoção do acto de violação e repondo o estado inicial — função de remédio.

análise de direito positivo: a existência de embargo de obra nova realizado extrajudicial ou privadamente, pelo próprio titular do direito ameaçado pela obra mediante notificação feita “verbalmente perante duas testemunhas, [a]o dono da obra, ou, na sua falta, [a]o encarregado ou quem o substituir para a não continuar” (art. 412º, nº 2). E no Brasil também a já referida, acção *de nunciação de obra nova* do art. 934º CPC/Br pode ser precedida por embargo extrajudicial “se o caso for urgente” (art. 935, corpo CPC/Br), cuja ratificação judicial deverá requerer depois.

Mas indo agora mais longe, notamos ainda que ANSELMO DE CASTRO defendia a generalização deste uso extrajudicial prévio de tutela cautelar a qualquer providência cautelar — “nomeadamente, o arresto e o arrolamento e as providências cautelares não especificadas” ¹⁶⁴⁹, sem prejuízo de alguns obstáculos. É que seria “inadmissível” que este meio fosse “dispensado nos demais casos”, pois “só pela associação dos dois meios — procedimento cautelar privado e confirmação judicial subsequente — se torna possível a completa tutela dos direitos em jogo” ¹⁶⁵⁰.

Sem prejuízo de discordamos de uma tal proposta de alargamento de um meio que sendo excepcional por força do art. 2º, não admite aplicação analógica, a reflexão deste AUTOR aponta para algo central e invariável: independentemente da sua extensão e forma o art. 412º, nº2 *consagra um meio de tutela de direitos, i.e.*, de um instrumento estatuído por uma norma secundária, e que até tem natureza privada como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

III. Outro exemplo a que se deve ir por necessidade dogmática: estatui-se no § 1133, 1ª parte BGB se “como consequência de uma degradação do prédio fundiário a segurança da hipoteca sobre prédio ficar ameaçada, pode o credor **fixar um prazo** determinado ao proprietário para remoção do perigo”. Também entre nós se “por causa não imputável ao credor, a coisa hipotecada perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente para segurança da obrigação, tem o credor o **direito de exigir** que o devedor a substitua ou reforce” (art. 701º CC).

Ou seja: também o credor hipotecário pode sózinho defender-se de uma ameaça à utilidade do próprio direito real de garantia sem qualquer intervenção judicial.

IV. Deste modo, pode ter lugar, nos casos legalmente expressos, uma **tutela contra o perigo concreto de dano** perigo — a *Gefahrenabwehr* da terminologia alemã ¹⁶⁵¹ — **assente na autonomia privada** e no caso das cláusulas gerais como a legítima defesa está dependente dos sujeitos envolvidos para determinar qual é a actuação de defesa mais adequada.

¹⁶⁴⁹ *DPCD* I cit., 146.

¹⁶⁵⁰ *Idem*, 145 e 146.

¹⁶⁵¹ DAMM, *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

B. Ensinaamentos do direito romano

I. Esta defesa de um uso corrente de meios cautelares em tutela privada de direitos pode parecer estranha, mas ganha algum sentido se fizermos um curto excursus ao direito romano clássico onde o embargo de obra nova teve nascimento e onde o papel da tutela privada contra um perigo era, em boa medida, privado¹⁶⁵².

De facto, com a *operis novi nuntiatio*, correspondente ao embargo de obra nova, o sujeito poderia autotutelar-se interpelando o sujeito denunciado¹⁶⁵³, e só *não sendo cumprida* é que se pedia a intervenção do pretor para decretar um *interdictum prohibitorium*, i.e., uma inibição, ou um *interdictum demolitorium*, i.e., uma ordem de reprecinação, após o reconhecimento de um *ius prohibendi* — “semelhante a um direito substancial de cautela” para E. DINI/MAMMONI¹⁶⁵⁴. Depois seguia-se um procedimento de declaração do direito do denunciante. Tratava-se, por conseguinte, de *uma verdadeira tutela* — um meio de reposição da eficácia das normas primárias — perante uma violação continuada a um direito — e não de uma mera garantia ou instrumento material de prevenção abstracta de ilícito.

Já a figura próxima da *cauti damni infecti* começava pelo pretor a decretar inibições e, se necessário, emitindo *stipulationes* para que o agente prestasse uma *cautio*. Havia, assim, aqui uma tutela autónoma de tipo inibitório, cumulada com a constituição de garantias de prevenção abstracta de ilícito. Não sendo cumprida a *stipulatio* ou prestada a *cautio* o pretor decretaria medidas sucessivamente mais intensas: primeiro a *missio in possessionem* e depois o decretamento da promoção da detenção para *uma posse ad usucapionem*. Portanto, **a *cautio damni infecti* não carecia de ulterior acção**

¹⁶⁵² Como já atrás se referiu, o direito romano conhecia também instrumentos de garantia, i.e., de prevenção abstracta do ilícito, como as *cautiones*, *pegno* e *hypotheca* — cf. E. DINI/MAMMONE, *I I provvedimenti* cit., 7 e 8 = M. DINI, *La denuncia* cit., 21 — e, bem assim, figuras semelhantes ao arrolamento e à instrução preventiva os quais nasceram *a propósito* e *para* o processo. *In casu*, para conservarem ou coisas litigiosas ou prova, embora o primeiro fosse usado também extraprocessualmente como depósito de coisa em garantia e a segunda podesse ser produzida por meios privados — cf. M. DINI, *La denuncia* cit., 23 = E. DINI/MAMMONE, *I I provvedimenti* cit., 8 e 9.

¹⁶⁵³ “Inicialmente feita oralmente com palavras sacramentais com as quais se inibia o proprietário do imóvel de continuar uma obra já iniciada (...), mas não terminada”, devia o sujeito denunciado interromper a obra (E. DINI/MAMMONE, *I I provvedimenti* cit., 5).

¹⁶⁵⁴ *Idem*, 5. Distinguindo nesta figura a fase extrajudicial da fase judicial, SOUSA PINHEIRO, *O procedimento* cit., 20.

principal ¹⁶⁵⁵ para poder resolver, por si mesma o litígio: desde que o interpelado cumprisse as *stipulationes* finaliza o litígio.

Por fim, originariamente, como nota DAMM, o **arresto** era exercido extraprocessualmente com fundamento num poder privado sobre a pessoa ou sobre os bens do devedor “sem que tivesse lugar prévia intervenção de uma sentença de um tribunal” ¹⁶⁵⁶. Portanto, também **o arresto era uma verdadeira e autónoma tutela de direitos**.

II. Em conclusão: no dizer de M. DINI e de E. DINI/MAMMONE, as medidas cautelares romanas eram um “meio para tentar evitar a acção e para obter a concreta aplicação de uma tutela, fosse concedida pelo *jus civil* fosse pelo pretor, de modo a assegurar a situação de facto contra eventuais violações” ¹⁶⁵⁷. Veja-se, pois, que era o oposto da actualmente propalada instrumentalidade cautelar: obtinha-se de imediato uma tutela que obviasse à violação e, por isso, ao recurso ao processo.

C. Consequências teóricas

I. Ora, não podem, em nosso ver, ser subestimadas as consequências teóricas da constatação de que a tutela contra o perigo de ilícito pode actualmente, como no passado, ser feita extrajudicialmente.

Em primeiro lugar, e sem prejuízo das diferenças entre as figuras, *o seu objecto de protecção não é* — obviamente, atrevemo-nos a dizer — *um efeito útil de futura acção judicial*: não é esse o objecto da legítima defesa, não é esse o objecto do estado de necessidade, nem tampouco do embargo de obra nova extrajudicial, nem da fixação extrajudicial de prazo do § 1133 BGB. *O seu objecto de protecção é o próprio direito substantivo ou é o próprio interesse legalmente protegido, que corram perigo*.

Concretizando: um mesmo direito de propriedade sobre um imóvel pode ser privadamente protegido do perigo de dano por incêndio através do estado de necessidade, como pode ser privadamente protegido do perigo de dano por obra alheia, nos termos do art. 412º, nº 2. Enfim a garantia real e, mediatamente, o respectivo crédito, é o objecto actual e materialmente relevante e sustentado do meio de defesa previsto no § 1133 ZPO.

¹⁶⁵⁵ Discordamos de E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 6, quando entendem que, dada a prestação de caução, a *cautio damni infecti* teria natureza cautelar porque permitia ao presumido sujeito do dano obter uma garantia de ressarcimento no caso do perigo de dano fosse traduzido em dano”. Entendamo-nos: se era cautelar sê-lo-ia materialmente, não processualmente, pois a garantia era para o direito e não para acção

¹⁶⁵⁶ *Vor § 916* cit., 2147.

¹⁶⁵⁷ *La denunzia* cit., 16 e *I provvedimenti* cit., 8 e 9, respectivamente.

Por isso, é contraditório do ponto de vista lógico entender que qualquer daquelas actuações privadas se houverem de ser ratificadas pelo tribunal — o que se exige para o embargo extrajudicial no nº 3 do art. 412º — passem a ter como objecto o efeito útil da acção que se haja de instaurar. Não: *o objecto da tutela mantém-se o mesmo independentemente de esta ser extrajudicial ou judicial*. Assim, *o objecto da tutela do embargo extrajudicial de obra nova é o mesmo na rua e no tribunal*. Pois é isso que sucede com os meios gerais de autotutela, em que, v.g., o direito protegido pela legítima defesa é o mesmo no momento da defesa e, eventualmente, posteriormente no tribunal¹⁶⁵⁸.

E portanto, seja qual for a natureza do meio de tutela, *o sujeito ameaçado está ainda a exercer o direito substantivo e não está a salvaguardar a utilidade de um processo judicial*¹⁶⁵⁹.

II. Em segundo lugar, *esse mesmo objecto mantém-se o mesmo independentemente do meio processual ser autónomo ou ser instrumental*. É sempre o mesmo direito material, e correlativamente a mesma norma permissiva substantiva, que estão a ser protegidos/aplicados¹⁶⁶⁰ em termos actuais ao momento da tutela.

Concretizando: o proprietário de um imóvel que corra *risco iminente* de sofrer dano em resultado de obra em prédio vizinho pode:

¹⁶⁵⁸ Variante extrema e notoriamente de refutar do pensamento oposto, em que a necessidade de uso do processo induz a concluir que tudo o que se passou extrajudicialmente antes dele apenas contribuiu para a sua eficácia, é a de P. PISANI, *LDPC* cit., 592, que vê no penhor e na hipoteca institutos “*idóneos a assegurar também a efectividade da tutela jurisdicional* contra obstáculos que poderiam derivar da duração ou ainda por causa da duração do processo” e, entre nós, de SOUSA PINHEIRO, *O procedimento* cit., 19 que, identicamente, defende que o penhor, a caução e a hipoteca têm o “firme propósito de garantir o direito, independentemente de um posterior exercício da função jurisdicional (*visavam, tão-somente, assegurar a eficácia prática dessa posterior intervenção jurisdicional*)”. Identicamente, também VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 13 e 14, segue essa linha de pensamento sobre o penhor e hipoteca, embora reconhecendo-lhes, em simultâneo, uma função preventiva.

¹⁶⁵⁹ Isso é patente quando, após uma actuação em autotutela, o sujeito lança mão de providências cautelares: estas terão, então, segundo ANSELMO DE CASTRO, *DPCD I* cit., 20, tido na autotutela uma “guarda-avançada”. Se é assim então recebem e mantêm a guarda do mesmo que o sujeito guardou autonomamente, *i.e.*, o direito subjectivo, e não a salvaguarda do efeito útil da ulterior acção principal.

¹⁶⁶⁰ Ainda que, eventualmente, conjugados com outras normas materiais, como se verá adiante, em sede do valor normativo do art. 381º.

- Privadamente proteger-se do perigo de dano por obra alheia, nos termos do art. 412º, nº 2;
- Judicialmente, requerer um embargo de obra nova.

Concretizando, novamente: o proprietário de um imóvel que corra *risco iminente de sofrer dano* por derrocada de imóvel vizinho — v.g., um muro, um telhado — pode pedir

- uma caução de dano infecto ou iminente (*cautio damni infectum*)
 - autónoma como sucedia no direito romano, entre nós até ao art. 487º Código de 1876 ¹⁶⁶¹ e que sobrevive nos arts. 1280º e 1281º CC/Br ¹⁶⁶²., tida por cautelar para alguns ¹⁶⁶³;
 - dependente ou cautelar, como a *denunce di danno temuto* do art. 1172º CC/It ¹⁶⁶⁴;
- uma providência cautelar não especificadas do nosso art. 381º, nº 1.

Mais ainda: em sede de autotutela pode haver lugar *ao próprio exercício da prestação principal do direito ameaçado* ¹⁶⁶⁵ e não apenas a acções de afastamento/segurança do perigo, *stricto sensu*. Assim, o proprietário que comodata o seu veículo automóvel por um dia a um colega, perante a falta de restituição que seja causal a provocar a “*inutilização prática desse direito*” pode

- privadamente usar da acção directa, nos termos dos arts. 336º, nº 1 e 1277º CC, caso o comodatário ameace levar de imediatato o veículo;
- judicialmente, requerer

¹⁶⁶¹ Cf. § 5º 2.3.1., III D)

¹⁶⁶² Art. 1280º: *O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.* Art. 1281º: *O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.* Para mais exemplos de medidas de segurança passíveis de serem exigidas perante um perigo iminente, maxime, em Direitos Reais e em Direito das Sucessões, ao abrigo do CC/BR, cf. OVÍDO BAPTISTA, *Do processo* cit., 127–129.

¹⁶⁶³ OVÍDO BAPTISTA, *Do processo* cit., 127.

¹⁶⁶⁴ Vide § 5º 2.3.1., III D)

¹⁶⁶⁵ SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, 1985, 105; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 78. Pode é discutir-se se uma tal satisfação forçada do direito configura tecnicamente um cumprimento ou solvência da obrigação do devedor, nos termos do art. 762º, nº 1 CC = § 362/1 BGB. Compulse-se uma proposta de resposta na nota 2523.

- uma restituição provisória na posse (cf. art. 392º);
- uma condenação em restituição na sua posse (cf. art. 1278º, nº 1 CC);
- uma condenação em restituição na sua propriedade (cf. 1311º, nº 1 CC).

Faz, por isso, sentido que, se tiver lugar um ulterior recurso à via judicial das providências cautelares se possa invocar uma falta de perigo de dano — precisamente já atalhado extrajudicialmente ¹⁶⁶⁶.

III. E, portanto, para descortinarmos a natureza do exercício da tutela não nos devemos deixar influenciar pelas opções do legislador: em todos estes casos o direito tutelado é o mesmo e o poder que a suporta há-de ser o mesmo.

O que parece passar-se é que a natureza substantiva dos poderes que subjazem ao exercício da tutela parece ficar *toldada* — no pensamento doutrinal — pela processualização da tutela: aí passam, como se viu no início deste trabalho, a serem qualificados correntemente como meros poderes formais de preparação ou defesa da verdadeira tutela — a plena/antecipatória.

Ora, a necessidade de processualização é compreensível à luz pelo modelo supranacional de garantias processuais, como modo de proteger a parte formalmente passiva seja exigindo expressamente uma segunda fase em que se confirme a correcção do que foi primeiramente decretado — é o que sucede entre nós — seja dispensando-a, mas sem que se faça caso julgado, nem se ilibe o autor dos riscos de ter de suportar financeiramente uma muito eventual sentença desfavorável — é o que sucede em França, Itália e Alemanha.

Contudo, a leitura da natureza do objecto da tutela não pode mudar com essa processualização.

IV. Em terceiro lugar, viu-se que o titular do direito ou interesse quando se defende *tanto pode limitar-se a deduzir uma pretensão material de omissão de violação do seu direito ou interesse*.

Exemplo: a imediata suspensão da obra nova.

como pode mesmo actuar unilateralmente, sem a colaboração do sujeito passivo.

Exemplo: a actuação sobre a esfera física do agressor na legítima defesa, a imposição válida de um prazo para o termo da actuação perigosa.

¹⁶⁶⁶ Neste sentido, GRUNSKY, *Vor § 935 cit.*, Rdn. 4.

Ora, tem de significar duas coisas: que no plano material a titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido comporta algum tipo de poder sobre outrem; que esse poder não tem um conteúdo único ou simples, mas antes múltiplo e compreensivo.

É matéria que teremos de investigar.

2.3.3. Processuais

A. Introdução. Acções de simples apreciação

I. Se é assim extraprocessualmente como se podem deduzir processualmente pretensões de prevenção de ilicitude com base em estado de perigo? Ou seja: há tutela jurisdicional contra a ameaça de um comportamento contrário a um dever?

No cenário já referido do processo civil até meados do século XX quer em Itália, quer na Alemanha, aceitava-se de modo limitado uma tutela preventiva: quando estivesse expressamente prevista na lei a título autónomo — *v.g.*, no § 1004º BGB — ou a título não autónomo como providências cautelares — em Itália, a *denunce di nuova opera* e de *danno temuto* — ou como um meio residual e geral ¹⁶⁶⁷ de tutela preventiva — a *acção de simples apreciação*. Exemplar desta linha ideológica é a afirmação de CASTRO MENDES ¹⁶⁶⁸ de que a “composição de um litígio de pretensão contestada ¹⁶⁶⁹ (...) faz-se mediante uma *declaração*, dotada de autoridade e que torna a solução juridicamente indiscutível”. Em suma: mediante um acção de simples apreciação, prevista no art. 4º, nº 2, al. a).

Não mais do que isto, para um tal litígio.

II. A acção de simples apreciação dispensa uma prévia violação actual de um direito subjectivo — é “anterior à violação do direito ou tudo se passa como se o fosse”, no dizer de ALBERTO DOS REIS ¹⁶⁷⁰ — e substitui-a por um interesse autónomo ¹⁶⁷¹ à certeza das relações jurídicas ¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁷ O que historica e dogmaticamente não era pacífico — cf. ALBERTO DOS REIS, *ComCPC* I ², 1960, 19, ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 116 e 117 e CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 236.

¹⁶⁶⁸ *DPC* I cit., 232.

¹⁶⁶⁹ *DPC* I cit., 231: “quando a uma pretensão se opõe uma impugnação ou contestatação”, sem “lesão ou violação material do direito”.

¹⁶⁷⁰ *CPCanot* I cit., 21 = *ComCPC* I cit., 19.

¹⁶⁷¹ Pressuposto processual de admissibilidade para ROSENBERG, *LdZPR* cit., 409 e TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 30.

¹⁶⁷² CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, 85.

A acção de simples apreciação tem lugar quando há uma *incompatibilidade de pretensões* sobre uma situação jurídica ou sobre um facto co-envolvendo os sujeitos pretendentes ¹⁶⁷³. Nesse caso, *cada um dos contra-pretendentes* poderá colocar uma acção para pedir uma declaração judicial positiva do direito contra o sujeito que o nega ou para pedir a declaração negativa do direito que o outro sujeito afirma contra si, configurando, respectivamente, acções de simples apreciação *positiva* e de simples apreciação *negativa*.

Ou seja: a acção de simples apreciação positiva é uma forma de tutela contra a negação um direito por terceiro; a acção de simples apreciação negativa é uma forma de tutela contra a alegação de direito por terceiro ¹⁶⁷⁴.

Exemplos: se ao sujeito A o sujeito B opõe uma pretensão real extrajudicial de propriedade sobre um imóvel, tanto pode A pedir que seja declarada a sua propriedade sobre o mesmo bem, como pode B pedir que seja declarada a sua propriedade sobre o mesmo bem; simetricamente é inegável que tanto pode A pedir que seja declarado que não está obrigado a entregar o imóvel a B, como pode B pedir que seja declarado que não está obrigado a entregar o imóvel a A; se ao sujeito A o sujeito B opõe uma pretensão creditícia — *v.g.*, direito a um pagamento — tanto pode A pedir que seja declarada que não tem essa obrigação propriedade perante B, como pode B pedir que seja declarada que tem um crédito perante A ¹⁶⁷⁵.

O que vai determinar a posição processual relativa dos contra-pretendentes, *i.e.*, qual dos dois sujeitos/partes materiais pode colocar a acção — o que ditará, automaticamente, que o outro fique como réu — é a titularidade de um interesse específico àquela certeza jurídica.

Na antiga e ainda influente doutrina de CHIOVENDA, poderia colocar a acção o sujeito que não estivesse numa incerteza qualquer — pois ambos estão, objectivamente, em incerteza — mas numa “situação de facto tal que o autor *sem o acerto judicial sofreria um dano*” ¹⁶⁷⁶. Deste modo, a acção de simples apreciação

¹⁶⁷³ P. PISANI, *Note cit.*, 166, fala de uma “oposição entre privados traduzida em actos” ou “controvérsia”.

¹⁶⁷⁴ Pense-se nas acções confessória e negatória de servidão respectivamente, como ensina ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 115.

¹⁶⁷⁵ Mas também há procedimentos, incidentais ou não, de natureza meramente declarativa no própria marcha de uma acção: *v.g.*, a impugnação da genuinidade de um documento apresentado pela contraparte, ao abrigo do art. 544º, as arguições de nulidades, *i.e.*, da não verificação das condições legais para a prática de um acto processual. Mais duvidosamente, podendo-se discutir se não terão natureza constitutiva as oposições aos pressupostos e condições da execução pela oposição à execução, aos pressupostos do acto de penhora pela oposição à penhora.

¹⁶⁷⁶ *IDPC* cit., 207.

exigiria, segundo CHIOVENDA, uma *ameaça de dano*, para a qual a “declaração judicial apresenta-se como o modo necessário para evitar o dano” ¹⁶⁷⁷.

Já na doutrina italiana mais recente de E. DINI/MAMMONE, bastará “um obstáculo na incerteza ou na inobservância da norma jurídica” ¹⁶⁷⁸, mas P. PISANI continua a exigir uma “contestação do direito alheio” ¹⁶⁷⁹, que não seja objecto de “declarações ou manifestações extrajudiciais de reparação” pelo autor da contestação ¹⁶⁸⁰, servindo a simples apreciação para o titular do direito remover “aquele dano que lhe deriva da incerteza causada” ¹⁶⁸¹.

Este entendimento tem correspondência, parece-nos, na exigência do § 256/I ZPO de um “interesse jurídico”, *i.e.*, um “interesse reconhecido pela ordem jurídica como merecedor de tutela” ¹⁶⁸² — “não um puro interesse de facto ou económico” ¹⁶⁸³ — em que uma “relação jurídica ou a genuinidade ou falsidade de um documento seja *imediatamente* declarada por decisão judicial”. Concretizando, a doutrina encabeçada por ROSENBERG defende que o autor tem “interesse jurídico” na obtenção de uma *Feststellungsurteil* quando tenha lugar uma “incerteza ou insegurança de facto que **coloque em perigo a sua posição jurídica**” e a sentença seja “**idónea a afastar esse perigo**” ¹⁶⁸⁴.

Já a nossa doutrina exige a necessidade de eliminar uma “*incerteza objectiva* sobre a *situação jurídica* do autor”, desde que esta seja *juridicamente relevante*, o que parece bastar-se com uma mera afirmação por parte do réu de “negação (...) de um direito alegado pelo autor”, seja de “imputar um dever ao autor que é negado por esta parte” ¹⁶⁸⁵. No entanto, já para ANSELMO DE CASTRO a incerteza deve ser tal que “possa

¹⁶⁷⁷ *IDPC* cit., 207 e *Azioni e sentenze di mero accertamento*, RDP 10/I (1933), 1. Identicamente, MICHELI, *CDPC* I, 1959, 45.

¹⁶⁷⁸ *I provvedimenti* cit., 197.

¹⁶⁷⁹ *Note* cit., 165.

¹⁶⁸⁰ *Note* cit., 165. Portanto, tendo em conta o risco da propositura de acções vexatórias e escassez dos recursos judiciais, não basta a “mera afirmação da existência (ou inexistência) do direito substancial” (P. PISANI, *LDPC* cit., 142).

¹⁶⁸¹ *Note* cit., 166.

¹⁶⁸² GUNSKY, *GVR* cit., 402.

¹⁶⁸³ SCHILKEN, *ZPR* I cit., Rdn. 185.

¹⁶⁸⁴ ROSENBERG, *LdZPR* cit., 407 = ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 522. No mesmo sentido, SCHILKEN, *ZPR* I cit., Rdn. 185; HEINZTMANN, *ZPR* I cit., 21; JAU JAUERNIG, *ZPR* 29, 2007, 115.

¹⁶⁸⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 30. Identicamente, para LEBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., 27, nota 17, a acção de simples apreciação exige uma “situação de incerteza objectivamente grave, de molde a justificar a intervenção judicial: a negação, ainda que meramente verbal, dum direito do autor, a afirmação dum direito contra ele, o início da actuação do réu conforme com essa negação ou afirmação”. Antes destes

comprometer o valor ou a negociabilidade da própria relação jurídica”¹⁶⁸⁶ ou “*afecte seriamente* o direito em causa”, embora conclua que nelas “não é posta em causa a sua violação, quer efectiva, quer receada”¹⁶⁸⁷.

III. Deste modo, permanece não plenamente seguro o grau de necessidade ou interesse processual que o autor deve apresentar para que a sua pretensão possa ser judicialmente apreciada. Porém, maioritariamente será a necessidade de afastar um receio de dano.

Em todo o caso, há dois aspectos que são seguros: que a simples apreciação desempenha uma *função preventiva* e que a providência de tutela decretada é *uma simples declaração quanto à existência do direito*.

Efectivamente, começando por esta última, cabe perguntar qual é a utilidade que é obtida uma vez declarada a existência do direito ou negada a existência da obrigação. É que se num quadro processual essa afirmação tem um papel muito claro — a extinção total ou parcial da instância executiva, a nulidade da prova documental — o mesmo não se pode dizer, pensamos, num quadro extraprocessual.

Nas palavras de P. PISANI essa utilidade é a de “represtinar por via da certeza legal da providência jurisdicional a certeza nas relações sociais e jurídicas quebrada pelas alegações ou contestações de outrem”¹⁶⁸⁸. Trata-se de uma *vantagem jurídica*¹⁶⁸⁹ pois o acerto feito pelo tribunal para uma incompatibilidade extrajudicial poderá servir para efectuar o registo de um direito, por exemplo e, em qualquer caso, fará caso julgado material para conflitos total ou parcialmente do mesmo teor que venham a opor as partes¹⁶⁹⁰.

Mas trata-se, contudo, de uma vantagem *não executiva*, pois há apenas um “efeito de caso julgado ideal” (ROSENBERG¹⁶⁹¹), despida de força executiva¹⁶⁹². Efectivamente nas situações de *incompatibilidade extrajudicial de pretensões* ela não

AUTORES, ALBERTO DOS REIS, *ComCPC* I cit., 19 e 20, CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 236–241 e ANTUNES VARELA *et alia*, *MPC* cit., 20 e 21, davam exemplos em que há afirmações públicas de terceiro negando ou afirmando um direito, sem nunca incluírem uma ideia de perigo.

¹⁶⁸⁶ *DPCD* I cit., 117.

¹⁶⁸⁷ *Idem*, 126.

¹⁶⁸⁸ *LDPC* cit., 48.

¹⁶⁸⁹ MICHELI, *CDPC* I cit. 44; ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 113.

¹⁶⁹⁰ Apontando esta “declaração vinculativa por decisão judicial” do direito subjectivo às acções de simples apreciação, SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 191.

¹⁶⁹¹ *LdZPR* cit., 408 = ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 522. No mesmo sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 62.

¹⁶⁹² Neste sentido, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 518; JAUERNIG, *ZPR* cit., 110.

será bastante para em concreto forçar, pelos instrumentos do Estado, o sujeito passivo a entregar a coisa, a pagar; numa palavra: a não praticar actos que violem o direito declarado ou a não praticar actos de incumprimento de um crédito. Isto sucede porque o pedido ou pretensão processual que é feito ao tribunal *não assenta numa afirmação de uma pretensão material* ¹⁶⁹³: o efeito de afirmação de que o autor é titular de um direito sobre o réu ou de que este não tem direitos sobre aquele, não é no primeiro caso igual a um efeito de exigir ao réu um dado comportamento e no segundo caso é mesmo negação de uma pretensão material alegada pelo réu perante o autor ¹⁶⁹⁴.

Deste modo, ainda que tenha contra si uma sentença que lhe negue um direito ou lhe imponha uma obrigação o conteúdo da decisão de simples apreciação, por laborar no estrito plano não executivo, não é idóneo para repelir uma efectiva violação. Mesmo nas acções de simples apreciação negativa, em que tal como sucedia nas antigas acções de jactância ou de provocação ¹⁶⁹⁵, é o sujeito ameaçador é que tem demonstrar o direito (cf. art. 343º, nº 1 CC) ou a ficar em silêncio, contudo e ao contrário destas, nenhum comando inibitório de actuação será imposto ¹⁶⁹⁶.

IV. E, no entanto, a acção de simples apreciação cumpre uma função de prevenção ao afastar uma ameaça ¹⁶⁹⁷ ou, pelo menos, um risco, de uma concreta interferência ilícita de terceiro em esfera alheia. Transpondo o que RAPISARDA escreve quanto às acções inibitórias, preventivas por excelência, pode dizer-se que pelas acções de simples apreciação vai-se “restabelecer, de modo certo, os limites que separam as respectivas esferas jurídicas das partes” ¹⁶⁹⁸.

Historicamente tal foi o papel que lhe foi reservado, nas codificações do liberalismo oitocentista, como já dissemos.

¹⁶⁹³ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria* cit., p. 150; P. COSTA E SILVA, *A transmissão* cit., 178–179.

¹⁶⁹⁴ P. COSTA E SILVA, *Idem*, 180.

¹⁶⁹⁵ Estas continuaram sob as vestes de acções de simples apreciação, após a sua abolição no CPC/It de 1865 — cf. RAPISARDA, *Profili* cit., 33–47

¹⁶⁹⁶ RAPISARDA, *Profili* cit., 30.

¹⁶⁹⁷ Neste sentido, GROSSEN, *L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari*, RDP 14/3 (1959), 419 ss.; MICHELE, *L'azione preventiva*, RDP 14/2 (1959), 205; CARNELUTTI, *Accertamento giudiziale preventivo*, RDP 15/2 (1960), 176 e 177; MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 63; HORST, *Gerichtsschutz* cit., 99; TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim* cit., 273 e 274, *Sobre a teoria* cit., 101 e 102, *O objecto* cit., 112; RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica nell'esperienza germanica*, RDP 38/1 (1983), 108; A. BLOMEYER, *ZPR* cit., 210; P. PISANI, *LDPC* cit., 48; MICHALSKI, *ZPR* cit., 268.

¹⁶⁹⁸ RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 108.

Pessoalmente pensamos ser inegável que a certeza quanto à atribuição subjectiva das situações jurídicas é uma condição necessária para prevenir actuações contrárias a essas mesmas situações jurídicas. No entanto, as acções de simples apreciação não são, para certo tipo de incompatibilidade entre pretensões, conformes ao direito à tutela jurisdicional efectiva, *in casu*, à tutela jurisdicional preventiva.

B. Acções inibitórias. Contraposição com as acções repressivas

I. A vantagem que falta às acções de simples apreciação pode ter lugar se se der um passo mais além da mera declaração: se se pedir que *o réu seja proibido*¹⁶⁹⁹ de actuações contrárias ao direito. Passa-se assim para a *condenação em inibições ou abstenções de actuação*.

É com este sentido que se devem compreender melhor as afirmações de TEIXEIRA DE SOUSA de que as acções de simples apreciação são “um meio judicial subsidiário”, apenas admissível “quando não for possível instaurar uma acção condenatória (em qualquer das suas modalidades)”¹⁷⁰⁰ e de P. PISANI de que a acção de simples apreciação é um “*minimum* (sic)” a que se deve recorrer “pela falta de formas de tutela mais incisivas”, como as de condenação em abstenção futura de cometimento de actos de violação (...) do direito”¹⁷⁰¹.

Dada a sua essencialidade para a compreensão do papel das providências cautelares impõe-se que esboçemos sumariamente um quadro do que é a tutela inibitória e do que não é quando contraposta a acções próximas. Mas importa deixar desde já assente que, dada a ausência em Itália e em Portugal de uma norma geral prevendo este tipo de acção é discutível qual seja o seu real âmbito, questão que escapa ao nosso objecto imediato de investigação¹⁷⁰². O que sabemos é que na

¹⁶⁹⁹ A. BLOMEYER, *ZPR* cit., 203.

¹⁷⁰⁰ *O interesse* cit., 33.

¹⁷⁰¹ P. PISANI, *LDPC* cit., 49.

¹⁷⁰² Falta “uma disciplina orgânica” e o “panorama normativo [é] algo fragmentário” escreve RAPISARDA, *Profili* cit., 11, mas dificilmente se pode negar a sua existência genérica pelas razões materiais e de tutela que explanamos no texto. Se assim não for, *i.e.*, se o sujeito só pode pedir uma inibição quando a lei o admita o sistema de tutela civil ficaria internamente desequilibrado: perante a ameaça de ilícito qualquer dos sujeitos (o alegado titular e o pretendo sujeito ameaçador) teria interesse processual em colocar acção de simples apreciação que definisse a existência e conteúdo do direito, mas poder-se-ia discutir se alguma coisa os impediria de, ao mesmo tempo, pedirem providências cautelares, ao abrigo do art. 381º, nº 1, que teriam o mesmo conteúdo inibitório que se nega, em sede geral e atípica — *v.g.*, inibições de comercialização, suspensão das demolições.

doutrina italiana se varia entre quem refira casuisticamente a tutela inibitória, mas sem nelas vislumbrar um princípio ¹⁷⁰³ e quem, partindo desse mesmo casuismo, afirma um princípio de tutela processual inibitória ¹⁷⁰⁴.

Já na Alemanha o panorama é algo diverso, pois se expressamente não há um princípio de inibição atípica, concorda-se que há uma ***allgemeine Unterlassungsklage*** no § 1004 BGB ¹⁷⁰⁵ com aptidão para uso analógico ¹⁷⁰⁶, para fora do seu campo literal de autorização ao proprietário de pretensão de remoção dos danos já ocorridos (*Beseitigungsansprüche*), assim como de inibições de actuações futuras (*Unterlassungsansprüche*) de prejuízos futuros que se receiem.

Provavelmente a resposta que se der sobre esta matéria dependerá das relações que vamos estabelecer com o âmbito da tutela cautelar.

II. Feito este reparo, importa notar que tende a estender-se o entendimento de que há estas *acções com função preventiva com âmbito atípico* — as acções *inibitórias* ¹⁷⁰⁷ ou *Unterlassungsklagen* — nas quais o autor pede a proibição de “continuação ou comissão do ilícito” ¹⁷⁰⁸, i.e., a *condenação do réu a abster-se de violar futuramente o direito ou interesse legalmente protegido*, tendo por fundamento a existência de um

¹⁷⁰³ Assim, e por exemplo, MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 24 ss.; MICHELE, *L'azione* cit., 220–222; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 18. Cf., ainda, a doutrina citada em RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 115–117.

¹⁷⁰⁴ Assim, FRIGNANI, *Inibitoria (azione)*, EnD XXI, 1971, 573 ss. e RAPISARDA, *Profili* cit., 108 ss.

¹⁷⁰⁵ “Se a propriedade for atingida por outras maneiras para além do esbulho ou turbação da posse pode o proprietário exigir a eliminação da acto de turbação. Em caso de receio de novas violações pode o proprietário requerer a sua omissão”.

¹⁷⁰⁶ ELZBACHER, *Die Unterlassungsklage*, 1906, 90 ss, esp. 102; RAPISARDA, *Profili* cit., 101 e 104 = *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 97 e 100, citando a jurisprudência inaugurada pela decisão RG 5/1 /1905; SALJEN, *Quasinegatorischer Rechtsschutz* cit., 913; J. BAUR/STÜRNER, *SaR* ¹⁷, 1999, 120; BACKSMEIER, *Das “Minus” beim unterlassungsrechtlichen Globalantrag*, 2001, 42. Uma tal analogia é, por exemplo, operada por SALJEN, *Quasinegatorischer Rechtsschutz* cit., 913 do regime da comissão laboral de empresa (*Betriebsrat*).

¹⁷⁰⁷ Assim, entre nós TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 27. Em Itália, admitem-nas como categoria autónoma: RAPISARDA, *Profili* cit., em geral, esp. 117 ss; já de modo casuístico, P. PISANI, *LDPC* cit., 36, 39, 40, 45 e 49.

¹⁷⁰⁸ RAPISARDA, *Profili* cit., 81.

“perigo de violação”¹⁷⁰⁹ de um dever ou obrigação perante o autor, *independentemente de ter ou não ter efeitos danosos*¹⁷¹⁰.

Esse **perigo de ilícito** *não tem de ser iminente, i.e.*, não tem de existir uma particular brevidade do “intervalo de tempo que decorre entre o momento em que se teme pela verificação do evento danoso e a sua efectiva realização”¹⁷¹¹.

Exemplo: se o “possuidor tiver justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem será o autor da ameaça, a requerimento do ameaçado, intimado para se abster de lhe fazer agravo”, como se dispõe no art. 1276º CC. Ora esse receio tanto se pode referir a uma turbação ou esbulho que se realizarão em poucos dias, como a uma turbação ou esbulho que se realizarão ao fim de meses, mas cuja ocorrência se antevê como verosímil, segundo um nexo de causalidade.

Por outro lado, esse receio ou perigo de ilícito pode ser relevado de dois modos diferentes¹⁷¹²: enquanto uma primeira verificação desse ilícito, havendo apenas uma ameaça (*Erstbegehrungsgefahr*) na terminologia alemã¹⁷¹³ — cf. o art. 70º, nº 2 CC, art.

¹⁷⁰⁹ ELZBACHER, *Die Unterlassungsklage* cit., 179 ss, 214.

¹⁷¹⁰ Em regra, não basta, pois, um mero risco de ilícito, *i.e.*, uma necessidade de tutela preventiva abstracta de ilícito. Já vimos atrás que se extrajudicialmente podem as partes prevenir riscos de ilícito, judicialmente isso é mais esparso por ser necessário um interesse processual ou necessidade mais fortes que justifique o consumo dos recursos judiciários e o incomodo da demanda de outrem. Contudo, nada impede o legislador de admitir expressamente acções inibitórias que, em vez de oferecerem protecção de um perigo concreto, oferecem protecção contra um perigo abstracto. Assim, sucede com o art. 24º CCG ao admitir que as “cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 18º, 19º, 21º e 22º podem ser proibidas por decisão judicial, *independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares*”. *Mutatis mutandis*, vale aqui o que atrás dissemos quanto às acções de simples apreciação: o eventual uso da inibição para fins de prevenção abstracta não tange nem com a *função preventiva* que é desempenhada, nem com o conteúdo da providência de tutela decretada: uma condenação de *não violar futuramente o direito ou interesse legalmente protegido*.

¹⁷¹¹ Noção dada por RAPISARDA, *Profili* cit., 138, a propósito das providências cautelares.

¹⁷¹² Trata-se de um duplo campo de aplicação perfeitamente aceite na jurisprudência e na doutrina, como mostra EVERS, *Die Begründung* cit., 64.

¹⁷¹³ A. BLOMEYER, *ZPR* cit., 204; BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 48; EBBING, § 1004 cit., Rdn. 76, com pequenas variações terminológicas. Fala-se, então, numa *vorbeugender Unterlassungsanspruch* (FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, 2000, 21).

156º *legge* n. 633, de 22 de Abril de 1941 e o § 8/1 UWG ¹⁷¹⁴ — ou enquanto um “comportamento ilícito que se concretiza numa actividade de carácter continuado ou numa pluralidade de actos susceptíveis de repetição” ¹⁷¹⁵ ou (*Wiederholungsgefahr*) na terminologia alemã ¹⁷¹⁶ — cf. o § 8/1 UWG ¹⁷¹⁷. O ponto central, é assim, o de que o “carácter preventivo é uma particularidade de todas as pretensões de inibição”, no dizer de F. BAUR ¹⁷¹⁸, pois mesmo quando houve uma primeira ingerência a sua eficácia da inibição diz respeito ao “possível ilícito futuro” ¹⁷¹⁹.

Por outro lado, o perigo de dano que possa advir do cometimento do ilícito é *absolutamente irrelevante* em sede inibitória ¹⁷²⁰ e, muito menos, o receio de dano *culposamente causado* pelo réu: a tutela inibitória apenas se atém ao acto potencial em si mesmo, independente de culpa do réu, *i.e.*, “sem valorar preventivamente os

¹⁷¹⁴ “Quem contrariar o disposto no parágrafo 3 pode ser demandado para remoção e, havendo perigo de repetição, para omissão. *O pedido de omissão pode ter lugar logo que preexistia ameaça de violação*”.

¹⁷¹⁵ *Profili* cit., 90. Decisões continuadoras desta jurisprudência de 1909 a 1955 estão identificadas apud RAPISARDA, *Profili* cit., 104 = *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 100.

¹⁷¹⁵ RAPISARDA, *Profili* cit., 90.

¹⁷¹⁶ Cf. KLAKA, *Die Einstweilige Verfügung* cit., 596; A. BLOMEYER, *ZPR* cit., 204; BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 43. Fala-se, então, numa *Verletzungsunterlassungsanspruch* (FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch* cit., 18).

¹⁷¹⁷ “Quem contrariar o disposto no parágrafo 3 pode ser demandado para *remoção* e, *havendo perigo de repetição*, para *omissão*. O pedido de omissão pode ter lugar logo que preexistia ameaça de violação”. Não há unanimidade terminológica: as primeiras podem ser designadas por *quasinegatorische Unterlassungsklagen* e as segundas como *negatorische Unterlassungsklagen* (assim, EVERS, *Die Begründung* cit., 65), mas a primeira designação pode ser também usada em sentido abrangente das *Beseitigungsklagen* — assim, SALJEN, *Quasinegatorischer Rechtsschutz* cit., 911, claramente na linha de LESSER, *Die Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung*, AcP 38 (1913), 106, e provavelmente porque o § 862/I BGB prevê os dois tipos de acção em conjunto. Já para F. BAUR, *Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der “vorbeugenden Unterlassungsklage”*, JZ 21/11–12 (1966), 381 = EBBING, § 1004 cit., Rdn. 9 e 10 o critério é o do objecto de protecção: *Negatorischer Unterlassungsanspruch* nos direitos absolutos (*v.g.*, a propriedade *ex vi* § 1004 BGB), *Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch* nos bens jurídicos legalmente protegidos (*v.g.*, posse *ex vi* § 862/I, a saúde), *Unterlassungsanspruch* nos interesses individuais legalmente protegidos (*v.g.*, concorrência leal).

¹⁷¹⁸ *Zu der Terminologie* cit., 382.

¹⁷¹⁹ RAPISARDA, *Profili* cit., 90 e 91.

¹⁷²⁰ Neste sentido, FRIGNANI, *Inibitoria* cit., 560 e RAPISARDA, *idem*, 88 e 89.

elementos subjectivos do futuro comportamento ilícito”¹⁷²¹, algo que desde o início do Século XX se começou a defender na jurisprudência alemã¹⁷²². A “*culpa condiciona unicamente a ressarcibilidade do dano*”, mas não a ilicitude do acto, conclui RAPISARDA¹⁷²³.

III. Comparando o pedido e os efeitos da acção inibitória com o pedido e os efeitos da *acção de simples apreciação*, em geral, e a simples apreciação negativa, em especial, apura-se que a sentença da acção inibitória passa pela “imposição de uma obrigação de comportamento que o sujeito passivo da acção deverá, de futuro, atender”, enquanto “na sentença de simples de apreciação negativa há uma simples afirmação da liberdade da esfera jurídica do autor perante os limites ou prejuízos que derivam do comportamento alheio, sem nenhuma fixação de obrigações jurídicas a cabo do réu”¹⁷²⁴.

Contrapostas com as acções de condenação com função de remédio, em geral, conclui-se que nestas o autor pede uma *tutela para um evento ilícito ou danoso já exaurido*, por meio de pretensões de cumprimento ou realização *proprio sensu* do direito violado, fundadas na invocação da ilicitude do incumprimento, ou por meio de pretensões de indemnização ou de reprecinação do estado inicial, fundadas no dano

¹⁷²¹ RAPISARDA, *idem*, 89.

¹⁷²² A partir do ac. RG 5/1/1905. Neste sentido, na doutrina antiga, LEHMANN, *RSchV* (fund. ENNECCERUS/KIPP/WOLF)¹⁵, 1958, 1013 e, actualmente, FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch* cit, 145: a culpa “está ausente das pretensões de inibição”.

¹⁷²³ *Profili* cit., 109. No mesmo sentido, FRIGNANI, *Inibitoria* cit., 560 e 561 e J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 119 (“a perturbação não precisa de gerar responsabilidade civil, mas de ser ilegal”). Naturalmente que não existe ilícito, nem, por conseguinte, necessidade de tutela, se o titular do direito estiver obrigado, legal ou negocialmente, a suportar o acto, como se afirma expressamente no § 1004/2 BGB (cf. EBBING, § 1004 cit., Rdn. 32 e J. BAUR/STÜRNER, *idem*, 121).

¹⁷²⁴ RAPISARSADA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 120. Isso vale também na contraposição com a acção de simples apreciação positiva, em que o autor obtém uma certeza quanto à titularidade de uma vantagem jurídica mas não uma obrigação para o réu cessar com a actuação que levou à necessidade de emanção da apreciação.

consumado ¹⁷²⁵; mas já nas acções de condenação em inibição o autor pede *uma tutela para um evento futuro* ¹⁷²⁶ — a ilicitude receada.

Mas dentro das acções de condenação importa isolar as *acções repressivas*, *azione di rimozione* ¹⁷²⁷ ou *Beseitigungsklagen*, em que o autor pede *uma tutela para os efeitos presentes (e, por maioria de razão, passados* ¹⁷²⁸) *de um evento ilícito que ainda não se tenha exaurido* ¹⁷²⁹, por meio de uma pretensão de condenação do réu ¹⁷³⁰ na repressão do estado inicial. O seu fundamento *não é a responsabilidade civil* ¹⁷³¹, mas previsões normativas isoladas.

Exemplos, entre outros ¹⁷³², de acções repressivas: o art. 70º, nº 2, *in fine* CC ¹⁷³³, a acção de reivindicação dos arts. 1311º ss. CC ¹⁷³⁴, a manutenção e restituição de posse dos

¹⁷²⁵ É o princípio da constituição na esfera jurídica do sujeito a quem o dano é imputado, da obrigação de reposição ou reconstituição *in natura*: repor a “situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (art. 562º CC). Repare-se na diferença da prestação devida: numa condenação por incumprimento ou no pagamento de indemnização trata-se de atingir um estado fáctico inexistente, enquanto na condenação de *restitutio in natura* caso trata-se de voltar a um estado fáctico prévio.

¹⁷²⁶ Neste sentido, FRIGNANI, *Inibitoria* cit., 560. Por isso, se o ilícito já se consumou num só acto isolado, não há lugar a inibição mas a responsabilidade civil (FRIGNANI, *idem*, 560).

¹⁷²⁷ Assim, RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 121.

¹⁷²⁸ BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 43, *a contrario* com a *Unterlassungsanspruch*.

¹⁷²⁹ J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 125 : a “perturbação ainda perdura ou existe um estado de qual novas perturbações podem ainda resultar”. No mesmo sentido, EBBING, § 1004 cit., Rdn. 64.

¹⁷³⁰ Defendendo que é uma acção condenatória, HELLWIG, *LdZPR* 1 reimp. 1980, 1912, 220 e J. BAUR/STÜRNER, *idem*, 127

¹⁷³¹ J. BAUR/STÜRNER, *idem*, 125, apesar de o efeito repressivo ser fácticamente idêntico.

¹⁷³² Ainda: a cessação dos actos que importem perigo de perecimento ou deterioração de coisa hipotecada (art. 2813º CC/It, a interdição de violações ou de continuação de violações ao direitos de patentes (art. 83º *r.d. n. 1127*, de 29 de Junho de 1939) e marcas (art. 63º *r.d. n. 929*, de 21 de Junho de 1942) — DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17 —, a cessação de violação do princípio da igualdade ao abrigo do *provvedimento per la parità tra l’uomo e la donna sul posto di lavoro* (art. 15º, 1ª al. legge n. 903, de 9 de Dezembro de 1977) — RAPISARDA, *Profili* cit., 87 e E. DINI/MAMMONE, *idem*, 18.

¹⁷³³ Independentemente da “responsabilidade civil a que haja lugar” a pessoa ameaçada ou ofendida “pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de (...) atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

arts. 1170º CC/It ¹⁷³⁵ e 1278º, nº 1 CC ¹⁷³⁶, as estatuições referentes ao direito ao nome, pseudónimo e imagem (arts. 7º a 10º CC/It ¹⁷³⁷), a cessação de emissões prejudiciais aos prédios vizinhos (arts. 844º CC/It ¹⁷³⁸ e 1346º CC); a acção de reposição da servidão (art. 1079º, segunda parte CC/It ¹⁷³⁹), as *Beseitigungsklagen* dos §§ 12 primeira parte BGB, 862/I primeira parte BGB ¹⁷⁴⁰, 886 BGB ¹⁷⁴¹, 1004/1 primeira parte BGB e outros preceitos idênticos nos Direitos Reais ¹⁷⁴², 140a/1 PatG ¹⁷⁴³, 15/1 GebrMG ¹⁷⁴⁴, 8/I UWG ¹⁷⁴⁵ e § 97/1 primeira parte UrhG ¹⁷⁴⁶, o *Interdito Proibitório* do art. 932º CPC/Br ¹⁷⁴⁷.

¹⁷³⁴ Considerando a acção de reivindicação como sanção repressiva, mas, implicitamente, não como próxima da sanção reparadora, que o AUTOR parece restringir apenas à responsabilidade civil — MENEZES CORDEIRO, *Dob* 2 cit., 246.

¹⁷³⁵ Contra, qualificando-as como inibitórias, RAPISARDA, *Profili* cit., 86; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17; P. PISANI, *LDPC* cit., 36 e 40.

¹⁷³⁶ Identicamente para ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário* I cit., 229, as acções de manutenção e de restituição de posse não seriam acções conservatórias, mas persocutórias, por nelas o direito já aparecer violado. Concordamos: trata-se sempre de repor a situação possessória anterior a um acto ilícito, seja este mais grave no seus efeitos materiais sobre o gozo da coisa — o esbulho — ou menos grave — a turbação. Neste sentido, vai RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 123, quando, na esteira da doutrina alemã, reconduz as acções represtinatórias a acções dirigidas contra “uma situação material de turbação”.

¹⁷³⁷ O traço comum é o seguinte: o titular do direito pode requerer judicialmente uma providência que imponha a cessação do facto lesivo, seja pela cessação dos comportamentos que impedem o seu exercício, seja pela proibição de outrem usar o nome ou pseudónimo — cf. RAPISARDA, *Profili* cit., 83. No sentido de se tratarem de acções inibitórias, ainda, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17.

¹⁷³⁸ RAPISARDA, *idem*, 85; E. DINI/MAMMONE, *ob. loc. cit.*

¹⁷³⁹ Em caso de turbação ou impedimento o titular da servidão pode requerer ao tribunal que ordene a cessação daqueles — cf. RAPISARDA, *idem*, 85; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17 e P. PISANI, *LDPC* cit., 38.

¹⁷⁴⁰ “O possuidor que seja perturbado na sua posse por actos proibidos poder exigir o afastamento da perturbação”.

¹⁷⁴¹ Prevê-se aqui que à inscrição registal provisória prevista no § 884 BGB como meio de segurança da pretensão de constituição, extinção ou modificação de direitos reais sobre imóveis, pode ser oposta uma pretensão de levantamento da mesma fundada numa objecção com carácter permanente.

¹⁷⁴² *V.g.*, §§ 1053 BGB (usufruto), 1017/II BGB (superfície), 1027 e 1090/ II BGB (servidões prediais e pessoais), 1065 BGB (uso), 34/II WEG (habitação), 1227 BGB (penhor), 1134 BGB (hipoteca). Além da uso da via de aplicação analógica a outros direitos absolutos como os direitos de personalidade a que já atrás fizemos referência.

A acção inibitória é diferente, pois o autor pede uma *tutela para efeitos futuros*¹⁷⁴⁸ desse mesmo evento ilícito que ainda não se tenha exaurido¹⁷⁴⁹ e ou que ainda irá ocorrer¹⁷⁵⁰, por meio de uma pretensão de condenação do réu à abstenção ou omissão, em ordem a atingir um resultado de *não ocorrência futura da ilicitude*.

Exemplos de acções inibitórias: o art. 70º, nº 2, 1ª parte CC¹⁷⁵¹, a acção de prevenção de posse (art. 1276º CC¹⁷⁵²); a “acção inibitória” destinada a obter a condenação na abstenção do

¹⁷⁴³ Prevê-se a eliminação dos objectos produzidos ilicitamente, salvo desproporcionalidade na medida.

¹⁷⁴⁴ Em sede de modelos de utilização “qualquer um tem contra titular registado o direito à eliminação da amostra de utilização”.

¹⁷⁴⁵ Em sede de concorrência desleal: “Quem contrariar o disposto no parágrafo 3 pode ser *demandado para remoção*” — cf., RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 121, nota 109.

¹⁷⁴⁶ “Quem violar o direito de autor ou outro direitos protegido por esta lei pode ser *demandado pelo autor para remoção* da infracção”.

¹⁷⁴⁷ Pelo mesmo interdito o possuidor que “*tenha justo receio* de ser molestado na posse” pode requerer que “o segure da turbação ou esbulho eminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”. Esta acção pode ser decretada sem audição prévia do requerido nos termos do art. 928º CPC/Br *ex vi* art. 933º CPC/Br.

¹⁷⁴⁸ BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 43, 46 (com direccionamento para o futuro (*Zukunftgerichtetheit*)); EBBING, § 1004 cit., Rdn. 76; J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 127. No entanto, a acção de reprecinação e a acção inibitória têm como fonte comum a *actio negatoria* latina (cf., por todos, MEDICUS, *MüKoBGB* 6, § 1004, Rdn. 1), *i.e.*, eram originariamente modos de defesa contra ingerências no direito de propriedade, que não dessem lugar à *actio rei vindicatio*.

¹⁷⁴⁹ EBBING, *ob. loc. cits.*; J. BAUR/STÜRNER, *ob. loc. cits.*

¹⁷⁵⁰ EBBING, *ob. loc. cits.*; J. BAUR/STÜRNER, *ob. loc. cits.*

¹⁷⁵¹ Independentemente da “responsabilidade civil a que haja lugar” a pessoa ameaçada ou ofendida “pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça”. Trata-se de uma acção inibitória segundo TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 27, mas, diversamente, ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 44, vê aqui uma remissão “para o procedimento cautelar comum dos arts. 381º segs.”. O nº 1 do art. 70º CC só por si garante uma tutela completa, de remédio e preventiva (“a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”).

¹⁷⁵² No nosso sentido: ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário* I cit., 229 e BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 21 e 23, onde a prevenção de posse era tida como um

uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais prevista do art. 25º CCG; a designada “acção inibitória” destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor do art. 11º, nº 4 LDC; a acção negatória do proprietário do art. 949º CC/It ¹⁷⁵³; a sentença de inibição de cláusulas contratuais abusivas do art. 37º, nº 2 CCon/It (= anterior art. 1469 *sexies* 1ª al. c.c. ¹⁷⁵⁴; as *Unterlassungsklagen* dos §§ 1 ss. UKlaG ¹⁷⁵⁵; as *Unterlassungsklagen* do § 12 segunda parte BGB, § 862/I segunda parte BGB ¹⁷⁵⁶, § 1004/1 segunda parte BGB, § 139/1 PatG ¹⁷⁵⁷, § 24/1 GebrMG ¹⁷⁵⁸, 8/I UWG *in fine* ¹⁷⁵⁹ e § 97/1 segunda parte UrhG ¹⁷⁶⁰; a acção de manutenção da servidão (art. 1079º, primeira parte CC/It ¹⁷⁶¹); a

exemplo de acção conservatória, *i.e.*, tendente a acautelar um prejuízo que se receia, sem pressuporem uma acção principal (BARBOSA DE MAGALHÃES, *idem*, 21); TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 27, qualificando-a, de igual modo, como acção inibitória, enquanto MENEZES CORDEIRO, *Dob 2* cit., 246, refere-a como exemplo de sanção preventiva.

¹⁷⁵³ Em caso de turbação ou “moléstia” o proprietário pode requerer ao tribunal que ordene a cessação daquelas”, mesmo que se venham a continuar *in futurum*. Cf. defendendo, uma natureza inibitória: MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., 190 ss., RAPISARDA, *Profili* cit., 84, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17, e P. PISANI, *LDPC* cit., 39.

¹⁷⁵⁴ Acções inibitórias para MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, RDP 52/1 (1997), 1 e MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza inibitória prevista dall’art. 1469 sexies c.c.*, RDP 57/1 (2002), 216.

¹⁷⁵⁵ Acções inibitórias em sede de cláusulas contratuais gerais, antes previstas no § 13º AGBG (sobre este, cf. RAPISARDA, *Profili* cit., 183 e 184 e *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 111 ss.

¹⁷⁵⁶ “O possuidor que seja perturbado na sua posse por actos proibidos (...) sendo de recear mais perturbações pode requerer uma inibição”.

¹⁷⁵⁷ “Quem utilize uma invenção patenteada em violação do disposto nos §§ 9 a 13, pode ser demandado em omissão por quem cujo direito foi violado”.

¹⁷⁵⁸ “Quem fizer uso de um modelo de utilidade em violação do disposto nos §§ 11 a 14, pode ser demandado em omissão por quem cujo direito foi violado”.

¹⁷⁵⁹ Em sede de concorrência desleal: “Quem contrariar o disposto no parágrafo 3 pode ser demandado para remoção e, havendo *perigo de repetição*, para *omissão*. O pedido de omissão pode ter lugar logo que preexistia ameaça de violação”. Cf. RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 121, nota 109.

¹⁷⁶⁰ “Quem violar o direito de autor ou outros direitos protegidos por esta lei pode ser demandado pelo autor para remoção da infracção e, havendo *perigo de repetição*, para *omissão*”).

cessação de concorrência desleal (art. 2599º CC/It); a interdição de violações ameaçadas ou já continuadas aos direitos de autor (art. 156º *legge* n. 633, de 22 de Abril de 1941 ¹⁷⁶²); a *repressione della condotta antisindacale* (art. 28º, 1ª al. StatLav ¹⁷⁶³).

Em suma: a acção inibitória é uma acção de relevância *ex ante* ou preventiva ¹⁷⁶⁴ de uma ingerência ilícita, enquanto a acção de reposição é uma acção de relevância *ex post* ou de remédio para uma ingerência ilícita, pressupondo esta ¹⁷⁶⁵.

De qual seja o seu fundamento material é algo a que daremos resposta como efeito secundário da nossa linha de investigação sobre o mérito cautelar.

C. Providências cautelares. Remissão

I. As “*provvidenze cautelari regolano il modo di accertare la lesione e non di ripararla*” declarava em 1943 o STJ, em decisão de 17 de Dezembro ¹⁷⁶⁶, tendo, assim, “natureza puramente preventiva” (STJ 7/5/1946 ¹⁷⁶⁷). Por seu turno, o ac. STJ 4/5/2000 recusa “tutela preventiva” para a pretensão do autor

Enuncia-se, assim, jurisprudencialmente, o inegável sentido de *prevenção* que a lei tem presente — *maxime*, art. 381º, nº 1, art. 700º CPC/It, arts. 798º e 273º corpo e (II) CPC/Br.

E na doutrina pode dizer-se que é dominante o entendimento, embora matizado, de que as providências cautelares desempenham em maior ou menor grau uma função preventiva da ocorrência de um dano ao direito ou interesse.

¹⁷⁶¹ Em caso de turbacção ou impedimento o titular da servidão pode requerer ao tribunal que ordene a cessação daqueles — cf. RAPISARDA, *Profili* cit., 85; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17. e P. PISANI, *LDPC* cit., 39.

¹⁷⁶² Cf. RAPISARDA, *idem*, 91 e 92 e E. DINI/MAMMONE, *ob. loc. cit.*

¹⁷⁶³ Qualificada como inibitória por E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 17.

¹⁷⁶⁴ Neste sentido, BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 44.

¹⁷⁶⁵ Neste sentido, HENCKEL, *Vorbeugender Rechtsschutz* cit., 98 ss. Em termos próximos, RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 121 ss. Já Diversamente, HELLWIG, *LdZPR* 1 cit., 220, opõe a prestação positiva das primeiras e à prestação negativa das segundas. Nada impede que se requeira a condenação em eliminação dos efeitos de um ilícito passado cumulada com pedido de abstenção, mas será, porventura, uma acumulação aparente já que a condenação do réu em restituir uma coisa esbulhada, por exemplo, repõe o estado inicial e obstaculiza à continuação da ilicitude.

¹⁷⁶⁶ RLJ 77 (1944), 107.

¹⁷⁶⁷ *Apud* MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 35. Identicamente, STJ 17/3/1993: a providência cautelar não especificada “exige a prevenção do dano futuro”.

Assim se passa tanto em Itália ¹⁷⁶⁸, como na Alemanha ¹⁷⁶⁹, como em França ¹⁷⁷⁰ e, sempre de modo esparso, entre nós nas doutrinas de ALBERTO DOS REIS ¹⁷⁷¹, SANTOS SILVEIRA ¹⁷⁷² ou de TEIXEIRA DE SOUSA ¹⁷⁷³. Também nos Estados Unidos já vimos O'CONNELL afirmar que as *preliminary injunctions* têm um objecto “preventivo, por natureza” ¹⁷⁷⁴, enquanto no Brasil OVÍDIO BAPTISTA escreve que o “que deveria caracterizar a tutela cautelar (...) seria a circunstância de ser ela uma forma especial de tutela preventiva” ¹⁷⁷⁵.

Por nossa parte, já antes notámos que as providências cautelares parecem ter como causa de pedir um receio, perigo ou iminência de um *dano que é futuro*, seja porque o *facto lesivo ainda não se produziu*, seja porque, ainda que se tenha produzido, “a sua potencialidade danosa” não está “já exaurida” ¹⁷⁷⁶. Por isso é que se negam providências cautelares quando o facto ilícito já tenha exaurido toda a sua pontencialidade danosa.

Por outro lado, os dados recolhidos na nossa análise do direito positivo indicaram-nos que não se trata de uma tutela de prevenção abstracta, *i.e.*, em face de um risco de dano, ou tutela de garantia, como sucede com a prestação judicial de caução. Trata-se, sim, de uma *tutela de prevenção concreta*, *i.e.*, em face de um perigo de dano — aparentemente o que tradicionalmente é designado como *periculum in mora*.

Portanto e perdoando-se algum possível excesso de voluntarismo nosso, *damos, assim, por adquirida a função preventiva da tutela cautelar*. Todos os dados — lei, jurisprudência e doutrina — vão nesse sentido.

¹⁷⁶⁸ CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 1942, 4; ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 12 ss); ZANZUCCHI, *DPC I cit.*, 165; CALVOSA, *Provvedimenti cit.*, 448; CARPI, *Provvedimenti cit.*, 630; P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.p.c. cit.*, 389–391, mas absorvendo também uma função repressiva quando se trate de dano já iniciado, mas ainda não consumado, *idem*, 390; TOMMASEO, *I provvedimenti cit.*, 133 e 134, esp. 134, nt. 23; RAPISARDA, *Profili cit.*, 134 e *Tutela cit.*, 138–139; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti cit.*, 18 e 19.

¹⁷⁶⁹ Já LEHMANN, *RSchV cit.*, 1008–1009, era dessa opinião. Actualmente, em sede constitucional, cf., nesse sentido, SCHULZE-FIELITZ, *Art. 19 IV cit.*, Rdn. 113.

¹⁷⁷⁰ DMEZ/PANIER *L'autonomie cit.*, 48.

¹⁷⁷¹ *A figura cit.*, 17: “A função do processo cautelar é nitidamente *preventiva*; a actividade jurisdicional que por meio dele se exerce visa *a acautelar um prejuízo que se receia*”.

¹⁷⁷² *Processos cit.*, 10.

¹⁷⁷³ *Sobre a teoria cit.*, 100, falando em função declarativa preventiva não autónoma, e *O objecto cit.*, 112.

¹⁷⁷⁴ *Remedies cit.*, 34.

¹⁷⁷⁵ *Do processo cit.*, 4. Cf. ainda, *idem*, 9 ss.

¹⁷⁷⁶ P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.p.c. cit.*, 390.

II. Contudo, não devemos dar esta conclusão como fechada, pois bem pode perguntar-se se a prevenção do perigo de dano é, *em si mesma*, o *objecto da apreciação cautelar* ou se, pelo contrário, não será apenas uma *razão* para acelerar a obtenção de tutela que se conseguiria por via cautelar, cumprindo, aliás, o princípio da celeridade processual.

Por exemplo, pegando na *tutela antecipatória* do art. 273º CPC/Br corpo e (i) onde se lê que “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verosimilhança da alegação e (I) haja *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*”, bem se pode perguntar se este perigo é o *objecto* da decisão ou se é um *pressuposto* dessa decisão. Ou, pegando noutro exemplo, quando o nosso art. 381º, nº 1 estabelece que “Sempre que alguém mostre *fundado receio* de que outrem *cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito*, pode requerer a *providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*” também se pode novamente perguntar se este perigo é o *objecto* da decisão ou se é um *pressuposto processual* dessa decisão.

No primeiro caso, a relevância do perigo implicaria, na *causa de pedir* e no *pedido*, uma *decisão com um objecto diverso do que seria o objecto da tutela plena*. Poder-se-ia, então, concluir que as providências cautelares realizam uma função autónoma de prevenção, *i.e.*, diferente da função de remédio. No segundo caso estaríamos perante um mero pressuposto de concessão antecipada de tutela — o interesse em agir — e que redundaria nisto: o legislador em vez de abstracta e cegamente fixar vias antecipatórias para uma categoria de direitos ou de litígio teria previsto uma cláusula geral que permitiria *ad hoc*, caso a caso, decidir pela saída da via de tutela plena e a entrada na via da tutela antecipatória.

Nós já procurámos dar essa resposta, quando, após a análise do direito positivo, conseguimos arrumar a tutela de urgência em dois grupos: a tutela dotada de identidade com o mérito da tutela plena e a tutela desprovida de identidade com o mérito da tutela plena. Na primeira o perigo surgia como *ratio legis* ou como interesse processual; na segunda, o perigo surgia como *causa petendi*.

No entanto a incerteza que existe na doutrina, em especial na alemã, quanto à função desempenhada pelo *Verfügungsgrund* e os paradoxos então enunciados — existência de providências antecipatórias dos efeitos da sentença de mérito, proibição da tutela cautelar esvaziar de utilidade a acção principal, caducidade da medida cautelar por superveniência de caso julgado contrário na eventual acção principal, valor das providências cautelares antecipatórias como regulação do litígio de facto ou de direito — colocaram em dúvida a validade dogmática daquela oposição.

Escrevemos então que não tínhamos informação suficiente para resolver estes paradoxos e assim permanecemos.

Na realidade, uma tutela antecipatória por perigo concretamente alegado, maxime o art. 472º, não será substantivamente a mesma coisa que uma tutela cautelar antecipatória? Não haverá uma unidade entre as duas vias de tutela, afinal? O perigo de dano não será sempre o mesmo mas com relevância processual diversa?

III. Mas, mesmo que se venha a concluir o *periculum in mora* é questão de mérito e não interesse processual, isso não nos deixa em sossego. Pois, se, por um lado, essa conclusão fechará um problema, levantará outros.

O primeiro problema é o da relação entre perigo de ilícito, relevado pelas acções inibitórias, e o perigo de dano, relevado nas providências cautelares, ou, em termos simples, entre o fundamento da tutela inibitória e o fundamento da tutela cautelar.

O segundo problema consiste em saber se se pode efectivamente identificar o perigo de dano com o *periculum in mora* como temos vindo a fazer até ao momento, ou se o perigo de dano e *periculum in mora* são coisas diferentes. Por outras palavras, se a causa do perigo de dano é a mora processual ou se é extraprocessual, exterior ao problema dos tempos processuais. É, afinal, o sentido de uma pergunta que atrás enunciámos e que ainda não obteve respostas: porque é que nuns casos a alegação de perigo de dano é um pressuposto processual de tutela de urgência antecipatória e em outros casos a alegação de perigo de dano integra, ela mesma, a causa de pedir de uma tutela de urgência cautelar?

O terceiro problema é já doutrinal: a afirmação — dominante como se viu — de uma função preventiva às providências cautelares é, ao mesmo tempo, congruente com uma tutela de direitos e interesses legalmente protegidos e incongruente com a asserção da mesma doutrina de uma função de salvaguarda do efeito útil da acção de mérito, algo que parece ser próprio da prossecução da dimensão objectiva do direito ao processo. Mais: a desvalorização das providências cautelares para uma *mera acção* ¹⁷⁷⁷, é também absolutamente incompatível com uma tutela de direitos e interesses, que implica qualificar o meio processual como uma *acção*.

IV. Por tudo isto, impõe-se investigar qual é o objecto da prevenção cautelar.

D. Meios avulsos

I. Finalmente, há meios processuais avulsos e autónomos pelos quais o titular de um direito o pode defender de um perigo de dano. Esses meios não são formalmente nem acções inibitórias, nem providências cautelares e caracterizam-se por permitir a satisfação antecipada do direito, se necessário em processo executivo.

¹⁷⁷⁷ Cf. § 2º 3, III.

Assim sucede entre nós com a venda antecipada de penhor, tanto pelo credor, bem como pelo autor do penhor, mediante *prévia autorização judicial*, ao abrigo do art. 674º, nº 1 CC. Ela desempenha claramente uma função de prevenção de dano concreto — pode ter lugar sempre “que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore” — e, no, entanto é objecto de um procedimento autónomo, como manda a parte final do mesmo nº 1.

Na Alemanha o § 1133, 2ª parte BGB dispõe algo de parecido para a hipoteca. Relembre-se que a 1ª parte desse parágrafo autoriza o credor a “*fixar um prazo determinado* ao proprietário para remoção do perigo”, quando, em consequência de uma degradação do prédio fundiário, a “segurança da hipoteca sobre prédio ficar ameaçada”. Ora, podemos acrescentar agora que, se findo aquele prazo o devedor nada fizer, o credor *pode executar a hipoteca* (§ 1133, 2ª parte BGB), como forma de prevenção do dano.

Também entre nós se “por causa não imputável ao credor, a coisa hipotecada perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente para segurança da obrigação, tem o credor o direito de exigir que o devedor a substitua ou reforce” e, não o fazendo “este nos termos declarados na lei de processo, pode aquele exigir o imediato cumprimento da obrigação ou, tratando-se de obrigação futura, registrar hipoteca sobre outros bens do devedor” (art. 701º CC).

II. As consequências teóricas destes exemplos são importantes, em nosso modesto entendimento. Confirma-se algo que já observáramos na autotutela: **o perigo de dano concreto pode tornar lícita**, mediante norma permissiva, **a realização, antes do tempo juridicamente devido, do próprio direito posto em perigo**. O perigo de dano não legitima, por conseguinte, apenas constituição de garantias ou, se quisermos, actos de segurança, mas a antecipação da própria satisfação do direito em perigo.

Em tempo faremos uso destes dados para suportar as nossas teses.

SECÇÃO II — OBJECTO DA PREVENÇÃO CAUTELAR

§ 9º DOCTRINA

1. *Efeito útil da acção principal*

1.1. *Enunciado*

I. Vejamos o que se sabe, actualmente, quanto à natureza da pretensão que subjaz ao pedido de tutela cautelar. Encontramos contributos tanto em sede cautelar típica, como em sede cautelar atípica, pelo que vamos procurar arrumá-los de modo coerente e útil. No essencial, pode dizer-se que a doutrina divide-se entre quem defende tratar-se de uma *acção sem conteúdo específico*, quem entende que se trata do exercício de uma *pretensão processual* de cautela, quem entende que se trata do exercício de um *poder substantivo* de cautela, autónomo ou acessório do dever principal, e quem vê um exercício do *próprio direito acautelando*.

II. A propósito das providências cautelares são frequentes enunciados que revelam ter em comum uma ideia subjacente: *quando se pede uma providência cautelar, como o direito ainda não está acertado judicialmente, apenas se está a exercer um mero poder processual sem fundamento material*. Pois, se não se sabe se o requerente é titular ou não do direito e ainda assim ele obtém uma tutela, a sua legitimação há-de ser extra-substantiva. Esta linha de pensamento pode dizer-se, sem imprecisão, que é *tendencialmente italiana*, tanto na sua génese como no seu apoio.

Efectivamente, remonta à doutrina mais antiga de Itália, como a de CHIOVENDA. Este AUTOR afirmava ser o procedimento cautelar uma “*mera acção*” ou *acção sem direito* que “não pode considerar-se como acessório do direito acautelado, porque aquela existe como poder actual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”¹⁷⁷⁸. Por seu lado, CARNELUTTI exprimia o resultado alcançado dessa mera acção como uma simples “*sistematização de facto*”¹⁷⁷⁹.

No entanto, no início do século XX KISCH exprimiu de modo bastante incisivo um ponto de vista semelhante, segundo o qual o *Arrest* e demais processos cautelares integrariam o grupo das acções constitutivas que “nada têm a ver com os direitos

¹⁷⁷⁸ *IDPC I* cit., 249–250. Na sua linha directa, ZANZUCHI, *DPC I* cit. 165.

¹⁷⁷⁹ *LDPC II*, 1926, 68.

materiais privados ou (...) que apresentam apenas uma relação indirecta mais remota com eles”, desempenhando, por isso, uma “função secundária” ¹⁷⁸⁰. Na verdade, esse grupo de acções não “satisfaz directamente a função principal do processo civil, em particular a realização da ordem jurídica privada” ¹⁷⁸¹. Seriam, assim, acções constitutivas com objecto processual ¹⁷⁸², sem ligação a uma relação material controvertida, pois ou são colocadas antes de um litígio ou ainda aquele esteja pendente não lhe tocam, sequer ¹⁷⁸³.

III. Esta visão permanece actual e popular, particularmente em Itália, quase como um dado adquirido quanto ao que é uma providência cautelar.

Ainda hoje CONSOLO afirma que na “acção cautelar não se deduz (...) um direito subjectivo substantivo verdadeiramente autónomo (...), mas (...) uma hipótese de uma mera acção” ¹⁷⁸⁴.

Com frequência a ideia de *mera acção* aparece, expressa ou implicitamente, como sinónimo de *instrumentalidade cautelar*, entre AUTORES como FORTINO em sede especial de arresto ¹⁷⁸⁵, M. DINI e E. DINI/MAMMONE ¹⁷⁸⁶, ou MONTELEONE ¹⁷⁸⁷.

Mas, absolutamente notáveis pela síntese actualista desta tese são as afirmações de FRAU: quando o direito não está acertado o “ordenamento jurídico não pode reconhecer já no plano substantivo, uma faculdade que seja uma expressão de um mero *fumus*” mas “dota o sujeito privado do *poder processual* de dirigir-se ao juiz para que este (...) decida se é oportuno fornecer à cautela uma situação que é de facto” ¹⁷⁸⁸. Por isto, o “objecto processual não poderá (...) consistir na tutela directa de uma pretensão material, nem mesmo quando a sua modalidade de operação seja concretamente antecipatória” ¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁰ *Beiträge zur Urteilslehre* reimp. 1969, 1903, 148.

¹⁷⁸¹ *Beiträge* cit., 148.

¹⁷⁸² *Beiträge* cit., 162.

¹⁷⁸³ *Beiträge* cit., 162.

¹⁷⁸⁴ *SpDPC I* cit., 302.

¹⁷⁸⁵ O arresto visaria “assegurar a eficácia prática da providência definitiva, que servirá por seu turno para realizar o direito substantivo” (*Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, 1988, 97 e 98).

¹⁷⁸⁶ *La denuncia* cit., 79 e *I provvedimenti* cit., 68, falando em “mera acção”.

¹⁷⁸⁷ Os *provvedimenti* do art. 700º CPC/It, antes de 2006 eram “uma projecção reflexa” da acção principal” (*DPC* cit., 1206).

¹⁷⁸⁸ *La riforma del processo cautelare: finalità politiche e fonti reali*, GI 144/IV (1992), 477.

¹⁷⁸⁹ *Idem*, 477.

Paradoxalmente, como se vê, esta mesma doutrina, como já CALAMANDREI ¹⁷⁹⁰ o fizera, aceita que as providências cautelares desempenhem em maior ou menor grau uma função preventiva da ocorrência de um dano ao direito subjectivo ou interesse e alguma dela, como CHIOVENDA ¹⁷⁹¹ ou como M. DINI ¹⁷⁹², afirma mesmo a sua autonomia perante o processo declarativo e o processo executivo.

IV. Por seu turno, na Alemanha HEINZE também defende que as providências cautelares são um mero procedimento sem objecto processual ¹⁷⁹³.

Em primeiro lugar, a sua função consiste em “realizar a satisfação da garantia de tutela jurisdicional através da reserva da capacidade da sentença final” ¹⁷⁹⁴. Esse escopo é atingido através da “salvaguarda do *status quo* processual perante modificações que possam prejudicar ou colocar em perigo a realização do direito na acção principal” ¹⁷⁹⁵.

Deste modo, as *einstweiligen Verfügungen* salvaguardam a funcionalidade do processo e não uma posição jurídica material, ainda que de segurança ¹⁷⁹⁶. Uma satisfação autónoma do direito (*Selbstbefriedigung*) estaria, de todo excluída, competindo apenas à acção judicial ¹⁷⁹⁷.

Em segundo lugar, no quadro global do sistema de tutela, a autotutela, as cautelas e a acção principal estariam num plano de graduação: as primeiras seriam substitutas das segundas, carentes da ratificação judicial, cumprindo uma *Rechtfertigungsfunktion*; as segundas seriam uma segurança da acção principal dados os limites temporais desta, cumprindo uma *Sicherungsfunktion* ¹⁷⁹⁸.

Em suma: as providências cautelares seriam apenas uma parte, não autónoma ¹⁷⁹⁹ — preparatória, diríamos — do direito à tutela que apenas se realiza pela sentença da acção principal.

V. Por fim, na nossa doutrina, claramente tributária da italiana, ANSELMO DE CASTRO ¹⁸⁰⁰ afirma que a providência cautelar é uma “mera [...] medida” e,

¹⁷⁹⁰ *Introduzione* cit., 16 ss.

¹⁷⁹¹ *PDPC* cit., 50.

¹⁷⁹² *La denunzia* cit., 80 ss.

¹⁷⁹³ *Vor § 916* cit., Rdn. 33–34.

¹⁷⁹⁴ *Vor § 916* cit., Rdn. 12.

¹⁷⁹⁵ *Vor § 916* cit., Rdn. 13.

¹⁷⁹⁶ *Vor § 916* cit., Rdn. 11 e 33.

¹⁷⁹⁷ *Vor § 916* cit., Rdn. 9.

¹⁷⁹⁸ *Vor § 916* cit., Rdn. 9.

¹⁷⁹⁹ *Vor § 916* cit., Rdn. 11.

¹⁸⁰⁰ *DPCD I* cit., 130.

identicamente, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA ¹⁸⁰¹ escrevem tratar-se de um “mero preliminar” ou “mero incidente”. Na doutrina recentíssima, como de J. RAMOS PEREIRA, fala-se também em meros “expedientes jurídicos” ¹⁸⁰².

Também nesta linha se deve entender a opinião de TEIXEIRA DE SOUSA de que o objecto de salvaguarda da tutela cautelar “não é a situação cuja tutela se antecipa, garante ou regula, mas a própria antecipação, garantia ou regulação” ¹⁸⁰³, pois “*distinta do exercício judicial de um direito* é a solicitação de uma garantia ou de uma regulação transitória até à sua apreciação definitiva” ¹⁸⁰⁴. Efectivamente, também esta última opinião traz associado o entendimento, paradigmático em CALAMANDREI, de que estamos perante as “*garantias da garantia*” ¹⁸⁰⁵, ou seja, a salvaguarda da utilidade ou eficácia da tutela final.

1.2. *Apreciação crítica: refutação da instrumentalidade hipotética*

I. O entendimento de que pode existir um instrumento processual sem direito material exercido actualmente, no momento da sua produção, é, ao mesmo tempo, absolutamente **contraditório** nos seus próprios termos abstractos — *exerce-se um não direito?* — e negador dos efeitos concretos que do uso deste instrumento processual podem advir — *maxime*, obrigações, constituição de situações jurídicas.

De facto, como é que uma *mera acção* pode *satisfazer, com maior ou menor intensidade de intervenção, um litígio*, sem que passe pelo exercício de poderes materiais, que são os que constitucionalmente fundam a existência da tutela jurisdicional? Como escreve JANNUZZI ¹⁸⁰⁶ “uma limitação, ainda que provisória, ao exercício de um direito subjectivo não pode ser decretada pelo juiz, senão quando essa esteja prevista por uma norma de direito substancial”.

Usando a velha terminologia do Código de Processo Civil se a “todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada” (art. 2º, nº 2), ou seja, se o processo é funcionalmente instrumental dos direitos subjectivos torna-se incompreensível “como possa ser decretada uma medida cautelar, sem que esteja relacionada com um direito substantivo pressuposto como existente “ ¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰¹ MPC cit., 24.

¹⁸⁰² *Prontuário II* cit., 15.

¹⁸⁰³ *Estudos* cit., 239.

¹⁸⁰⁴ *Estudos* cit., 239.

¹⁸⁰⁵ *Introduzione* cit., 22.

¹⁸⁰⁶ *Per la ricerca di un diritto sostanziale di cautela*, GCiv 1 (1951), 582.

¹⁸⁰⁷ JANNUZZI, *Per la ricerca* cit., 583.

É certo que a doutrina dominante resolve tradicionalmente este paradoxo com o conceito já enunciado de *instrumentalidade hipotética* — o tribunal concede a tutela cautela fundado “na hipótese de uma futura composição definitiva, favorável ao requerente”¹⁸⁰⁸ ou seja, “*admitindo* que na acção principal ele será dado por existente”¹⁸⁰⁹. Contudo, a ideia de instrumentalidade hipotética, assim entendida, merece-nos as maiores reservas.

II. Em primeiro lugar, afirmar que quando o tribunal concede uma providência cautelar protege um direito hipotético, “*admitindo* que na acção principal ele será dado por existente” no dizer de PALMA CARLOS, é uma inaceitável *sobrevivência do conceito material ou concreto de direito de acção*¹⁸¹⁰.

O direito de acção caracteriza-se pela abstracção, pois exerce-se desde que se alegue um fundamento material, independentemente de se confirmar ou infirmar esse fundamento; ao exercício do direito de acção num dado processo pode nunca vir a corresponder um exercício de direitos materiais¹⁸¹¹. Por outras palavras: *ao direito de acção é indiferente o sentido da decisão final*.

Porém, em sede cautelar continua a defender-se que as providências cautelares são legítimas processualmente, *porque* servem um direito (ao tempo, hipotético) que a acção final confirmará; ou seja: *releva-se o sentido da decisão final/principal para aceitar a existência de meios cautelares*¹⁸¹². Faltando essa confirmação quer de modo condicionado — visto que o direito feito valer cautelarmente não só não é declarado no procedimento cautelar, como é mantido como incerto —, quer de modo final —, sobrevivendo sentença de sentido contrário — então a única conclusão logicamente aceitável é apenas uma: não houve um verdadeiro exercício de um direito de acção, pois sem direito certo, não há direito de acção. Houve apenas uma mera acção ou mero instrumento processual, porque sem fundamento material, como se disse anteriormente.

De um ponto de vista dogmático tal é inaceitável, repetimos, pois trata-se de uma concepção que, devido a esta incoerência lógica interna, há muito que foi afastada pela

¹⁸⁰⁸ CASTRO MENDES, *DPC I* cit., 254.

¹⁸⁰⁹ PALMA CARLOS, *Procedimentos* cit., 240.

¹⁸¹⁰ No mesmo sentido, D. DORIA, *A tutela* cit., 38, seguindo OVÍDIO BAPTISTA.

¹⁸¹¹ Este aspecto é particularmente criticado por ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, RDP 13/1 (1936), 24 ss, que, ao defender que há uma acção cautelar, relembra a natureza abstracta ou formal do conceito de acção, independente da efectiva existência do direito alegado.

¹⁸¹² Assim, CURA MARIANO, *O procedimento* cit., 22, quando escreve que o direito a obter uma providência cautelar pode “até constituir-se sem que o direito substantivo exista, pois basta-se com a sua aparência”.

teoria geral do processo ¹⁸¹³. Na crítica certa de CARRATTA, se o “exercício do direito de acção, seja esta cautelar, sumária ou ordinária, prescinde da existência de um direito substancial (...), não se vê por que apenas no caso da acção pressuposta pelas providências cautelares (...) se possa falar em mera acção” ¹⁸¹⁴.

III. Mas não é de estranhar esta curiosa sobrevivência em sede cautelar de uma visão já posta de lado de modo consistente.

É que a sua permanência é *uma consequência ou efeito colateral do pensamento dominante de que a providência cautelar salvaguarda o efeito útil da acção*. Pois, no limite, sendo este, como nota e muito bem, D. DORIA, “garantir o resultado útil do processo significaria garantir uma sentença de procedência” ¹⁸¹⁵, desvaloriza-se na explicação do instituto *qualquer outro cenário que não seja o da procedência*.

Mesmo de um ponto de vista prático, dos efeitos de facto e dos efeitos jurídicos, a posição de que a providência cautelar é uma mera acção, ignora que, pelo menos nos sistemas em que não há ónus de abrir a acção principal, apesar da não declaração do direito, seguramente que houve processualmente e materialmente um efectivo exercício do direito de acção, gerador de efeitos materiais para as partes.

Ou seja, está-se a ignorar por completo — e ao contrário do que a nossa análise de direito comparado mostrou — que a tutela cautelar pode ser a tutela final para os sujeitos envolvidos, não apenas de um ponto de vista prático-social, mas de um ponto de vista jurídico-processual. Ora, se isso é possível na Alemanha, em França e em Itália, então apenas não o é entre nós por opção legislativa, mas que não deve turvar a visão da tutela cautelar como uma tutela *a se*. A *sobrevida* do arrolamento especial de bens do art. 427º, nº 1, está aí para o demonstrar.

Estamos pois perante uma verdadeira tutela de direitos e não apenas um mero auxiliar processual.

IV. *Em segundo lugar*, subjacente a esta visão do conteúdo do direito de acção em sede cautelar, parece postular-se, sem cuidar de pôr à prova se assim é, que o direito de acção apenas se exerce *declarando* o direito, *i.e.*, cumprindo todas as exigências do

¹⁸¹³ Efectivamente, o direito de acção é um *direito formal*, absolutamente independente do direito material: um “mero direito de uso da função jurisdicional”, existente “em toda a causa processual, atinja ou não esta uma decisão de mérito” (TEIXEIRA DE SOUSA *Sobre a teoria* cit., 26 e 27 = *O objecto* cit., 50 e 51, visão que corresponde à da *Justizanspruch* de VOLLKOMMER, *Der Anspruch* cit., 197). Por isso é que no modelo supranacional de garantias processuais garante-se ao sujeito que instaura um processo uma *decisão* sobre a sua pretensão, mas não uma *decisão favorável* dessa mesma pretensão. Cf. § 4º 2.1., I.

¹⁸¹⁴ *Profili* cit., 103, nota 88.

¹⁸¹⁵ *A tutela* cit., 38.

modelo supranacional de garantias processuais, e que na ausência dessa declaração não houve exercício de direito de acção.

Isto também já foi notado criticamente por OVÍDIO BAPTISTA ¹⁸¹⁶: apenas pela declaração os direitos poderiam ser tutelados processualmente, pelo que na sua ausência não haveria tutela.

V. *Em terceiro lugar*, a tese da mera acção parece ser ainda um resquício do *preconceito* oitocentista negador da função processual preventiva, de que os direitos se exercem judicialmente apenas perante uma violação, um dano, um incumprimento, e cuja crítica escusamos de repetir ¹⁸¹⁷. Essa visão foi ultrapassada em sede de acção inibitória, mas permanece em sede cautelar: continua a dizer-se que não há exercício de pretensões materiais em procedimentos em que se peça ao tribunal que regule as relações inter-individuais.

Revela-se, deste modo, uma *insuficiente dogmática sobre a funcionalidade e conteúdo das situações jurídicas activas substantivas*. Este fenómeno não é historicamente novo: também na Alemanha, em sede de acções inibitórias, houve igual resistência inicial a que estas tivessem suporte material, em pretensões de omissão ou outro, o que levou a qualificar aquelas acções precisamente como mero instituto processual ¹⁸¹⁸. Semelhantemente, em sede cautelar continua a negar-se que se possa encontrar no seio material uma pretensão de cautela.

VI. Por último, postula-se sempre uma variação do objecto processual, correlativa com uma variação do meio de tutela: um não direito — *i.e.*, uma situação de facto — na tutela cautelar e um direito na tutela plena, apesar de respeitantes ao mesmo litígio e de terem efeitos actuais sobre as esferas jurídicas das partes.

Uma tal variação não parece corresponder à realidade jurídica: como já atrás escrevemos a propósito dos meios extrajudiciais de tutela preventiva concreta o *objecto mantém-se o mesmo independentemente do meio processual ser autónomo ou ser instrumental*. É sempre o mesmo direito material, e correlativamente a mesma norma permissiva substantiva, que estão a ser protegidos/aplicados em termos actuais ao momento da tutela, mesmo que conjugados com outras normas, em sede de causa de pedir.

¹⁸¹⁶ *Do processo* cit., 62 (embora na sua perspectiva pessoal de que pela cautela se exerce um direito material à segurança de um direito subjectivo): tanto CHIOVENDA quanto CALAMANDREI consideravam que como “a tutela de simples segurança não poderá certificar a existência efectiva do direito assegurado, concluíam que a parte ‘ não tinha direito ’ que correspondesse à acção cautelar”.

¹⁸¹⁷ Remetemos para o § 8º 2.1., II.

¹⁸¹⁸ Cf., adiante, o §10º 1.3.2., III.

Mesmo uma realização/cumprimento — uma antecipação na terminologia cautelar corrente — podem ter lugar tanto em sede cautelar, como já antes o podem em sede de autotutela, como ainda por via de meios preventivos avulsos.

VII. Importará, por isto, ou afastar o conceito de instrumentalidade hipotética ou dar-lhe um novo sentido, algo que faremos adiante ¹⁸¹⁹.

1.3. (Conclusão): refutação de uma natureza pública da tutela cautelar

I. Mas, adicionalmente, a tese dominante na doutrina de influência italiana apresenta uma **segunda contradição**, já atrás notada, entre a afirmação de que a tutela cautelar é preventiva de dano ao direito subjectivo ou interesse e a afirmação de que garante o efeito útil da acção principal.

Não é possível manter as duas afirmações ao mesmo tempo, pois elas apontam para sentidos opostos: a primeira deveria levar à conclusão de que a cautela é ainda uma *tutela civil de direitos e interesses legalmente protegidos* e que, por isso, se reporta a uma concreta situação jurídica material tutelanda; a segunda deveria levar à conclusão de que a providência cautelar tutela o *interesse público da paz social e da segurança jurídica*, consequentes da eficácia a acção de mérito, sendo secundária a vantagem, apenas e somente, *de facto* que tal acarreta para o sujeito jurídico, pois enquanto funciona nenhum direito se tutela.

É uma contradição sobre a qual se tem estruturado toda a *reflexão moderna* ¹⁸²⁰ da tutela cautelar, logo desde o seu nascimento com a sistematização teórica levada a cabo por CALAMANDREI em 1933. Como bem já foi notado por CONSOLO ¹⁸²¹, esta reflexão se, por um lado, “acentuou o pólo publicístico do poder jurisdicional cautelar”, por outro também acentuou o pólo “privatístico e individual da tutela de um específico direito substantivo, embora secundário, do recorrente”.

Contudo, esta contradição tem-se mantido até à actualidade, acompanhando a doutrina da mera acção. Exemplo actual deste tipo de raciocínio é a afirmação M. DINI de que “se o fim último das providências cautelares é aplicar o direito, o fim próximo é o de assegurar a eficácia prática da providência definitiva” ¹⁸²².

¹⁸¹⁹ No § 12º 2.3.3.B.

¹⁸²⁰ Expressão de CONSOLO, *Riproposizione (dell’istanza cautelare respinta) e preclusione*, Il nuovo processo cit., 51.

¹⁸²¹ *Idem*, 51.

¹⁸²² *La denunzia* cit., 51.

II. Esta tensão interna na doutrina dominante apenas pode ser quebrada tomando um de dois sentidos: ou atribuir ao objecto e função da tutela cautelar uma *natureza pública/objectiva*, ou atribuir ao objecto e função da tutela cautelar uma *natureza privada/subjectiva* — distinção ou oposição para que chamámos a atenção, preliminarmente, no início desta investigação.

No primeiro sentido, foi já defendido doutrinalmente que a *tutela cautelar tem natureza administrativa em que o interesse prosseguido é o interesse público da paz jurídica* — uma chamada função de polícia processual. Tal é a opinião recente de MONTESANO/ARIETA ao apontarem-lhe um “carácter mais acentuadamente publicístico”, em razão da função de salvaguarda da tutela jurisdicional ¹⁸²³.

Vários aspectos do regime cautelar dir-se-ia serem, precisamente pouco consentâneos com o *modus* de como se cumpre a função jurisdicional: um uso de poderes discricionários ou aparentemente discricionários pelo juiz, na escolha da medida concretamente adequada, uma diminuição ao princípio dispositivo e ainda a inexistência de valor de caso julgado. São esses mesmos dados que em FRANÇA conduzem DOMEZ/PANIER ¹⁸²⁴ a afirmar que a autonomia do *référé* residiria na natureza administrativa dos poderes, exercidos “segundo critérios de oportunidade, usando opções largamente discricionários” e na Alemanha fazem aproximar a tutela cautelar da **jurisdição voluntária** como já foi defendido por A. BLOMEYER ¹⁸²⁵.

Este sempre foi, aliás, o pensamento dos pais fundadores do paradigma dominante da tutela cautelar: CHIOVENDA, CARNELUTTI e CALAMANDREI. Ou seja: **a tutela cautelar nasceu sob o signo de uma natureza tendencialmente pública**.

Assim, CHIOVENDA defendia que o “direito à providência cautelar é um direito do Estado, fundado na necessidade geral da tutela do direito”, criado para manter a utilidade e adequação da função jurisdicional, cabendo ao autor apenas “provocar o seu exercício no caso concreto” ¹⁸²⁶. Por seu turno, para CALAMANDREI as providências cautelares constituíam uma *zona de fronteira* ¹⁸²⁷ entre a função jurisdicional e a função administrativa de polícia — uma “espécie de polícia judicial” ¹⁸²⁸ — e que “mais que no interesse individual, dispõem no interesse da administração da justiça, de que garantem o bom funcionamento e também poder-se-ia dizer, o bom nome” ¹⁸²⁹. À época também LANCELOTI atribuía às cautelas “muitos pontos de contacto” com a tutela preventiva

¹⁸²³ DPC III cit., 209–210.

¹⁸²⁴ L’*autonomie* cit., 48.

¹⁸²⁵ ZPR cit., 697 ss, esp. 699. Em Itália, implicitamente, por E. DINI/MAMMONE, / *provvedimenti* cit., 202.

¹⁸²⁶ IDPC I cit., 250.

¹⁸²⁷ *Introduzione* cit., 144.

¹⁸²⁸ *Idem*, 144.

¹⁸²⁹ *Idem*, 144.

administrativa ¹⁸³⁰, com base no postulado de que “a tutela jurisdicional é repressiva” ¹⁸³¹.

Mas também na doutrina alemã, KISCH chegou à conclusão de que o conteúdo da decisão de *Arrest* enquanto medida de segurança “não pertence mais ao domínio da jurisdição” ¹⁸³².

III. Tal entendimento é merecedor de crítica da nossa parte.

A crítica situa-se no plano da funcionalidade do processo e já foram enunciadas por TOMMASEO ¹⁸³³ e M. DINI ¹⁸³⁴: há uma incompatibilidade com a posição constitucionalmente atribuída ao processo de instrumentalidade perante os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos.

Como nós mesmos atrás demonstrámos quando enunciámos a função instrumental do processo ¹⁸³⁵, a tutela processual é estruturada, não no interesse da garantia do ordenamento jurídico objectivo, mas “em função da vontade do cidadão” ¹⁸³⁶; não no interesse das normas, mas no interesse das posições jurídicas subjectivas. Por isso, bem pensa GRUNSKY quando escreve que a prossecução da “paz jurídica não constitui nenhum fim autónomo ou isolável do processo” ¹⁸³⁷ — nem prevalecente em face de outro, acrescentamos.

A paz jurídica surge sempre como consequência, não mais do que mediata, da realização dos direitos subjectivos: como escreve M. DINI “embora se possa reconhecer um escopo publicista nas providências cautelares, não se deve exagerar, porque é sempre o interesse privado que vem a ser tutelado”, *i.e.*, ela “cumpre o seu desidério no campo puramente processual e [por isso] é sempre posta ao serviço do interesse privado” ¹⁸³⁸.

Nisto, quer a doutrina de CALAMANDREI, quer, actualmente, HEINZE, têm laborado num erro que podemos designar de **hiper-instrumentalidade processual**: as normas de processo civil são tão instrumentais ao direito material que podem até ganhar um

¹⁸³⁰ *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, RDP 16/I (1939), 269.

¹⁸³¹ *Osservazioni* cit., 269.

¹⁸³² *Beiträge* cit., 162.

¹⁸³³ *I provvedimenti* cit., 71 ss.

¹⁸³⁴ *La denuncia* cit., 83.

¹⁸³⁵ Atrás no § 8º 1.1., IV.

¹⁸³⁶ SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht* cit., 153.

¹⁸³⁷ *GVR* cit., 3–4.

¹⁸³⁸ *La denuncia* cit., 83. Com a mesma ideia, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 202.

valor próprio que justifique a existência de um meio que as tutele a elas mesmas ¹⁸³⁹. Essa hiper-instrumentalidade está também muito clara na imputação feita por KISCH a certas acções constitutivas, onde o *Arrest* se incluiria, de uma função processual secundária, onde a realização do direito material estaria arredada, pelo menos directamente.

Trata-se claramente de uma fuga publicista do processo que inverte aquela hierarquia entre instrumentalidade concreta e instrumentalidade abstracta. Esta hierarquia é válida, não porque seja um dogma, mas porque é a que melhor corresponde à função constitucional e socialmente cometida ao processo.

Apesar disto, *a constante persistência por parte da doutrina latina na explicação calamandreiana da tutela cautelar alimenta*, intencionalmente ou não, *a publicização de um meio de tutela de direitos privados*. Ignorar essa eficácia de tutela privada é querer votar à *clandestinidade jurídica* as vinculações a que o requerido fica sujeito por força de uma medida cautelar.

IV. Deste modo, como bem escreve WALKER ¹⁸⁴⁰, tal como qualquer outra forma de tutela “também a tutela jurisdicional provisória é uma tutela de *direitos* [privados] ¹⁸⁴¹ e não uma pura tutela de *interesses*”, seja de interesses privados, seja de um interesse público, diríamos nós. É esse o objecto da alegação do requerente, da defesa do requerido e da apreciação do juiz. Tal como qualquer outra forma de tutela procura-se que seja “decidida uma relação jurídica entre duas partes” ¹⁸⁴².

E por isso, devemos acompanhar as afirmações de M. DINI de que a tutela cautelar “constitui sempre manifestação da função judiciária” ¹⁸⁴³ ou de GRUNSKY de que a “decisão sobre o pedido de concessão de uma providência cautelar enuncia um acto de jurisdição” ¹⁸⁴⁴. Ela, apresenta uma *natureza privada/subjectiva* do seu objecto e da sua função: é uma *salvaguarda jurisdicional de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos*, sem cuidar primariamente de salvaguardar o efeito útil da acção. E é uma *salvaguarda actual* e não meramente hipotética, desses mesmos direitos e interesses.

¹⁸³⁹ Crítica que surge dispersa, mas implícita, nas avisadas reflexões de CONIGLIO, // *sequestro* cit., 6 ss, 23.

¹⁸⁴⁰ § 922 cit., Rdn. 5.

¹⁸⁴¹ Neste sentido, afirmando que a tutela cautelar não prossegue nem mais, nem menos, os interesses da colectividade e os interesses das partes, do que o Processo no seu todo, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 63 ss.

¹⁸⁴² GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 8.

¹⁸⁴³ *La denunzia* cit., 83. Em termos semelhantes, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 202.

¹⁸⁴⁴ *Vor § 935* cit., Rdn. 8. No mesmo sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 64 ss; SCHILKE, *Die befriedigung* cit., 52 ss.

A circunstância de algumas medidas cautelares carecerem do recurso à força pública quer na esfera jurídica patrimonial — assim, a apreensão de bens no arresto —, quer na esfera jurídica pessoal — assim, com o *persönlicher Arrest* — não lhes muda nem o seu objecto, nem a sua função, sendo certo que o exercício do poder jurisdicional pode implicar o uso dos poderes de autoridade.

V. Deste modo os desvios que o regime cautelar apresenta perante o regime da tutela plena terão de ser explicados noutros termos, num quadro de exercício do poder jurisdicional do Estado.

É o que faremos somente no termo deste nosso trabalho ¹⁸⁴⁵.

2. Pretensão processual à segurança

2.1. Enunciado

I. O passo mais pequeno que se pode dar para abandonar a tese da mera acção é dar-lhe um fundamento actual, mas que ainda seja processual. Assim sucede com a doutrina alemã com o entendimento de que a tutela cautelar se apoia numa posição jurídica subjectiva e que esta é uma *pretensão de segurança do direito subjectivo*.

Efectivamente, os AUTORES alemães tendem ¹⁸⁴⁶ a defender que a *einstweiliger Rechtsschutz*, nas suas diversas manifestações como *Arrest* e como *einstweilige Verfügung*, assegura os direitos que advêm para o requerente a partir da relação jurídica controvertida ¹⁸⁴⁷. A *einstweiliger Rechtsschutz* teria uma “*pura função de segurança*” ¹⁸⁴⁸, de garantia da *futura realização* (“*Sicherstellung zukünftiger*

¹⁸⁴⁵ No ponto 1. do Epílogo

¹⁸⁴⁶ Pois, lembre-se que para HEINZE, *Vor § 916* cit., Rdn. 10 e 11, o objecto da *Sicherung* é a própria posição processual na acção principal e não o direito subjectivo tutelando.

¹⁸⁴⁷ Também nas *Regelungsverfügungen* haveria direitos assegurados: os que advirão para o requerente a partir da relação jurídica litigiosa — WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 29.

¹⁸⁴⁸ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 31; cf., ainda, *Vor § 916* cit., Rdn. 3 e 4 e *§ 916* cit., Rdn. 1. Identicamente, MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 7; TEPLIZKY, *Arrest* cit., 883; BLANKENBURG/LEIPOLD, *Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren?* Neue Methoden im Zivilverfahren. Summarischer Rechtsschutz und Bagatellverfahren. Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege (dir. WOLLSCHLÄGER), 1991, 110; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 5; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit.,

Verwirklichung”¹⁸⁴⁹ ou da “futura execução”¹⁸⁵⁰, nunca tendo por finalidade a satisfação” [*Erfüllung*] da “prestação principal” ou “pretensão material”¹⁸⁵¹. Aliás, na própria letra da lei, no caso do enunciado do § 916º/I ZPO relativo ao *Arrest*, lê-se que este tem lugar “zur Sicherung der Zwangsvollstreckung”, e na tradição doutrinal designa-se a medida do § 935 ZPO por *Sicherungsverfügung*.

E esta função tem lugar mesmo quando a medida adequada é uma *Befriedigungsverfügung*, i.e., mesmo quando o direito é antecipadamente satisfeito por perigo de esvaziamento do direito (*Rechtslosigkeit*)¹⁸⁵². Nessa eventualidade, sejam providências antecipatórias de pagamento de quantia, como de entrega de coisa, como de prestação de um facto, elas terão por bitola não a medida da pretensão que será realizada na acção principal, mas a estrita medida da necessidade que deve ser satisfeita¹⁸⁵³.

Enfim, para alguns AUTORES esta função teria ainda uma componente processual, mais próxima do entendimento italiano dominante, e que segundo WALKER, seria primária: na medida em que a *einstweilige Rechtsschutz* cumpre uma “função de serviço ou instrumental perante a tutela jurisdicional principal”, ela serve de modo indirecto [“mittelbar”] para a “realização do direito material”¹⁸⁵⁴.

II. Correlativamente, o objecto das *einstweiligen Verfügungen* não é a própria “prestação principal” ou “pretensão material”¹⁸⁵⁵, mas uma “pretensão de segurança”¹⁸⁵⁶ provisória do objecto da acção principal¹⁸⁵⁷ ou da “execução fundada numa

135; SAENGER, *Einstweiligen Verfügungen* cit., 50, 304; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 1; GEHRLEIN, *ZPR* cit., § 13, Rdn. 1.

¹⁸⁴⁹ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 883. Identicamente, JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 326.

¹⁸⁵⁰ JAUERNIG, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 1. Era esse o pensamento da doutrina do século XIX: assim, por todos, MERKEL, *Über Arrest* cit., 7 ss, 23 ss., 43 e WERNER, *Das Recht* cit., 10, 13 ss.

¹⁸⁵¹ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2, 5; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2. Em termos próximos, ENDERS, [*Grundlagen*], Rdn. 4.

¹⁸⁵² Expressamente neste sentido, MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 8; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15 e 29; SCHMUKLE, *Pastor/Ahrens* cit., Kap. 46. Der Streitgegenstand, Rdn.1.

¹⁸⁵³ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 885.

¹⁸⁵⁴ *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

¹⁸⁵⁵ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15. No mesmo sentido, AHRENS/SPÄTGENS, *Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen*, 1988, 3; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 9; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 513; MICHALSKI, *ZPR* cit., 269; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2; HARTMANN, *Grundz § 916* cit., Rdn. 11.

¹⁸⁵⁶ TEPLIZKY, *Arrest* cit., 886. No mesmo sentido, MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 53; SCHÄFER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitsrecht*, 1996, Rdn. 4;

pretensão material”¹⁸⁵⁸. Assim, por exemplo, não se visa o cumprimento do direito à entrega de uma coisa, mas a garantia da possibilidade dessa futura entrega através da sua apreensão e depósito — a *Sequestration* prevista no § 939º/I ZPO como modalidade de *Sicherungsverfügung*¹⁸⁵⁹ — e também o objecto nas *Befriedigungsverfügungen* será a pretensão de regulação/garantia provisória¹⁸⁶⁰.

Em suma: o mérito do *Arrest* e das *einstweiligen Verfügungen* não é o mérito da acção principal¹⁸⁶¹ e, por isso, *não faz caso julgado perante esta*, nem uma *Leistungsverfügung* poderá ser *convolada* em acção principal¹⁸⁶².

III. Qual a natureza dessa pretensão à segurança? O entendimento corrente é o de que essa pretensão não se funda no direito material, sendo uma *mera “pretensão processual”*¹⁸⁶³. Entre nós LEBRE DE FREITAS recebe também essa opinião¹⁸⁶⁴.

Efectivamente, é paradigmática a afirmação de GRUNSKY de que o “credor tem um direito processual” ao *Arrest*¹⁸⁶⁵ ou às *einstweiligen Verfügungen*¹⁸⁶⁶ não se tratando de “nenhuma pretensão à segurança do credor materialmente dirigida”, pois “pelo direito material não pode o credor exigir uma medida de segurança ao devedor”¹⁸⁶⁷. Pretensões materiais à segurança são as de prestação de caução ou de constituição de hipoteca, as quais são independentes das providências cautelares e são tuteladas por acções de condenação¹⁸⁶⁸.

SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 50 e 53; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn 15; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2; SCHMUKLE, *Kap. 46* cit., Rdn.1 e 2.

¹⁸⁵⁷ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

¹⁸⁵⁸ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn 15, 12 e 13.

¹⁸⁵⁹ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

¹⁸⁶⁰ Assim, TEPLIZKY, *Arrest* cit., 886, com jurisprudência; AHRENS/SPÄTGENS, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 3, GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 33, implicitamente; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2; SCHMUKLE, *Kap. 46* cit., Rdn.1. Contra, PASTOR, *Pastor* 3, 1980, 258 ss., para quem no direito da concorrência uma *Unterlassungsverfügung* teria por objecto a própria pretensão de *non facere* que é devida (cf. crítica em SCHMUKLE, *Kap. 46* cit., Rdn.1).

¹⁸⁶¹ Expressamente neste sentido, SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 3 e SCHMUKLE, *Kap. 46* cit., Rdn.1.

¹⁸⁶² SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 3 e 4.

¹⁸⁶³ Cf., por exemplo, LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 266, BROX/WALKER, *ZPR* cit., Rdn. 1520 ou SCHMUKLE, *Kap. 46* cit., Rdn.2.

¹⁸⁶⁴ *Repetição* cit., 472.

¹⁸⁶⁵ *Vor § 916* cit., Rdn. 47.

¹⁸⁶⁶ *Vor § 935* cit., Rdn. 4.

¹⁸⁶⁷ *Vor § 916* cit., Rdn. 8 e, em termos semelhantes, *idem*, Rdn. 47.

¹⁸⁶⁸ GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 48 e *Vor § 935* cit., Rdn. 4.

Não há assim, uma pretensão material ao depósito da coisa, na *Sequestration*¹⁸⁶⁹ ou à proibição de alienação em sede de § 938/II ZPO¹⁸⁷⁰. Tampouco existe uma pretensão material à apreensão do bem no *Arrest*¹⁸⁷¹ ou ao efeito jurídico constituído pela medida adequada a salvaguardar uma relação pessoal ou duradoura em sede de § 940 ZPO¹⁸⁷².

Por isso, o respectivo objecto processual “não é, seguramente, o direito de crédito [*Geldforderung*] a ser assegurado”¹⁸⁷³; este não passa de uma mera questão prejudicial (“bloße Vorfrage”) cuja verosimilhança terá de ser demonstrada como pressuposto de decretamento do *Arrest*, não sendo produzida “nenhuma decisão”¹⁸⁷⁴ quanto a ela. Melhor ainda JAUERNIG considerou que “não é o direito assegurado que determina” as inibições à disposição, oneração e hipoteca que se acham no § 938/II ZPO¹⁸⁷⁵.

Mais genericamente, já LEIPOLD¹⁸⁷⁶ afirmara, quanto às *einstweiligen Verfügungen*, que sendo estas um mero instrumento de antecipação do julgamento (*Vorausbeurteilung*) da situação jurídica final, dele está ausente uma pretensão material enquanto pressuposto normativo para a concessão da tutela cautelar. Ou seja: não conhece uma consideração material específica.

2.2. Aproveitamento e apreciação crítica

I. Nesta visão germânica corrente há um dado absolutamente específico: o isolamento e afirmação de um específico fundamento jurídico que se faz valer nas providências cautelares; a saber: uma *pretensão* à segurança do direito. Nisto a doutrina alemã é essencialmente diversa da doutrina italiana da mera acção, tanto na perspectiva do *mérito* como na perspectiva da *função* cautelar.

Assim, enquanto para a doutrina italiana o plano subjectivo do requerente é um *plano de facto*, direccionada como se encontra, para o aspecto público da salvaguarda do efeito útil da acção, na doutrina alemã o plano subjectivo do requerente é um *plano jurídico*, pois a atenção vira-se para a posição do requerente da medida, conduzindo, com isso, a uma despublicização da função e do objecto cautelares. Por outro lado, enquanto as doutrinas da matriz italiana, ignorando ou mesmo criticando o uso jurisprudencial das providências cautelares, continuam a teimar em colocar o enfoque

¹⁸⁶⁹ SCHWONBERG, Die *einstweilige Verfügung* cit., 135.

¹⁸⁷⁰ SCHWONBERG, *idem*, 136.

¹⁸⁷¹ EVERS, Die *Begründung* cit., 122.

¹⁸⁷² SCHWONBERG, Die *einstweilige Verfügung* cit., 136.

¹⁸⁷³ GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 8.

¹⁸⁷⁴ GRUNSKY, *Vor § 916* cit., cit., Rdn. 8.

¹⁸⁷⁵ *Der zulässige Inhalt* cit. 327.

¹⁸⁷⁶ *Strukturfragen* cit., 266.

na salvaguarda da *eficácia da acção principal*, a doutrina alemã coloca o enfoque na salvaguarda da *eficácia do direito subjectivo*, que será feito valer na acção principal.

Este modo de ver a questão tem reflexos na dogmática do instrumento processual: a doutrina alemã não tem dificuldade em qualificar as providências cautelares como verdadeiras acções *declarativas* ¹⁸⁷⁷, sujeitas ao regime matricial do *Erkenntnisverfahren*, com fortes especialidades, é certo.

Pessoalmente, tal confirma a nossa hipótese de trabalho de que era precisamente a de que também por via da tutela cautelar se exerce o direito da acção ¹⁸⁷⁸. Contudo, ainda teremos de apurar se são efectivamente acções declarativas ou se serão de um outro tipo.

Mas a partir daqui a doutrina alemã trilha caminhos que nos levantam algumas *perplexidades* por nos levarem de volta às teses, já criticadas, da mera acção: perplexidades quanto à *natureza* e ao *valor explicativo* de uma tal pretensão.

II. Em primeiro lugar, a *natureza da pretensão*.

O caminho mais seguido na Alemanha tem sido, como se deu conta, qualificar a providência cautelar como uma acção em que se exerce uma *pretensão processual* à segurança da futura realização do direito.

Ora, temos alguma dificuldade em entender o que possa ser uma *pretensão processual*, pois de duas uma: ou a sua procedência *não acarreta efeitos jurídicos* sobre o requerido — hipótese excluída, quando se pensa nos efeitos oneradores de um arresto ou nos efeitos de uma proibição de não concorrência — ou *acarreta efeitos jurídicos*, caso em que entramos no campo material.

A opção intermédia seria pugnar a existência de *efeitos de facto* ¹⁸⁷⁹, o que além de ser uma aberração dogmática — o que são efeitos de facto? —, é constitucionalmente perigoso — por serem de facto não geram vinculações jurídicas e nem conhecem limites? — e, enfim, traz-nos de volta à já criticada visão latina da mera acção.

Esta defesa de uma solução dogmaticamente tão frágil apenas pode ser explicada pela permanência de um postulado: a exclusão da segurança do âmbito do direito material — este determina a realização, não a segurança. Isto está muito claro na afirmação de JAUERNIG de que “uma inibição judicialmente fixada não realiza o direito da parte (...) mas antes delimita a sua segurança” ¹⁸⁸⁰. Ou seja: uma processualização do direito material, pois está por demonstrar que uma segurança contra um perigo

¹⁸⁷⁷ Cf. a doutrina referida na nota 2284.

¹⁸⁷⁸ Cf. § 7º 2., III.

¹⁸⁷⁹ Como FRUS, *La riforma* cit., 477: há um “poder processual de dirigir-se ao juiz para que este (...) decida se é oportuno fornecer à cautela uma *situação que é de facto*”.

¹⁸⁸⁰ *Der zulässige Inhalt* cit., 327.

concreto não possa decorrer de normas materiais como meio de realização de certos bens jurídicos prosseguidos por essas mesmas normas.

Pelo contrário, se o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* são acções a consequência há-de ser a de que, como qualquer acção, se exercem posições jurídicas substantivas.

III. Nesta linha, pensamos que, apesar desta predominância doutrinal, a questão da natureza da pretensão à segurança está longe de estar encerrada na Alemanha. Há dados que permitem concluir nesse sentido.

Assim, não é exactamente final um entendimento que se possa fazer quanto à afirmação de WALKER de que tanto o *Arrest*, como o futuro *Hauptsachverfahren*, se fundam no mesmo crédito pecuniário [*Geldforderung*], embora com uma diferença de fundo: no *Arrest* o “perigo de prejuízo à acção executiva refere-se mesmo à realização da pretensão material de *Arrest*”¹⁸⁸¹, mas não é a realização em si mesma desse crédito. Também deixa algum espaço para a dúvida, a afirmação de SCHUSCHKE de que as *einstweiligen Verfügungen* têm por objecto aquela pretensão “que o autor quer fazer valer no processo principal e que no procedimento provisório deverá ser assegurada”¹⁸⁸².

Adicionalmente, WALKER querendo-o ou não, deixa, por mais do que uma vez, indícios de uma materialidade da pretensão à segurança. Por um lado, quando genericamente, colocando lado a lado as *einstweiligen Verfügungen* com os meios de autotutela, afirma que os “pressupostos do fundamento do *Arrest*” e bem assim das *einstweiligen Verfügungen* “são de *tipo material* como aqueles da autotutela do § 229 BGB”: tal como nesta, também na tutela cautelar o perigo a ser objecto de prova diz respeito à “realização de uma pretensão material”¹⁸⁸³, i.e., uma “*materieller Arrest- oder Verfügungsanspruch*”¹⁸⁸⁴. Por outro lado, quando expressamente afirma que a *einstweiliger Rechtsschutz* é uma *acção declarativa* sumária especial¹⁸⁸⁵, pressupondo por isso um direito subjectivo¹⁸⁸⁶ e, sobretudo, quando WALKER¹⁸⁸⁷ emite a já citada consideração de “também a tutela jurisdicional provisória é uma tutela de *direitos* e não uma pura tutela de *interesses*”.

¹⁸⁸¹ § 917 cit., Rdn. 1. Em termos próximos, LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 11.

¹⁸⁸² § 935 cit., Rdn. 5; em termos próximos, LORITZ, *Rechtsnachfolge* cit., 12.

¹⁸⁸³ Vor § 916 cit., Rdn. 28.

¹⁸⁸⁴ Vor § 916 cit., Rdn. 28.

¹⁸⁸⁵ WALKER, Vor § 916 cit., Rdn. 7 e § 916 cit., Rdn. 2: “nur eine besondere Form des allgemeinen gerichtlichen Rechtsschutzes”.

¹⁸⁸⁶ § 916 cit., Rdn. 2.

¹⁸⁸⁷ § 922 cit., Rdn. 5.

E, por fim, temos a afirmação de JAUERNIG, feita sem mais consequências, de que ao menos nas *Sicherungsverfügungen* se faz valer uma *fonte* — *autónoma*, entenda-se — *de poderes* como o de restringir a liberdade pessoal — assim, no *persönlicher Arrest* — ou de tornar ineficaz os actos dispositivos e de oneração de bens — assim, no *dinglicher Arrest* — que de todo *não é a mesma fonte que funda o pedido condenatório* pelo qual se satisfaz o crédito na sentença final ¹⁸⁸⁸. Essa é a mesma fonte de pretensões acessórias de inibição (*Unterlassungsnebensansprüche* ¹⁸⁸⁹) que de todo são o objecto principal de afectação do direito acautelando ¹⁸⁹⁰.

IV. Em segundo lugar, o valor explicativo do conceito *pretensão*.

Em qualquer circunstância, presente natureza processual ou presente natureza material, há uma *imprecisão estrutural* na tese em apreço: ela reduz o pedido de tutela cautelar apenas ao exercício de uma pretensão — *à aquisição de uma prestação realizada por um terceiro* ¹⁸⁹¹ — e, desse modo, à necessidade de ulterior colaboração do requerido. Ora, já vimos que além dessas *medidas condenatórias*, há ainda *medidas constitutivas de efeitos jurídicos*, cuja eficácia é não dependente de ulterior colaboração do sujeito passivo — por exemplo, o arresto.

A existência destes dois tipos de medidas cautelares é, aliás, coerente com o se viu suceder nos meios extrajudiciais de tutela preventiva contra o perigo concreto: o titular do direito ou interesse tanto podia limitar-se a deduzir uma pretensão material de omissão de violação do seu direito ou interesse — v.g., a imediata suspensão da obra nova, extrajudicial — como actuar unilateralmente, sem a colaboração do sujeito passivo — v.g., a actuação sobre a esfera física do agressor na legítima defesa.

Deste modo o conceito de pretensão não pode servir de conceito operativo comum a toda a tutela cautelar.

¹⁸⁸⁸ *Der zulässig Inhalt* cit., 326.

¹⁸⁸⁹ *Idem*, 329.

¹⁸⁹⁰ *Ob. loc. cit.*

¹⁸⁹¹ Definição de TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução* cit., 15.

3. Direito material

3.1. Direito acessório à cautela

3.1.1. Enunciado

I. Pensamos ter-se tornado evidente que há que associar um fundamento material à tutela cautelar. O terreno é difícil de percorrer, pois é objecto de frequentes negações críticas, porventura procedentes. Há que descobrir novos trilhos, por conseguinte.

Há dois caminhos possíveis: postular como fundamento material uma *posição jurídica* cujo objecto é a *própria cautela ou segurança* da posição jurídica que será objecto da acção principal ou postular como fundamento material os *mesmos e próprios direitos e interesses* que são também protegidos na acção principal.

Do ponto de vista dogmático, as diferenças são sensíveis: por exemplo, enquanto pela primeira linha de pensamento um arresto ou uma inibição provisória de concorrência não protegeriam o direito de crédito ou o direito à não concorrência, mas apenas um direito a manter incólume a possibilidade de exercício futuro desse crédito ou desse direito à não concorrência, no segundo caso, um arresto ou uma inibição provisória de concorrência já protegeriam o crédito ou o direito à não concorrência, respectivamente.

Vamos ver em detalhe as duas abordagens.

II. O entendimento de que através das providências cautelares se exerce um *poder substantivo autónomo de cautela* ou de *segurança* acha-se em vários enunciados doutrinários mais antigos: na Alemanha nas doutrinas de BRIEGLER e WACH; em Itália no pensamento de ALLORIO; entre nós por via de BARBOSA DE MAGALHÃES.

BRIEGLER aludia a uma *pretensão material à caução* [*Kautionsanspruch*] acessória do direito principal, tutelável por uma acção de prestação de caução, mas que seria antecipada pelo *Arrest*, que nasceria em caso de urgência¹⁸⁹², o que WACH veio sustentar mais tarde¹⁸⁹³. Ou seja: o *Arrest* seria, afinal, uma “execução antecipada de uma pretensão de caução”¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹² *Einleitung* cit., 339–340.

¹⁸⁹³ *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Tl. 1 — *Der italienische Arrestprozess* reimpr. 1973, 1868, 80 e, em curta referência, *HdZPR* I, 1885, 43. Cf. a apreciação crítica de MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 53 ss.

¹⁸⁹⁴ *Der Arrestprozess* cit., 100. No mesmo sentido funcional, BRIEGLER, *Einleitung* cit., 339–340.

ALLORIO vai, justamente no mesmo sentido. Depois de negar que se esteja perante um *tertium genus* — um “tipo particular de acção (...) ao lado e no mesmo plano da declaração e da execução” ¹⁸⁹⁵ —, entendia que a cautela respeita não à *forma* ou caracteres processuais, mas ao conteúdo ou *objecto* da acção. Tratar-se-ia de uma particular acção — a acção cautelar — para um direito especial — o direito substantivo de cautela ¹⁸⁹⁶ — tal como, v.g., à propriedade corresponde a acção de reivindicação.

Esta acção conteria aspectos mistos de simples apreciação e de execução e em que a incerteza quanto ao direito de cautela não seria óbice dada a natureza abstracta do direito de acção ¹⁸⁹⁷.

Este direito não se confundiria com o direito que seria objecto da acção principal: “o exercício da acção cautelar não se apresenta como exercício contemporâneo do direito de acção” escreve ALLORIO ¹⁸⁹⁸. Assim, quando se obtém um *sequestro* não se está a exercer o direito de crédito, mas o direito cautelar ao *sequestro*; quando se obtém um embargo de obra nova sobre uma passagem em servidão, não se exerceu o direito real de servidão, mas o direito cautelar ao embargo de obra nova; e assim, sucessivamente ¹⁸⁹⁹. O “direito principal é o direito à sanção principal (...), não à sanção cautelar”, distingue ALLORIO ¹⁹⁰⁰. Quando muito pode considerar-se os dois direitos como duas “faculdades compreendidas num direito mais amplo”, mas sem esquecer “a sua recíproca autonomia” ¹⁹⁰¹.

A diferença de objecto conduziria a que a improcedência da acção principal não tocasse no efectivo exercício de um outro direito substantivo, i.e., do direito à cautela. Assim, e por exemplo, a improcedência da acção de condenação, não é sinónimo de não se ter exercido um direito substantivo, pois o que se exerceu não foi o direito principal mas o direito ao sequestro ¹⁹⁰².

Por seu turno, entre nós BARBOSA DE MAGALHÃES defendia que “há *um direito substancial de cautela*” que faz “*parte do direito de acção (...) ao lado do direito de fazer declarar um direito [acções declarativas] ou de fazer efectivar um direito declarado [acções executivas]*” ¹⁹⁰³. O seu fundamento era precisamente o direito à tutela jurisdicional que então, em 1945, estava enunciado no art. 12º do Código Civil de 1867, segundo o qual “toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis

¹⁸⁹⁵ *Per una nozione* cit., 18.

¹⁸⁹⁶ *Idem*, 19.

¹⁸⁹⁷ Essa abstracção dispensa que a colocação da acção se justifique materialmente numa mera possibilidade de direito subjectivo, como nota ALLORIO, *idem*, cit., 25 e 26.

¹⁸⁹⁸ *Per una nozione* cit., 26.

¹⁸⁹⁹ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁰⁰ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁰¹ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁰² *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁰³ Citações retiradas de *Natureza* cit., 32.

para o seu exercício”¹⁹⁰⁴. A única diferença era a de que a esta “autonomia do direito a obter providências conservatórias não corresponde uma autonomia processual”¹⁹⁰⁵.

III. Em Itália este modo de encarar as providências cautelares teve poucos continuadores, dada a crítica a que foi sujeita¹⁹⁰⁶ imputando-se-lhe os vícios da visão concreta do direito de acção. Mas ele ainda permanece disperso em alguma doutrina, tanto em Itália como fora dela.

Assim, M. DINI e E. DINI/MAMMONE entendem que se está perante um “*diritto potestativo* a obter uma medida cautelar”¹⁹⁰⁷. Por isso, a “acção cautelar não constitui um acessório do direito acautelado, pois existe como *poder actual*, antes mesmo que se conheça em que coisa deverá consistir o direito acautelado”: é susceptível de imediato exercício “quando ainda não foi acertado se o direito cautelar existe efectivamente ou não”¹⁹⁰⁸. Haveria “poderes [substantivos?] de iniciativa autónomos em face da acção” principal o que depois tem expressão no regime da responsabilidade do requerente do art. 96º CPC/It¹⁹⁰⁹.

Mas também em sede de providências cautelares típicas, o *sequestro conservativo* ou *arresto* é fundamentado por CANTILLO/SANTANGELI num “*poder substantivo conferido ao credor para tutela do direito de garantia geral*” — cf. o art. 601º CC = art. 2740 CC/It — a par de outros meios, como a acção de sub-rogação do credor ao devedor (cf. art. 606º, nº 1 CC) ou a impugnação pauliana (cf. o art. 610º CC). Isto sem prejuízo de, ao mesmo tempo, ser “instrumental da acção dirigida a fazer valer o direito [à garantia geral] em juízo”¹⁹¹⁰. Diríamos até que este ponto de vista poderia, sem dificuldade, ser extendido ao embargo extrajudicial de obra nova do art. 412º, nº 2: por este se exerce um *poder substantivo conferido ao titular de direito real/pessoal de gozo ou posse para autotutela desses direitos*.

No Brasil, OVÍDIO BAPTISTA defende, com poucos seguidores no contexto doutrinal brasileiro¹⁹¹¹, que a tutela cautelar não tem por função salvaguardar o efeito útil da acção principal, mas é uma verdadeira tutela de direitos, *in casu*, um *direito material* à

¹⁹⁰⁴ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁰⁵ *Idem*, 33.

¹⁹⁰⁶ Cf. M. DINI, *La denuncia* cit., 80 ou CONSOLO, *Riproposizione* cit., 50 e 51.

¹⁹⁰⁷ *La denuncia* cit., 28 e *I provvedimenti* cit., 14, respectivamente, no que parecem ser apoiados por LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 45.

¹⁹⁰⁸ M. DINI, *idem*, 28–29 = E. DINI/MAMMONE, *ob. loc. cit.*

¹⁹⁰⁹ E. DINI/MAMMONE, *idem*, 15. Por isso se ninguém pode ser responsabilizado por colocar uma acção, já o pode ser por colocar uma providência cautelar.

¹⁹¹⁰ *Il sequestro* cit., 70 e 71.

¹⁹¹¹ Uma sintética visão de parte deste contexto pode ser compulsada em MELO DE MESQUITA, *As tutelas* cit., 208–251.

segurança ou *direito substancial de cautela* ¹⁹¹². Esse direito seria o “pressuposto a legitimar a outorga da tutela assegurativa [i.e., cautelar]” mas que “não encontrará, jamais, ambiente para se ver declarado existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência, como uma simples hipótese, como uma simples possibilidade de existência efectiva” ¹⁹¹³. Apenas a exigência dogmática de um caso julgado, ausente do juízo final de simples hipótese, tem “impedido os processualistas de aceitarem a existência desse direito” ¹⁹¹⁴.

Ainda, entre nós, CURA MARIANO defende que se trata de um “*direito cautelar*, como *direito a que se decreta uma medida de protecção à tutela* de um direito substantivo”, consagrado no art. 381º, nº1, e que “não se pode confundir com o direito subjectivo acautelado” e “nem sequer ser considerado uma emanção dele”, pois pode “até constituir-se sem que o direito substantivo exista”, afirmação que mostra influência da doutrina italiana. Por isso, é “apenas um instrumento processual da sua tutela jurisdicional”, *tendo uma função e natureza “meramente processual”* ¹⁹¹⁵.

Por fim, o já citado ac. STJ 23/4/2002 enunciou que “não se pode nem deve confundir o *direito a requerer a suspensão* da deliberação e o *direito a vê-la declarada nula*”, parecendo, portanto, pressupor a existência de dois direitos substantivos.

3.1.2. Aproveitamento e apreciação crítica

A. Aproveitamento

I. Impressiona-nos o desabafo de OVÍDIO BAPTISTA de que “a facilidade com que a doutrina repele a tese que sustenta a existência de um direito material à segurança, procurando sempre comprometê-la com as teorias defendidas por WACH e ALLORIO, sugere que estes dois escritores hajam amaldiçoado o tema, de modo que a simples alusão a essa suposta origem espúria (...) bastasse para” a “rejeição pura e simples” ¹⁹¹⁶. Na verdade, “se isso fosse razão suficiente para recusar seu ponto de vista a respeito da materialidade da pretensão à segurança (...) [ter-se-ia] de repelir (...) toda a concepção que com tanta veemência defendem” CHIOVENDA e CALAMANDREI criadores da tese da instrumentalidade da tutela cautelar ¹⁹¹⁷. Ou seja: o entendimento

¹⁹¹² *Do processo* cit., 71. MIRANDA GUIMARÃES, *Ação* cit., 35, alude, na sua esteira, a um vago “interesse substancial imediato” de cautela.

¹⁹¹³ *Idem*, 75.

¹⁹¹⁴ *Idem*, 74.

¹⁹¹⁵ *A providência* cit., 22, para todas as citações.

¹⁹¹⁶ *Do processo* cit., 71.

¹⁹¹⁷ *Do processo* cit., 71.

de que o direito de acção é abstracto em nada toca com a natureza do direito — ou da falta desse direito — prosseguido por via cautelar.

Por nosso lado, diríamos, em abono desta tese do direito autónomo à segurança, que ela tem o mérito de procurar explicar algo que a tese do mero poder processual não consegue, a saber: como é que do uso de um instrumento processual podem advir obrigações e a constituição de situações jurídicas, que não adviriam do direito acautelando, e mais, como é que esse mesmo instrumento pode, de facto, realizar ou satisfazer o direito subjectivo no caso das providências ditas antecipatórias. Na verdade, como já enunciámos, é estranho — pois esse é o termo que nos ocorre — que um não direito produza efeitos jurídicos e até permita a satisfação de facto da pretensão material: com que fundamento, senão de natureza material, pode alguém pedir que outrem fique proibido de vender ou de concorrer ou de não deixar passar senão a não ser pela legítima titularidade de uma posição jurídica?

Deste modo, esta tese permite resolver a primeira incoerência lógica que apontámos à doutrina italiana da mera acção e imputar ao direito material efeitos que a doutrina alemã actual imputa a uma imprecisa pretensão processual à segurança. Esse direito até poderia ser objecto de uma acção autónoma: a acção de prestação de caução, segundo BRIEGLEB e WACH.

Por outro lado, esta abordagem resolveria aquilo que apontámos como segunda incoerência lógica da doutrina italiana, pois permitiria ao mesmo tempo afirmar que a cautela é ainda uma tutela civil de direitos e interesses legalmente protegidos, sem que com isso deixe de ser um mecanismo *privado*, na sua finalidade, de salvaguarda do efeito útil da acção de mérito. Rigorosamente no mesmo sentido, mas já em sede de tutela cautelar diferenciada, iria o já referido entendimento de CANTILLO/SANTANGELI de que no arresto ao mesmo tempo que é um “*poder substantivo conferido ao credor para tutela do direito de garantia geral*” é “instrumental da acção dirigida a fazer valer o direito [à garantia geral] em juízo” ¹⁹¹⁸.

II. Trata-se de aspectos meritórios ¹⁹¹⁹, sem dúvida, mas a verdade é que a tese da existência de um direito material à cautela soçobra por si mesma como se passa a demonstrar.

¹⁹¹⁸ // *sequestro* cit., 70 e 71.

¹⁹¹⁹ Enfim, também não pomos em causa que, como alega OVÍDIO BAPTISTA, a tese do direito material à cautela ou segurança não implica por si mesma uma adesão à doutrina do direito concreto de acção, pois pode pedir-se a tutela cautelar, tenha-se ou não razão quanto à sua necessidade.

B. Crítica formal

I. Cabe, efectivamente, perguntar se devemos seguir literalmente o referido ac. STJ 23/4/2002 de “não se pode nem deve confundir o *direito a requerer a suspensão* da deliberação e o *direito a vê-la declarada nula*”.

A nossa resposta é negativa.

Na verdade, voltando aos termos do acórdão citado, não há um direito subjectivo a requerer a suspensão da deliberação social: o pedido de suspensão em si mesmo é o pedido processual que todo requerimento judicial deve conter e a suspensão em si mesma é a medida de protecção necessária de um certo direito — qual direito? deve-se perguntar. Generalizando, não há um direito subjectivo a requerer uma providência cautelar, pois isso em si mesmo é uma *tautologia enunciativa*: o direito subjectivo *material* de requerer uma providência cautelar consiste no direito subjectivo a pedir *processualmente* uma providência cautelar.

A incorrecção lógica desta visão, surge claramente se pensarmos que, visto que todo o processo protege um direito que através dele se exerce, então bem se poderia perguntar qual é o direito de cuja violação por outrem uma providência cautelar protege o respectivo titular. A resposta de ALLORIO seria que se protege o direito à cautela, v.g. o direito ao arresto, o direito à suspensão da deliberação social, e não que se protege o direito de crédito ou o direito à anulação da deliberação social, respectiva.

Ora isso seria o mesmo que dizer que na execução de uma hipoteca se protege o direito à hipoteca ou que na imposição de uma prestação legal de caução se protege um direito legal à caução.

O problema não desaparece se substituirmos direito à cautela por direito a uma caução ou a uma segurança, pois obteríamos a mesma tautologia enunciativa: o direito subjectivo *material* de requerer uma caução/segurança consiste no direito subjectivo a pedir *processualmente* uma caução/segurança.

II. Esta tautologia vai, depois redundar numa confusão funcional tanto no *plano das normas*, i.e., na distinção entre normas primárias e normas secundárias, ou, usando terminologia mais corrente, uma confusão quanto aos limites do que é direito substantivo e do que é direito adjectivo, como pelo *plano da estrutura do objecto processual*, i.e., da distinção entre causa de pedir e do pedido.

No **plano das normas**, a existência de uma tal confusão torna-se patente se notarmos que se houvesse um *direito à cautela* não haveria identicamente razão para dogmaticamente se excluír um direito material à *condenação em inibição* — v.g., de uma actividade concorrencial —, um direito material à *condenação não inibitória* — v.g., no pagamento de uma indemnização — ou mesmo um sucessivo *direito material à execução*. Ora, em qualquer dos casos o que há são *pretensões materiais de non facere e de pagamento*, respectivamente, nos termos de direitos de crédito. Se depois

esse *non facere* ou esse pagamento ocorrem voluntariamente, sem sentença condenatória, ou se carecem de um instrumento judicial de condenação ou de execução, já é um problema de eficácia dessa pretensão, *i.e.*, de *tutela*.

De igual modo, mandaria a coerência lógica que se falasse num direito material à *constituição, modificação ou extinção judiciais de situações jurídicas* — *v.g.*, à resolução de um contrato de arrendamento. Ora também aqui importa distinguir, respectivamente, entre o *direito material potestativo à extinção de um contrato* e o *meio* para esta poder ter lugar.

No limite, e saindo da tutela judicial, até se poderia concluir pela existência de um direito ou pretensão substantivos e potestativos de legítima defesa ou de acção directa.

Mas não: uma coisa é o direito material cujo exercício ou afectação jurídica de bens se defende — *v.g.*, a propriedade, à integridade física, o crédito — outra coisa é o meio usado para manter esse exercício.

Qualquer outro entendimento ou redundaria em *negar um específico sentido normativo* de tutela, reduzindo-o a apenas a um sentido normativo material de prossecução dos fins da sociedade, *i.e.*, dos fins materiais, ou redundaria, pelo menos, em afirmar que tal oposição de sentidos normativos primário e secundário é possível em sede de todas as funções processuais — de remédio, constitutiva e preventiva —, salvo quando o processo seja usado especificamente para afastar o perigo de dano do direito¹⁹²⁰.

Afirmar a existência de um direito material à cautela é *transportar o conteúdo da estatuição das normas processuais aplicáveis, para o conteúdo da estatuição das normas materiais aplicáveis*¹⁹²¹.

Deste modo, a construção teórica de um específico direito à segurança da realização do direito é em si mesma uma *materialização do direito processual*, pois *qualifica como direito material o que é um tipo de medida de tutela*. Tal fenómeno é disfuncional e incoerente com todo o sistema de tutela.

¹⁹²⁰ E de facto, a necessidade de não confundir normas primárias com normas secundárias em sede cautelar, chama-nos ainda a atenção para que devemos distinguir o *conteúdo da estatuição das normas materiais* aplicáveis por força do título constitutivo do direito e o *conteúdo da estatuição das normas processuais* que fixam, em cumprimento do modelo supranacional de garantias processuais, o meio de tutela adequado. Aquelas dizem-nos, por exemplo, que o credor tem direito ao pagamento de uma indemnização por dano, estas dizem-nos, por exemplo, que o mesmo credor pode ser autor numa acção de condenação no pagamento dessa indemnização.

¹⁹²¹ Citemos SCHÜNEMMAN, *Selbsthilfe* cit., 105, a propósito dos efeitos de segurança para o direito ameaçado, obtidos em sede da autotutela: a “segurança constitui sempre, em si mesma, um *efeito* da autotutela admissível, e não (...) *uma componente fático-objectiva da previsão normativa* da legitimação” da própria autotutela.

III. Esta disfunção ainda se nota mais se analisarmos o problema no **plano da estrutura do objecto processual**. Este comporta, como se escreveu ¹⁹²², um *elemento material* — a afirmação de uma situação jurídica no campo do direito material, individualizada pela *causa de pedir* — e um *elemento funcional* — a providência de tutela concretamente deduzida no *pedido*.

Assim, se tormarmos como exemplo paradigmático o objecto de uma acção de condenação no pagamento de uma quantia em falta a título de preço, podemos distinguir o elemento material — a afirmação de que o autor é titular de uma pretensão de pagamento em face do réu, nos termos de um direito de crédito — do elemento funcional — o pedido de condenação no pagamento. Outro exemplo, em que materialmente já não há pretensão, é o do objecto de uma acção de anulação de uma deliberação social: podemos distinguir o elemento material — a afirmação de que o autor é titular de um direito potestativo à anulação em face do réu — do elemento funcional — o pedido de anulação da deliberação social.

Ora, repare-se que também aqui de um ponto de vista normativo, no caso da acção condenatória o que resulta das normas a que se subsumem os factos constitutivos é um direito, estruturado em pretensão, ao pagamento ao devedor e não um direito à (*sentença de*) condenação no pagamento. Igualmente, no caso da acção de anulação o que resulta das normas a que se subsumem os factos constitutivos é um direito à anulação e não um direito à (*sentença de*) anulação. Perante o tribunal, *rectius* o Estado, o que o sujeito tem é o direito à tutela jurisdicional efectiva, *i.e.*, o direito ao meio funcional e temporalmente adequado para fazer valer o seu direito subjectivo sem ser em autotutela.

Em suma: no próprio objecto do processo há uma clara oposição entre um *segmento lógico de subsunção a normas primárias* — o elemento material — e um *segmento lógico de subsunção a normas secundárias* — o elemento funcional; afinal, uma oposição entre *fim* (material) e *meio* (processual).

Ora, se procurarmos fazer esta transposição para a tese clássica do direito material de cautela deparamo-nos com perplexidades.

Assim, quando se afirma que o objecto de um arresto é o direito material à cautela de arresto (ALLORIO) ou que no art. 381º se consagra um “*direito a que se decrete uma medida de protecção à tutela de um direito substantivo*” (CURA MARIANO), isso implica que teríamos:

- como elemento material: a afirmação de que o autor é titular de um direito à limitação dos poderes de oneração e disposição dos bens (arresto) ou à nomeação provisória de uma administração societária, nos termos de um direito à cautela/segurança;

¹⁹²² Cf. § 1º 1.1., II.

- como elemento funcional: o pedido de decretamento de uma cautela/segurança com aquele conteúdo de limitação dos poderes de oneração e disposição dos bens (*i.e.*, de um arresto) ou com conteúdo de nomeação provisória de uma administração societária, respectivamente.

Identicamente, se aplicarmos as mesmas doutrinas em sede de providência cautelar suspensão de deliberação social, distinguir-se-ia entre:

- o elemento material: a afirmação de que o autor é titular de um direito potestativo à suspensão em face do réu, nos termos de um direito à cautela/segurança;
- o elemento funcional: o pedido de decretamento de uma cautela/segurança com aquele conteúdo suspensão da deliberação social.

Este quadro é desequilibrado: a segurança que, enquanto *efeito de tutela*, deveria estar circunscrita ao segmento lógico de subsunção a normas secundárias, surge também, enquanto *fim ou bem jurídico de uma pretensão/direito*, no segmento lógico de subsunção a normas primárias ¹⁹²³.

C. Crítica material

I. Este resultado de *materialização do direito processual* a que conduz a tese de ALLORIO radica, em nosso ver, numa falta estrutural grave no plano do direito substantivo: procura-se reconduzir a questão apenas ao momento da tutela do direito, sem se explicar se **antes da necessidade de uma tutela de tipo cautelar pré-existe um fundamento material**.

Quanto a essa falha a tese em apreço não tem espaço de manobra dogmático para a suprir, pois restam-lhe apenas duas vias de solução.

Uma *primeira via de solução* será afirmar que o dito direito material à cautela existe antes do uso da via de tutela, no interior da esfera jurídica corrente do sujeito jurídico. Desse modo, pré-existirá um direito ao *arresto*, ao *arrolamento*, à *suspensão* da deliberação social, como refere o citado ac. STJ 23/4/2002, um direito à prestação de caução, como defendiam BRIEGLEB e WACH, e assim sucessivamente. É bom de ver a desrazoabilidade de uma tal consideração: retomariamos e duplicariamos em extensão os vícios formais já atrás postos a descoberto e cairíamos numa ficção ou artificialismo já que não se pode afirmar que o devedor que vende bens, viola um direito

¹⁹²³ Seria o mesmo que dizermos que, em qualquer objecto processual a providência pedida de tutela é também o próprio fim ou bem jurídico tutelado.

ao arresto ou que a sociedade que executa uma deliberação viola um direito à respectiva suspensão.

Se assim fosse, então, **antes** da decisão cautelar, impenderia, por exemplo, sobre o requerido uma *específica proibição de alienar bens* que fossem objecto de garantia e objecto de uma acção judicial — a existência do art. 271º, permitindo a alienação do objecto/direito litigiosos, está aí para o negar e, bem assim, o § 265 /1 ZPO na Alemanha, como pertinentemente nota EVERS ¹⁹²⁴ e, num contexto diverso, MINNEROP ¹⁹²⁵. O que há é um *dever de actuação de boa fé*, como se deduz da impugnação pauliana (cf. art. 612º CC), o que é completamente diverso.

Trata-se de uma solução a afastar, por conseguinte.

II. Uma *segunda via de solução* será afirmar que o dito direito material à cautela existe/constitui-se com o próprio uso da via de tutela, sem anterior fundamento material. Desse modo evitar-se-ia cair na tese da mera acção e ficar-se-ia próximo, *de facto*, da tese alemã da pretensão *processual* de segurança, naquilo em que esta revela ser uma clara admissão de que antes do procedimento de Arrest ou de einstweilige Verfügung não há nada no plano material.

Mas então, tal como quanto a esta, várias perguntas teriam de ser colocadas: qual a sua fonte? Qual a sua justificação material? Qual a ligação com o bem jurídico do direito acautelando? Ou teria justificação processual? Isto dando de barato que se deixe de pugnar que o meio de cautela tem por fundamento um direito a si mesma.

Ainda assim, porventura valeria uma proposta feita por LEIPOLD de que existiriam normas de direito material que durante o tempo que medeia entre o nascimento e a resolução definitiva de um litígio, e na “eventualidade de falta de clareza e do litígio quanto ao direito aplicável vigor no tempo intermédio” ¹⁹²⁶, distribuiriam os direitos e deveres pelas partes, constituindo uma “regulação que valoriza autonomamente o interesse de conflitos no tempo intermédio” ¹⁹²⁷: as *Sachlichrechtliche Zwischennormen* ou *Zwischenrecht* ¹⁹²⁸, i.e., normas de direito material intermédio.

Os exemplos não são, absolutamente pacíficos. LEIPOLD aponta o § 102/5 BetVG ¹⁹²⁹, enquanto EVERS, na sua apreciação crítica à tese de LEIPOLD, admite que

¹⁹²⁴ *Die Begründung* cit., 61.

¹⁹²⁵ *Materielles Recht* cit., 55.

¹⁹²⁶ LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 263.

¹⁹²⁷ LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 263.

¹⁹²⁸ *Grundlagen* cit., 54 ss.; *Strukturfragen* cit., 263–265.

¹⁹²⁹ *Strukturfragen* cit., 265.

também as próprias previsões de restituição provisória da posse ¹⁹³⁰ e de direito de resposta por via do meio da *Gegendarstellung* ¹⁹³¹ fossem *Zwischennormen* ¹⁹³².

Estes últimos são de refutar dado que quanto a eles nenhuma norma adicional se vem sobrepor à própria previsão de uso de meio tutela: a especificidade de *Zwischennormen* é a de ser a própria lei a impor uma regulação provisória *extra-judicialmente*. Já pelo contrário, é isso que sucede com o § 102/5 BetrVG em que se a comissão laboral de empresa contestar um despedimento no prazo legal, deve a entidade patronal, enquanto está pendente acção de declaração da existência da relação laboral, manter o trabalhador no posto de trabalho, a seu pedido, sem alteração de condições, após o termo do prazo para despedimento e até ao trânsito em julgado ¹⁹³³.

III. O fenómeno das *Zwischennormen* deve ser correctamente arrumado no plano dogmático.

Tais normas não são fundamento material para a tutela cautelar não tanto pela sua escassa expressão positiva que impedirá ¹⁹³⁴ uma generalização, mas mais pela impossibilidade de nela se encontrar um bem jurídico anterior ao próprio litígio: elas enunciam uma regulação para um conflito, *i.e.*, uma tutela, e não os fundamentos do próprio litígio.

Ou seja: enunciar como fundamento cautelar um direito material intermédio é novamente imputar ao meio de tutela uma função legitimadora das pretensões em conflito. Em suma: os erros de abordagem não mudam por, em vez de um direito/pretensão material à cautela termos agora um direito/pretensão material à regulação legal.

Deste modo, permanecem aquelas perguntas.

¹⁹³⁰ *Grundlagen* cit., 58.

¹⁹³¹ *Grundlagen* cit., 59.

¹⁹³² LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 263–264, aponta ainda o § 80 VwGO onde se prevê a suspensão dos efeitos do acto administrativo, na pendência da impugnação.

¹⁹³³ Salvo se, como se prevê nos pontos 1 a 3 do mesmo § 102/5 BetrVG, a acção estiver parada ou sem perspectivas suficientes de sucesso, a manutenção do trabalhador puder conduzir a encargos económicos insuportáveis ou a contestação da comissão laboral seja abertamente improcedente.

¹⁹³⁴ Neste sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 55.

3.2. **Direito acautelando**

3.2.1. **Ponto de ordem**

Importa ultrapassar as insuficiências das anteriores abordagens e descortinar qual o objecto material da acção cautelar.

Quer a tese da mera acção, quer a tese do direito substantivo à cautela, chegando a resultados diferentes, sofrem ambas do mesmo vício: *não conseguem traduzir devidamente a especificidade da tutela em presença no campo do direito material*. Uma nega, precisamente, que haja tutela no campo do direito material, deixando-se impressionar por o direito acautelando não ser declarado; a outra faz-lhe corresponder um direito material que, em nosso ver, não existe.

Por seu turno, a tese da pretensão processual *labora fechada em si mesma*, sem equacionar, de modo consistente, uma relação com a própria estrutura do direito acautelando — afinal, ainda e sempre, o *fumus/Anspruch* sem o qual nenhuma cautela se poderia justificar.

Na verdade, estas três teses têm em comum um erro de abordagem ao problema em questão: não conseguem ir materialmente mais além do que da própria cautela. Ou seja: ficam-se pela constatação de que são produzidas judicialmente cautelas/seguranças, sem buscarem o direito que se esconde por detrás dessa tutela. Esse erro decorre do postulado comum tanto a CHIOVENDA, como a WALKER, por exemplo, de que está a garantir-se a efectividade da tutela jurisdicional ¹⁹³⁵.

Ora, por nossa parte já refutámos esse postulado e temos pugnado pela existência de uma tutela preventiva, tanto judicial, quanto extrajudicial, do próprio direito acautelando. Pois sem este não há necessidade de tutela cautelar, repetimos.

Há que voltar, por isso, ao direito acautelando.

A solução há-de residir na conteúdo desse direito e há-de resolver o seguinte paradoxo duplo perante o qual soçobram as teses analisadas: a tutela cautelar aponta sempre para o *direito subjectivo* que deveria ser protegido em acção principal e, no entanto, *não lida* exactamente com o mesmo bem da vida que é afectado por aquele, mesmo em sede cautelar antecipatória; é uma tutela em face de um evento *virtual* — o perigo de dano — e, no entanto, pode ser tida pelas partes como suficiente para resolver o litígio *actual*.

Qual é, então, o verdadeiro direito ou situação jurídica que se esconde de nós, sob a capa processual da cautela?

¹⁹³⁵ Vor § 916 cit., Rdn. 1.

3.2.2. Enunciado

Alguns AUTORES defendem que o direito que funda o pedido cautelar e, bem assim, o bem jurídico a proteger são os mesmos que fundam o pedido principal. Ou seja: por detrás da cautela esconde-se o direito subjectivo que mereceria uma acção principal.

Assim, foi a posição de SATTA a propósito do *sequestro conservativo* (arresto). O facto de o procedimento cautelar ser sumário, em nada tocava na natureza do respectivo objecto de apreciação do juiz. O direito protegido em sede principal é o mesmo direito protegido em sede cautelar. Não cumprir com a prestação ou não permitir que o credor possa satisfazer a sua garantia sobre os bens “são duas formas diferentes de violação de um direito único (de crédito)”¹⁹³⁶.

O arresto não pode ser assim uma mera acção, mas o exercício actual de um direito obrigacional: da suficiência de uma *summaria cognitio* em sede cautelar “não se pode deduzir que o arresto não pressupõe o crédito”¹⁹³⁷. Por isso, a certeza da sua inexistência faz caducar a providência cautelar, v.g. o *arresto*.

Também é essa actualmente a posição de MONTELEONE¹⁹³⁸ quando defende que o fundamento do *sequestro conservativo* é “sempre o *direito de crédito e acção de condenação*”, e não uma “diversa entidade substantiva e processual tendo por objecto autónomo e único o próprio arresto”.

Por seu turno, HÉRON/LE BARS afirmam em França que o juiz dos *référés* pode ordenar ou medidas correspondentes ao “efeito jurídico, ou a uma parte do efeito jurídico *da regra material aplicável*” pelo juiz da acção principal¹⁹³⁹.

Enfim, entre nós, alguma jurisprudência afirma isso mesmo: que o “direito que a providência cautelar tem por fim assegurar é *aquele que o requerente dessa providência alega* ter sobre a coisa litigiosa” (RL 10/10/1942)¹⁹⁴⁰ ou que, em sede de litispendência cautelar, se escreva que para “haver identidade de pedidos, como pressuposto de litispendência, tem que ser *o mesmo o direito subjectivo cujo reconhecimento e (ou) protecção se pede*, independentemente da sua expressão quantitativa” (STJ 6/6/2000).

¹⁹³⁶ L´ *esecuzione forzata*, 1937, 40

¹⁹³⁷ *Ob. loc. cit.*

¹⁹³⁸ *MDPC* II cit., 301.

¹⁹³⁹ *DJP* cit., 294.

¹⁹⁴⁰ RJ 27 (1942), 306.

3.3. Aproveitamento

I. No plano geral de princípio é esta precisamente a nossa posição de base.

Em primeiro lugar, é a nossa posição de base quanto ao **arresto**: pelas conclusões alcançadas na crítica à tese do direito material à cautela, é seguro dizer que a previsão civil de arresto — que, aliás, poderia estar apenas no Código de Processo Civil — é tão só uma previsão de um meio de tutela processual para o direito de crédito. Não há um direito material ao arresto — o que existe é que uma dimensão essencial na *estrutura interna do direito de crédito*: que o património do devedor serve de garantia geral das obrigações, como enuncia o art. 601º CC ¹⁹⁴¹.

Por isto, e ao contrário do que pretende ALLORIO, a apreciação e concessão de um *sequestro conservativo pressupõe de modo necessário, porquanto integrante da causa de pedir*, a existência, ainda que aparente, do direito de crédito. Assim o exige o art. 407º, nº 1: tem-se direito ao meio processual *arresto porque* se é titular aparente de um direito de crédito contra o requerido que se encontra em situação de perigo.

Também por estarmos já perante uma tutela do crédito deve refutar-se, em absoluto, a opinião de ALLORIO de que a improcedência da acção de condenação, não é sinónimo de não se ter exercido um direito substantivo, pois o que se exerceu não foi o direito principal mas o direito ao sequestro ¹⁹⁴². É precisamente o oposto, como já notara SATTA: a improcedência de uma ulterior acção de condenação ou de uma ulterior oposição à execução com fundamento em inexistência da obrigação exequenda /cf. art. 814º, al. e) e 816º) é, inegavelmente, sinónimo de *não se ter exercido um direito de crédito em sede de arresto*. Na verdade o que sucedeu, como está também implícito em SATTA, é que enquanto no momento cautelar o direito principal foi avaliado no

¹⁹⁴¹ Esta conclusão não é negada por eventuais efeitos materiais das formas de tutela como a inoponibilidade de disposições e onerações de bens arrestados ou a obrigação de represtinação como efeito de uma anulação de contrato: uma eficácia material das providências de tutela não significa uma substancialidade dessas *providências*, como está subjacente em ALLORIO, mas sim uma substancialidade dos *direitos* que comportam essas providências como sua expressão. Esta mesma conclusão tampouco implica, ainda, que o direito de acção tenha um conteúdo material: ele é, como já atrás dissemos, abstracto, *i.e.*, não depende da efectiva procedência da posição material alegada. Contudo, a despeito dessa abstracção, o direito de acção constitucionalmente não é um mero exercício académico ou social ou desportivo dos meios dos tribunais, mas é uma defesa de uma hipotética ou alegada posição material de que o autor beneficia. Ou seja: o fundamento do direito de acção é uma instrumentalidade hipotética *inicial*: um *alegado exercício* daquela posição material, a confirmar ou a infirmar na decisão final. É neste sentido que deve ser lido o nosso texto principal.

¹⁹⁴² *Per una nozione cit.*, 26.

plano da aparência ou do *fumus*, no momento da acção final o direito principal foi avaliado no plano da certeza ou da declaração.

II. Este entendimento é ainda coerente com aquilo que já afirmámos quanto ao objecto da protecção das **cláusulas gerais de tutela preventiva extrajudicial dos direitos**: *não é um efeito útil de futura acção judicial, mas é o próprio direito substantivo ou é o próprio interesse legalmente protegido, que corre perigo. É esse o objecto dessa tutela cautelar quando exercida extrajudicialmente* ¹⁹⁴³ *e é esse o mesmo objecto dessa tutela quando exercida judicialmente* — única afirmação coerente com a constatação que fizemos de que o próprio sujeito interessado pode, segundo o nº 2 do art. 412º, “fazer directamente o embargo [de nova obra] por via extrajudicial” em defesa do *próprio direito real/pessoal de gozo ou a posse* ou ao abrigo do art. 209º CDADC pedir a intervenção adiministrativa ¹⁹⁴⁴.

E é, ainda, um entendimento congruente com um fenómeno que já notámos: há exemplos de litígios ou pretensões que, consoante a vontade legislativa, ora são tratados em sede cautelar, ora em sede autónoma: assim, sucede com a *cautio damni infecti* que era uma acção autónoma no nosso Código de 1876 e que é actualmente uma providência cautelar no direito italiano (cf. art. 1172º CC/It), sendo certo que em ambos os casos se *luta* contra o perigo de dano.

III. Finalmente, o entendimento de que o direito que funda o pedido cautelar é o mesmo que funda o pedido principal explica, ainda, o regime específico de responsabilidade do art. 390º ou do § 945 ZPO. Lembramos que estes cominam a *obtenção sem causa* de uma providência cautelar: se existisse o tal direito ao arresto ou, em geral, um direito à cautela, tal cominação estaria ausente, já que a obtenção daquelas providências, ao dizerem respeito a outro direito subjectivo, não seria tocada pela negação do direito por ele assegurado.

Deste modo, mesmo a própria instrumentalidade entre as duas acções é expressão da identidade do direito que está subjacente aos pedidos de tutela ¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴³ Salvo, naturalmente, quanto aos poderes potestativos que só em tribunal podem ser exercidos.

¹⁹⁴⁴ Já nem sequer cuidamos de chamar novamente à colação a opinião de ANSELMO DE CASTRO, atrás referida no § 8º 2.3.2.A.,II, no sentido de que todos as providências cautelares poderiam ser exercidas extrajudicialmente, sujeitas, depois, a confirmação judicial. A adesão a ela — algo que não fazemos — seria um verdadeiro xequê-mate a toda a doutrina que vê na cautela uma salvaguarda de efeito útil.

¹⁹⁴⁵ O ac. STJ 16/10/2003 mostra bem como o direito que se avalia e exerce no procedimento cautelar não só não é autónomo, como é o mesmo da acção principal, quando enuncia como condição da responsabilidade *ex vi* art. 390º “uma conduta processual do requerente do procedimento cautelar que, *prevalecendo-se do seu*

3.4. *Apreciação crítica*

I. Mas este é tão só um entendimento genérico de base.

A mera afirmação da identidade de direito tutelado por via cautelar com o direito tutelado por via principal levanta um problema que pode ser enunciado de duas formas diferentes.

Por um lado, *ela não é suficientemente precisa* para explicar do ponto de vista **material** como é que uma afectação de um bem, v.g., nos termos de um crédito ou de um direito real, pode comportar algo que parece ser estranho à sua funcionalidade: não o cumprimento das obrigações ou deveres que constituem o conteúdo típico desse direito, mas, sim, a prevenção do seu não cumprimento.

Na verdade a tutela cautelar é concedida *por causa* do direito principal, exige a sua demonstração, mas sem que por ela se proceda, *em regra*, ao exercício do conteúdo definidor ou típico desse direito. Assim, arresta-se um bem por causa do crédito, mas sem que haja pagamento ou, em geral, cumprimento da prestação. Dizemos em regra dada a existência de cautelas antecipatórias que tornam a solução ainda menos clara.

Daí a tradicional oposição na doutrina, maxime alemã, entre um momento de realização do direito do conteúdo do direito e um primeiro momento de prevenção da futura realização desse conteúdo.

E, no entanto, em qualquer dos momentos de tutela não saímos do quadro de legitimação material definido pela titularidade de um direito subjectivo ou pelo benefício de um interesse legalmente protegido.

II. Por outro lado, esta afirmação de identidade de direito acautelado/tutelado também não consegue explicar porque é que do ponto de vista **processual** estamos perante dois objectos diferentes, correspondentes àqueles dois momentos, sem relações formais de litispendência ou de caso julgado ¹⁹⁴⁶.

Na verdade, a tese em análise poderia mesmo conduzir à conclusão errada de que a providência cautelar dita *antecipatória* — de antecipação prática dos resultados da acção principal — não teria uma funcionalidade preventiva, mas antes de pura e simples aceleração processual perante o *periculum in mora*. É que se assim fosse como poderiam cautela e acção principal ter objectos diversos?

carácter urgente e sumária cognição, não tenha procurado informar-se da *efectiva existência do seu direito substantivo* com o cuidado de uma pessoa normalmente diligente”.

¹⁹⁴⁶ Foi o que vimos atrás § 6º 2.3.2.

Simétrica e opostamente, a mesma tese deixaria por explicar o poder de se pedir e obter uma providência cautelar dita *conservatória*: como podem objectos diversos referirem-se ao mesmo direito?

III. Claramente impõe-se apurar se há algum **poder activo preventivo no seio** do próprio direito que depois apenas pela via cautelar se possa tutelar. Portanto, não se trata de afirmar novamente um direito/preensão material à segurança, mas trata-se de apurar uma dimensão material que depois apenas pela segurança — meio e não um fim em si mesmo — possa ser salvaguardada.

Em suma: procura-se construir a ponte material entre o direito acautelando e a providência cautelar, *i.e.*, sem colocar aquele como objecto desta, mas sem lhe retirar o seu papel de *fumus/Anspruch*.

3.5. Dever acessório de respeito pelo direito alheio

3.5.1. Enunciado

I. Nos anos cinquenta, JANNUZZI elaborou uma construção que, *embora não seja ainda a adequada*, constitui uma boa base de trabalho para, sem sairmos do âmbito do direito principal, possa constituir aquela ponte material a que aludimos.

JANNUZZI parte da afirmação, próxima de ALLORIO, de que a “situação de perigo reclama a aplicação de uma norma, que atribua ao credor um direito autónomo” ¹⁹⁴⁷. A partir daí vem defender que ao lado do *dever principal* correspondente ao comportamento imposto pela norma que atribui ou reconhece um direito subjectivo, haveria outros *deveres acessórios* ou *instrumentais* perante aquele, que se traduziriam num correlativo direito subjectivo autónomo na esfera do titular do direito. As providências cautelares seriam o meio processual de tutela desse direito subjectivo.

Esta tese implica um conjunto de passos lógicos.

II. Em primeiro, lugar, estando desprovida de autonomia normativa literal, a existência daquele direito acessório teria de ser deduzida por interpretação teleológica da mesma norma ou se quisermos, num plano concreto, ser decorrente do mesmo título, que estatui ou é fonte do direito subjectivo, dando origem a um dever genérico ou a um dever específico, consoante seja um direito absoluto ou um direito relativo.

¹⁹⁴⁷ *Per la ricerca cit.*, 589.

Efectivamente, JANNUZZI escreve que “no próprio dever principal, de ter o comportamento prescrito pela norma, estão implícitos outros deveres acessórios, que tornam possível a sua realização” ¹⁹⁴⁸. Esses deveres acessórios seriam:

- um dever genérico de “abster-se de actos de perturbação ou de impedimento ao exercício do direito subjectivo” fundado sobre o *princípio de neminem laedere* ¹⁹⁴⁹, pelo qual o “ordenamento jurídico, ao reconhecer o direito subjectivo (...) garante a realização do interesse, em favor do titular”;
- *deveres específicos*, correlativos ao poder do credor, de ter o “comportamento necessário à satisfação do interesse” ¹⁹⁵⁰, pois “para o devedor, reconhecer o direito do credor equivale a reconhecer a existência do vínculo em virtude do qual ele está adstrito a cumprir pontualmente a sua obrigação” ¹⁹⁵¹ e que, no caso do direito de crédito, seriam:
 - “dever de reconhecer o direito de outrem”, ligado, “segundo uma relação de mediação ou de instrumentalidade, à observância da obrigação de cumprimento” ¹⁹⁵²;
 - o dever de “limitar o exercício das faculdades relativas ao seu próprio direito” ligado, “segundo uma relação de mediação ou de instrumentalidade, à observância da obrigação (...) de sofrer as consequências do incumprimento ” ¹⁹⁵³;
 - de “conservar o próprio património” ligado, “segundo uma relação de mediação ou de instrumentalidade, à observância (...) do dever de *neminem laedere*” ¹⁹⁵⁴.

III. Em segundo lugar, a providência cautelar seria o meio de “tutela autónoma que o credor tem o poder de invocar e de exercer defronte a uma situação de perigo de inobservância do direito” ¹⁹⁵⁵.

A sua função e natureza processual seriam, ao mesmo tempo, comuns às acções de simples apreciação, e autónomas. Efectivamente, as acções de simples apreciação

¹⁹⁴⁸ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁴⁹ *Ob. loc. cit.* JANNUZZI, *Sulla legittimazione del conduttore a proporre le domande di dinuncia di nuova opera e di danno temuto*, RDP 6/2 (1951), 65 e 66, fundamentará, depois, sobre esse mesmo princípio a legitimidade do arrendatário em propor procedimentos cautelares de *denuncia di nuova opera* e de *danno temuto*.

¹⁹⁵⁰ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁵¹ *Idem*, 590.

¹⁹⁵² *Idem*, 589.

¹⁹⁵³ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁵⁴ *Ob. loc. cit.* Triplicamos o uso da mesma estrutura frásica em resultado da divisão do seu conteúdo que, no texto citado, aparece fundido.

¹⁹⁵⁵ *Idem*, 589.

teriam uma função de “prevenir a inobservância do direito” ¹⁹⁵⁶ ao pôrem fim a uma “situação de incerteza sobre a existência ou o modo de ser do direito, gerada pela constatação do direito de outrem e que é uma “ameaça para o cumprimento da obrigação” ¹⁹⁵⁷ e “nociva, porque por seu lado potencia [*cagiona*] o perigo de uma futura violação do direito” ¹⁹⁵⁸. Ora, também as providências cautelares seriam na sua substância “ainda um processo de simples apreciação [*processo di mero accertamento*], pois que a lesão do direito ainda não se veriificou” ¹⁹⁵⁹. Ambas, tendem, a “realizar o dever de reconhecer o direito de outrem, como pressuposto do cumprimento” ¹⁹⁶⁰.

Autonomamente, porém, a tutela cautelar teria como finalidade específica “realizar a situação mais propícia à observância do direito, tornando eficaz na prática aquele dever de reconhecer o vínculo” ¹⁹⁶¹. Sem passar pela realização forçada da obrigação, *i.e.*, “contra a vontade do devedor” ¹⁹⁶², mas através de um “resultado que, em vez disso, se exprime ou numa proibição de prossecução da perturbação do direito alheio ou na imposição de cautelas quando a actividade não seja proibida” ¹⁹⁶³. Neste segundo caso, em que não se dependeria da vontade do devedor para cumprir a proibição, constituir-se-ia “uma situação de impossibilidade física ou material (...) à actividade de moléstia” ¹⁹⁶⁴.

IV. Em terceiro lugar, este dever acessório teria uma função *material* instrumental de “garantia em relação à obrigação principal” ¹⁹⁶⁵ e, por isso, a medida cautelar ao servir para “assegurar este nexos de instrumentalidade” ¹⁹⁶⁶ serviria o direito principal. Processualmente, isso geraria a instrumentalidade sobejamente conhecida: através da prevenção de um “perigo de inobservância do direito” ou de “agravamento da lesão do direito” manter-se-ia “fechada uma determinada situação, durante o tempo necessário a fazer valer o direito com a acção declarativa ordinária” ¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁵⁶ *Idem*, 590.

¹⁹⁵⁷ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁵⁸ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁵⁹ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶⁰ *Idem*, 591.

¹⁹⁶¹ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶² *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶³ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶⁴ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶⁵ *Idem*, 589.

¹⁹⁶⁶ *Ob. loc. cits.*

¹⁹⁶⁷ *Idem*, 584.

3.6. Aproveitamento e apreciação crítica

I. A tese de JANNUZZI produz vários resultados teóricos fecundos a que aderimos, pois suprem as lacunas que as outras teses não resolviam. JANNUZZI consegue reportar o fundamento material das cautelas para antes do momento uso do meio cautelar, conserva-o na órbita do direito acautelando, mas sem o identificar com o núcleo funcional deste, evitando desse modo uma confusão dos objectos cautelar e principal.

Esses resultados são decorrências de três afirmações que nos parecem ser nucleares do pensamento de JANNUZZI: “no *próprio dever principal*, de ter o comportamento prescrito pela norma, estão implícitos outros *deveres acessórios*, que tornam possível a sua realização”; estes importam um “comportamento necessário à satisfação do interesse”, através da abstenção “de actos de perturbação ou de impedimento ao exercício do direito subjectivo”; directa ou indirectamente eles fundam-se no princípio de *alterum non laedere*.

Esta última ligação é importante, pois permitiria encarar a cautela não como um fim em si mesmo, mas como um meio de realização de um princípio de direito material.

Subsistem, apesar disto, questões sem resposta.

II. Em primeiro lugar, no plano material JANNUZZI apenas muda de perspectiva perante ALLORIO, WACH e BRIEGLEB: substitui um *direito/pretensão acessórios* à cautela/caução, por um *dever acessório* de respeito. Ora no quadro das teses materiais da cautela não há uma imediata vantagem, se estas mantiverem uma estrutura relativa, pois ao direito do titular do direito, corresponderá o dever do terceiro. Afirmar um direito acessório à cautela ou um dever acessório ao respeito são correlativos.

Apenas afirmando que esse direito/dever é estruturalmente absoluto é que poderá haver ganhos. Mas importará aprofundar esta questão, como faremos.

Em qualquer circunstância, dificilmente JANNUZZI conseguiria evitar uma objecção que já estava potencialmente presente em sede da tese de ALLORIO: a admissibilidade de deveres acessórios de segurança que vinculem cada sujeito jurídico no seu dia-a-dia normal, não litigioso. Se assim for *qualquer sujeito está em relação jurídica com qualquer outro sujeito da ordem jurídica*, tendo por objecto *pretensões de comportamento* específicos. Por exemplo: o devedor estará obrigado a não alienar/onerar os seus bens em termos que conduzissem à perda da garantia do credor; uma sociedade estará obrigada perante cada sócio a não produzir deliberações anuláveis e, assim sucessivamente.

A tutela cautelar seria, assim, uma tutela de *pretensões materiais* — uma miríade de pretensões materiais — correspondentes a outros tantos segmentos específicos de comportamento adequado a não impedir a satisfação do direito subjectivo de outrem. Todos os sujeitos estariam relacionados com esse escopo.

Será assim? Embora seja manifesta a desrazoabilidade de toda esta construção, preferimos não nos pronunciar de momento. A questão é, afinal, de direito substantivo pelo que preferimos tratá-la em separado no ponto seguinte da nossa investigação. Por ora repetimos um argumento já utilizado: se que alguém estivesse obrigado a não alienar/onerar bens em prejuízo de outrem seguramente que seria ilícita a sua alienação na pendência de uma acção judicial do objecto/direito litigioso, o que é negado pelo art. 271º.

III. Em segundo lugar, coloca-se um problema no estrito **plano processual** da articulação entre a situação jurídica tutelada e o meio de tutela. É que a relevância jurídica do elemento fáctico *perigo de dano* não é privativa das providências cautelares: já apurámos em sede da função preventiva que às acções de simples apreciação exige-se um interesse processual específico que, a maior parte da doutrina, aponta como sendo um *receio de um prejuízo* em razão da insegurança; às acções inibitórias exige-se que se pretenda afastar um *receio do cometimento inicial ou continuado de um ilícito*.

Deste modo bem se pode perguntar se, afinal, há um fundamento material comum a todos meios de tutela preventiva — aquilo que designaríamos por *visão integrada* da função cautelar — ou há tantos fundamentos materiais quantas as tutelas —aquilo que designaríamos por *visão singular* da função cautelar?

IV. Por conseguinte, a questão que temos agora entre mãos é mais vasta do que se poderia supor numa primeira análise. Apurar o que seja um direito acessório à cautela implica também apurar se é a mesma situação jurídica que está subjacente a uma acção inibitória ou, inclusive, a uma acção de simples apreciação.

Impõe-se olhar para a função preventiva como um todo.

§ 10º REFORMULAÇÃO DOGMÁTICA

1. **Fundamento material da função preventiva: proibição de ingerência ilícita na esfera alheia (alterum non laedere, Vergehensverbot)**

1.1. **Valor material autónomo**

I. Na devida sede, seguimos HENCEKL ¹⁹⁶⁸ e ZEUNER ¹⁹⁶⁹ e definimos a tutela preventiva como a *defesa perante ameaças de intervenção numa esfera jurídica* e, correlativamente, afirmámos como conceito central a *intromissão/ingerência*. Esta tanto abrange o *acto ilícito civil*, i.e., o acto com o desvalor abstracto de violação da norma, como o efeito concreto do *dano*, que poderá resultar desse ilícito civil ¹⁹⁷⁰.

Importa agora demonstrar e desenvolver dogmaticamente estas afirmações.

Prima facie, pareceria não ser possível, e até mesmo dispicienda no plano da lógica jurídica, a afirmação de um **valor material autónomo à não ingerência na realização do direito**.

Afinal, poder-se-ia dizer que o direito ao respeito pela vinculação não se distingue, por definição, do próprio direito principal, chamemos-lhe assim. Seriam duas faces da mesma moeda, sem um meio-termo temporal ou uma separação funcional.

Sê-lo-iam numa perspectiva estática — quando o sujeito não se abstém de um acto turbativo está a violar *ipso facto* o direito principal e quando se abstém de um tal acto está a satisfazer o direito principal — e numa perspectiva dinâmica — quando se realiza o direito principal (v.g., pagamento, entrega de coisa, realização de obra) é porque houve cumprimento prévio do direito acessório à actuação adequada à realização do direito e, inversamente, quando se viola o direito principal é porque não se actuou previamente de modo adequado em ordem à realização do direito.

II. Mas, todavia, assim não é, em nosso ver: parece-nos ser possível manter a separação entre uma função e um momento de cumprimento de um dever de respeitar o direito/interesse alheio e uma função e momento de cumprimento do dever de realizar a prestação que é objecto daquele direito/interesse.

Nos *direitos relativos* aquele valor autónomo regula todo o comportamento do sujeito obrigado até ao momento imediatamente anterior ao primeiro acto de cumprimento.

¹⁹⁶⁸ *Vorbeugender Rechtsschutz* cit., 98.

¹⁹⁶⁹ *Gedanken* cit., 295.

¹⁹⁷⁰ Remetemos para o § 8º 2.1., III

Exemplo (1): num contrato de comodato uma coisa é o sujeito esconder a coisa comodatada para depois não a devolver no vencimento, outra coisa é a própria devolução; ora, a coisa pode ser esbulhada e, porém, não gerar a impossibilidade de devolução se for recuperada antes do momento contratualmente devido. Inversamente, uma coisa pode não ser devolvida na data da entrega que haja sido marcada o que se configura uma violação do direito à restituição, mas isso não toca na questão do comportamento que seria devido até esse momento o qual pode ter sido irrepreensível.

Exemplo (2): uma coisa é o sujeito alienar os seus bens para fugir à penhora, outra coisa é o próprio não pagamento da dívida; aquela pode suceder e o sujeito acabar por pagar; inversamente o sujeito pode não pagar o que deve, apesar de até aí nunca ter alienado bens, nem dado sinais nesse sentido.

Exemplo (3): sendo um *direito de prestação continuada de non facere* — v.g., de não fazer barulho, de permitir o gozo de um bem em aluguer — um valor autónomo de segurança da sua verificação corre constantemente com aquela prestação e, portanto, é temporalmente contemporâneo, pelo que se poderia pensar que cumprir o dever de realizar a prestação principal, não se distinguiria do dever de salvaguardar a sua viabilidade¹⁹⁷¹, mas não será assim: o cumprimento continuado da prestação principal não esgota o comportamento devido pelo sujeito. Este tem de manter condições fácticas e jurídicas para assegurar para, *in casu*, o cumprimento constante¹⁹⁷².

Nos *direitos absolutos*, esse respeito é o objecto próprio da vinculação dos terceiros.

Exemplo: há uma vinculação continuada e permanente por parte dos demais sujeitos da ordem jurídica em não esbulhar, não estragar bens alheios¹⁹⁷³ ou, ainda, de não ofender o bom nome ou não devassar a via privada alheia.

Numa perspectiva negativa, pode dizer-se que esse valor implica **uma proibição tanto de perturbação** — i.e., comportamentos que não acarretam a extinção ou a impossibilidade de exercício do direito, mas que restringem quantitativa e/ou

¹⁹⁷¹ Nesse sentido JAUERNIG *Der zulässige Inhalt* cit., 328–239 negou que pudessem existir meras medidas cautelares de segurança — *Sicherungsverfügungen* — de prestações de *non facere* pois o sujeito ou inibe-se no momento actual ou não se inibe de todo; em suma: ou se cumpre ou não se cumpre.

¹⁹⁷² Assim, não se vê como se possam não relevar ameaças de incumprimento futuro ou negociações com terceiro tendentes a celebrar contratos incompatíveis com aquele cumprimento.

¹⁹⁷³ Nos termos do princípio geral de *alterum non laedere*: OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/Reais* cit., 611–612; RUI PINTO, *Direitos Reais* cit., 51.

qualitativamente a sua realização —, **quanto de impedimento à realização do direito subjectivo** — *i.e.*, comportamentos que acarretam a extinção ou a impossibilidade de exercício do direito.

III. Esta nossa consideração desse valor material não é original já que ela é reconhecida em alguma doutrina civilista.

Na doutrina latina esse valor jurídico é tradicionalmente referido como o **princípio geral de *alterum non laedere*** enquanto dever que todo o sujeito da ordem jurídica tem de actuação adequada à não lesão de todo e qualquer direito alheio. Esse dever terá expressão numa oponibilidade fraca do direito *erga omnes*, relevada em sede *repressiva* através do instituto da *responsabilidade civil* ¹⁹⁷⁴ e relevada em sede de direitos absolutos (*maxime*, reais e de personalidade), enquanto dever genérico de não ingerência — um *dever genérico de respeito* ¹⁹⁷⁵ — no gozo do bem que é proporcionado pelo direito, como defendem OLIVEIRA ASCENSÃO ¹⁹⁷⁶ e MENEZES CORDEIRO ¹⁹⁷⁷.

IV. Contudo o que estamos a propor agora é um uso preventivo do *alterum non laedere*: a protecção *erga omnes* de um direito faz-se valer também **antes da ingerência** na esfera alheia.

Nessa linha, ESSER/SCHMIDT aludem a “deveres gerais de evitar uma ingerência na esfera alheia” ¹⁹⁷⁸ enquanto, na doutrina processualista, ZEUNER, em franca oposição a SIBER ¹⁹⁷⁹, veio precisamente apontar como causa das acções inibitórias a proibição de ingerências ilícitas (*Vergehensverbot*) nos direitos e bens jurídicos legalmente protegidos, que deve ser conhecido e declarado pelo tribunal ¹⁹⁸⁰. Esta seria precisamente, o próprio objecto da função preventiva para ZEUNER: a “defesa [*Abwehr*] de **intromissões não autorizadas nas esferas jurídicas de outrem**” ¹⁹⁸¹.

¹⁹⁷⁴ Fazendo este uso, MENEZES CORDEIRO, *DOb* 1 cit., 256–259 e *DR/Sum*, 1998, 65.

¹⁹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, *TDCPI*/1 ³, 2005, 190.

¹⁹⁷⁶ *DC/Reais* cit., 611 e 612.

¹⁹⁷⁷ *TDCPI*/1 cit., 190.

¹⁹⁷⁸ *SchRI* ⁶, 1984, 67–68.

¹⁹⁷⁹ *SchR*, 1931, 470 ss., afirmando uma plena separação entre as *Unterlassungsklagen* — e, deste modo, a função processual preventiva — e o *Vergeherensverbot*. Cf. EVERS, *ob. cit.*, 69 criticando esta posição, porquanto ambas as tutelas prosseguem o *Verbot* de ingerência.

¹⁹⁸⁰ *Gedanken* cit., 304.

¹⁹⁸¹ *Gedanken* cit., 295.

Posteriormente, A. BLOMEYER veio também invocar uma obrigação genérica de inibição de actos não autorizados por qualquer forma ¹⁹⁸² e EVERS aludir a um “dever geral de não violar os direitos absolutos e outros bens jurídicos” ¹⁹⁸³.

V. A existência de um valor material específico de prevenção de ingerências, significa do ponto de vista da economia global do ordenamento substantivo *uma diminuição tendencial da importância relativa da responsabilidade civil como modo de regulação do comércio jurídico*. Já LEHMANN escrevia que “a prevenção do dano é melhor do que a reparação do dano” ¹⁹⁸⁴.

O mesmo é dizer que no plano da técnica jurídica terá de haver sempre uma *desvalorização da convertibilidade de qualquer dano concreto em dano abstracto, admitida pelo art. 566º CC* ¹⁹⁸⁵.

Esta postula um princípio de equivalência ético-social entre dano concreto e dano de cálculo tendencialmente pleno pois pretende cobrir mesmo as ofensas às situações de natureza não patrimonial. Ora a valoração da prevenção dessas ofensas é mais conforme à consistente centralidade da dignidade da Pessoa na teoria dos direitos fundamentais, não reconduzível a um valor económico. É a dignidade da Pessoa que está na base do Estado Social de Direito.

Esta graduação de valores jurídicos é patente na questão da substituição de uma cautela por uma caução, quando o dano receado tem por objecto um bem não patrimonial: numa tal circunstância, foi já decidido entre nós pela RP 22/10/1998 de que a “providência cautelar não especificada **não pode ser substituída** por caução quando se destinar a prevenir a lesão da imagem e prestígio do requerente, **nem pode então o juiz impor mais alto valor caucionante** quando o proposto for insuficiente”.

VI. Pode-se discutir o alcance desta diminuição de importância da responsabilidade civil imposta pela consideração global dos valores jurídicos.

¹⁹⁸² ZPR cit., 204.

¹⁹⁸³ Ob. cit., 118.

¹⁹⁸⁴ RSchV cit., 1008

¹⁹⁸⁵ Efectivamente, qualquer dano concreto, *i.e.*, a “lesão de um determinado bem” (MENEZES CORDEIRO *DOb* 2 cit., 298), ainda que seja infungível, moral ou, mesmo, morte (cf. MENEZES CORDEIRO, *idem*, 289–295), pode ser convertido, para efeitos de liquidação da obrigação de indemnizar, em dano abstracto, *i.e.*, numa mera “diferença de valores (...) entre o dano real do património com a lesão e o seu valor hipotético se lesão alguma tivesse ocorrido” (MENEZES CORDEIRO, *idem*, 298). Criticando, essa convertibilidade, em matéria de personalidade, de um direito a um bem jurídico num simples direito a uma indemnização, cf. P. PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, FI 113/V (1990), 5.

Assim, por exemplo, FRITZSCHE¹⁹⁸⁶ defende que a “mera garantia de pretensões de reparação civil não significa qualquer protecção real”, pelo que se impõe constitucionalmente a existência generalizada de acções inibitórias, *i.e.*, de tutela preventiva. E também MEDICUS retira um princípio geral de tutela preventiva do § 1004 BGB¹⁹⁸⁷.

Diversamente, já vimos como SCHULZE-FIELITZ, JARASS e ANTONI¹⁹⁸⁸ são da opinião de que o que se garante constitucionalmente é uma correcção dos efeitos da violação e a reposição do estado anterior à violação, quando os mecanismos repressivos, seja do cumprimento forçado, seja da responsabilidade civil, não sejam idóneos a alcançar esses resultados¹⁹⁸⁹.

A questão é mais complexa, saindo do escopo desta tese. Como veremos melhor adiante, há outros valores constitucionais que poderão ser postos em causa por uma crescente *preventivação* da tutela jurisdicional, em particular, por via cautelar¹⁹⁹⁰.

1.2. Necessidade de tutela adequada

I. Um tal valor material autónomo de viabilização da realização do direito/interesse carece de uma tutela cumprindo uma função também autónoma: a função preventiva.

Esta emerge como uma *dimensão proactiva* ou preventiva da tutela dos direitos subjectivos, anterior à *dimensão passiva* ou histórica tradicionalmente defendida na função de remédio.

Clarifiquemos esta afirmação.

Subjacente ao entendimento tradicional de que o tipo de tutela que o sujeito pode obter é essencialmente uma *tutela de remédio ou repressiva* — com um curto complemento no uso de acções de simples apreciação — está o postulado ideológico de que o *sujeito activo apenas pode esperar pelo cumprimento ou respeito mas não pode tomar medidas concretas para evitar o incumprimento*. Correlativamente, do ponto de vista material, é como se a afectação jurídica de bens — *v.g.*, a coisa móvel, o bom nome — que é permitida pela titularidade do direito subjectivo apenas se fizesse pelo prisma da sua própria ocorrência histórica e não, também, pelo prisma da sua *possibilidade de ocorrência*. Deste modo é como se houvesse um *segmento temporal*

¹⁹⁸⁶ *Unterlassungsanspruch* cit., 41.

¹⁹⁸⁷ § 1004 cit., Rdn. 6.

¹⁹⁸⁸ *Supra*, § 8º 2.1., VI

¹⁹⁸⁹ Defendendo, precisamente, essa inidoneidade em sede de direitos de personalidade: P. PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità* cit., 5.

¹⁹⁹⁰ Cf. § 11º 4.2. Porventura, poderá existir uma tutela *inibitória* geral, mas já não uma tutela *cautelar* geral, dado aquela ser muito menos ingerente na esfera da parte passiva do que esta, como se irá vendo no decurso deste nosso trabalho.

de não direito, e, com ele, de não tutela, *que medeasse entre a constituição da obrigação ou do dever e o momento do seu incumprimento*. Daí falarmos numa **dimensão passiva ou histórica**.

Diversamente, a intenção normativa que estamos a descobrir no direito positivo é ideologicamente mais interventiva, legitimada pelo quadro da evolução constitucional do próprio modelo de garantias processuais ¹⁹⁹¹. A *ratio* é esta: uma simples *dimensão histórica é insuficiente para que a permissão normativa de aproveitamento de um bem cumpra a funcionalidade social que a legitima*. A prossecução desta implica uma **dimensão dinâmica ou preventiva** de imposição judicial da proibição de não ingerência do sujeito passivo. Se alguém está obrigado a realizar uma prestação ou a não interferir na esfera alheia, mal se compreenderia que apenas em caso de violação se manifestasse o direito do sujeito activo; não: o direito do sujeito activo pode manifestar-se antes dessa violação suportando uma *função tutelar preventiva*.

Neste sentido, já em 1901 a jurisprudência alemã entendia que “onde a lei garanta um direito ou imponha um dever deve existir uma acção inibitória”, mesmo sem previsão expressa ¹⁹⁹², enquanto na doutrina SALJEN ¹⁹⁹³ defende que *a unidade entre direito subjectivo e a sua realização* implica necessariamente e *sem consagração legal expressa* tanto acções inibitória, quanto de reposição do estado, fazendo uso analógico dos §§ 823/II e 1004 BGB.

Essa função tanto pode valer-se processualmente, como estamos vendo, como pode valer-se extraprocessualmente, como vimos atrás.

II. A utilidade dogmática e prática dessa dimensão de tutela revela-se num estado intermédio: o estado dito de *perigo* ou *ameaça* de *intromissão/ ingerência*.

Mas que estado intermédio é esse? É um *estado imediatamente anterior a uma intromissão/ ingerência* da situação jurídica activa e em que *um sujeito, de modo expresso ou em resultado do seu comportamento actual, revela que vai praticar ou vai continuar a praticar actos, positivos ou negativos, de intromissão/ ingerência* ¹⁹⁹⁴.

O elemento fáctico do perigo é decisivo: se ele não existir é porque ou não teve lugar ou esse acto é não ingerente, por não ser adequado a conduzir a uma violação. Ao contrário, se o perigo já deu lugar à violação do direito subjectivo entra-se no campo da tutela de remédio.

¹⁹⁹¹ Volte-se ao § °4 1.1.

¹⁹⁹² Tratou-se da decisão RG 11.04.1901 — cf. STIEBLER, *Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtverletzungen*, 1986, 54 e FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch* cit., 18.

¹⁹⁹³ *Quasinegatorischer Rechtsschutz* cit., 913.

¹⁹⁹⁴ Deste modo, não há ameaça de dano se o sujeito ainda que a pense não realiza esta exteriorização, nem se o acto futuro enunciado é inidóneo a violar o direito.

Nesse estado intermédio o comportamento actual não é em si mesmo ilícito, v.g., vender um bem, executar uma deliberação social, mas será ilícito o resultado a que ele idóneamente conduzirá.

Nessa situação a tutela adequada será aquela cuja utilidade consiste **na interrupção do nexo de causalidade comportamento actual/acto ingerente pondo termo àquele estado intermédio de perigo de ingerência.**

Deste modo, do ponto de vista da lógica global da funcionalidade da tutela civil de direitos pode dizer-se que, se o sujeito em *estado inicial de licitude* dispõe de meios de tutela preventiva contra o mero risco e que, se em *estado final de ilicitude* ou violação consumada dispõe de meios de tutela de remédio, então no *estado intermédio* há-de dispor, igualmente, de protecção.

1.3. Concretização normativa

1.3.1. Sede positiva

I. A proibição de não ingerência ou de *alterum non laedere* tem a natureza jurídica de um princípio: deduz-se *mediatamente* de alguns enunciados normativos que aparentemente apenas nela acham justificação, mas não conhece uma consagração legal expressa. Não é erróneo afirmar que a sua consagração é equívoca, por isso.

Pensamos que esta proibição está *subjacente* ao próprio **enunciado geral da responsabilidade civil** pelo dano consagrado no art. 483º CC.

Concretizando: a proibição de não ingerência não se retira da responsabilidade civil, em si mesma, pois esta é um complexo normativamente estatuído em face da verificação de elementos legalmente previstos, nos quais a ilicitude se integra (cf. o nº 1 do dito artigo) ¹⁹⁹⁵. Por seu turno, o dano ou a culpa relevam, neste sentido, como

¹⁹⁹⁵ Mas originariamente a *Unterlassungsanspruch* começou por ser fundada na própria obrigação de indemnização por factos ilícitos danoso tanto na doutrina — cf. referências em OERTMANN, *Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen?*, DJZ 9/13 (1904), 616–618 e LESSER, *Die Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung*, AcP 38 (1913), 102 e 103. O sujeito que tivesse iniciado a acção danosa estaria, *inerentemente*, em face do mesmo sujeito obrigado a não a prosseguir. As obrigações de reparação do dano e de não realização de mais actos danosos andariam sempre próximas, enquanto direitos obrigacionais (LESSER, *Die Unterlassungsklage* cit., 103) Com o tempo, procurou-se desligar a inibição de um prévio acto danoso, como, por exemplo, sucedeu com ELZBACHER, *Die Unterlassungsklage* cit., 215 e 216.

pressupostos da responsabilidade civil, mas não são, em si mesmos, factos constitutivos do ilícito ¹⁹⁹⁶.

Diversamente, há um valor material que está subjacente, como regra, à responsabilidade civil: a proibição de actos ilícitos. A norma que associa o dever de indemnizar ao acto ilícito é uma norma de *proibição* desse acto. Esta proibição postula, necessariamente, uma *não aceitação da ilicitude*.

Há aqui, no dizer de ELZBACHER em sede de fundamentação material de uma acção inibitória, um “**preceito primário** (...) que nem sempre está enunciado” expressamente ¹⁹⁹⁷. Mas, cada “preceito que garanta a alguém uma pretensão de reparação de dano reenvia necessariamente para um outro preceito que proíba em seu favor essa ilicitude” ¹⁹⁹⁸. Também EVERS retira dessa mesma pretensão de reparação gerada pelo acto ilícito danoso que “é imanente ao direito absoluto, a existência de um dever contra todos de respeito por aquele” ¹⁹⁹⁹.

Daqui resulta que, como MEDICUS escreve, a “exigência de abstenção significa uma proibição, e logo a ilicitude da interferência” ²⁰⁰⁰ ou que, em sentido inverso, segundo LEHMANN: “cada ingerência ilícita num bem juridicamente protegido legitima uma acção inibitória, sempre que mais ingerências sejam de recear” ²⁰⁰¹.

Deste modo, a ilicitude pode ser relevada autonomamente *fora dos requisitos da responsabilidade civil* ²⁰⁰², não enquanto um direito subjectivo material, mas enquanto **proibição de ingerência ilícita na esfera alheia**. A responsabilidade civil é apenas um dos meios possíveis de reacção à ilicitude, como bem defendeu ELZBACHER ²⁰⁰³.

Este modo de pensar, acantonado aos direitos absolutos, em razão da sede do § 1004 BGB ser a do direito de propriedade, pode, em nossa modesta opinião, ser alargado aos direitos de crédito: as normas que sancionam com a responsabilidade civil o dano da contraparte, *i.e.*, o art. 798º CC, implicam a proibição de actos que conduzam a esse incumprimento.

II. Afora esta sede, pouco mais haverá que não surja como uma consagração normativa de um meio de tutela, preventiva, justamente. É, por isso, ocioso invocar, a própria existência das normas que se acham formalmente em diplomas substantivos,

¹⁹⁹⁶ Neste sentido, RAPISARDA, *Profili* cit., 109.

¹⁹⁹⁷ *Die Unterlassungsklage* cit., 111. RAPISARDA, *Profili* cit., 110 fala de uma “forma atípica de antijuridicidade”.

¹⁹⁹⁸ *Die Unterlassungsklage* cit., 111.

¹⁹⁹⁹ *Die Begründung* cit., 115.

²⁰⁰⁰ § 1004 cit., Rdn. 59.

²⁰⁰¹ *RSchV* cit., 1010.

²⁰⁰² ELZBACHER, *idem*, 111 ss, algo que também FULD defendeu — cf. OERTMANN, *Unterlassungsansprüche* cit., 617 e 618, em abordagem crítica.

²⁰⁰³ *Die Unterlassungsklage* cit., 112.

consagrando isoladamente meios de tutela preventiva, tanto extrajudiciais — v.g., a execução antecipada do penhor ou da hipoteca, a fixação de prazo pelo credor hipotecário, a legítima defesa — como judiciais — o arresto. A sua existência demonstraria a existência de uma proibição subjacente, defende ELZBACHER²⁰⁰⁴. Mas evitamo-lo pois corre-se o risco de ser um juízo viciado numa lógica circular de auto-justificação que devemos escapar.

Torna-se patente que apenas com o avançar da investigação se irá, doutrinalmente, densificar uma tão escassa base normativa.

1.3.2. Negação de uma pretensão material à não ingerência

I. A questão que se levanta de seguida é a de que modo esta proibição se exprime nas esferas jurídicas concretas, cumprindo uma *função programática*²⁰⁰⁵. Tem-se discutido se não existirá aqui um *direito a uma pretensão*, i.e., à aquisição de uma prestação de não actuação ilícita realizada por terceiro²⁰⁰⁶.

Em **sede cautelar** é esse o entendimento de JANNUZZI quando distingue, como seu fundamento, deveres de *reconhecer o direito de outrem*, de *limitar o exercício das faculdades relativas ao seu próprio direito*, de *conservar o próprio património*. Em suma: um dever de abstenção “de **actos de perturbação ou de impedimento** ao exercício do direito subjectivo”, em ordem à satisfação do interesse do titular do direito²⁰⁰⁷.

Também nesta linha, recentemente FRAU escreveu precisamente que “sob o perfil do conteúdo, a pretensão cautelar coincide com aquela **faculdade de qualquer um que tenha um direito, de impedir o dano ao mesmo**”²⁰⁰⁸. Contudo, a circunstância de o direito não estar acertado leva esta AUTORA a concluir que o “ordenamento jurídico não pode reconhecer já no plano substantivo, uma faculdade que seja uma expressão de um mero *fumus*” mas “dota o sujeito privado do poder processual de dirigir-se ao juiz para que este (...) decida se é oportuno fornecer à cautela uma *situação que é de facto*”²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁴ *Die Unterlassungsklage* cit., 112–113.

²⁰⁰⁵ Uma das funções dos princípios jurídicos, segundo MENEZES CORDEIRO, *MDB* ³, 2006, 142. Deste modo a situação passiva *dever de não ingerência* fica “colocad[a] no âmbito de *normas* proibitivas” (MENEZES CORDEIRO, *TDCP* I/1 cit., 185) como é sua marca distintiva, perante as situações activas.

²⁰⁰⁶ Adaptamos aqui a já conhecida definição de TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução* cit., 15.

²⁰⁰⁷ *Per la ricerca* cit., 589.

²⁰⁰⁸ *La riforma* cit., 477.

²⁰⁰⁹ *Ob. loc. cit.* A colocação de objecções próprias das teses da mera acção, tem, como se vê, impedido a doutrina de desenvolver mais a questão. E curiosamente — pois revela como uma tomada de posição teórica pode levar à negação da realidade — a tendência

Concluimos já que esta tese de JANNUZZI implicava que *qualquer sujeito está em relação jurídica com qualquer outro sujeito da ordem jurídica*, tendo por objecto *pretensões de comportamento* específicos e que a tutela cautelar seria uma tutela de *pretensões materiais*.

II. Como já indicámos preliminarmente, estas considerações merecem-nos muitas reservas, não pela materialidade que pressupõem para a tutela cautelar, mas pela pretensão que exigem e pela exclusividade de uma tal pretensão.

Em primeiro lugar, afastamos aquela tripartição de deveres, pois não é certo que a obrigação de não ingerência se traduza necessariamente em actos de abstenção de perturbação ou de impedimento. É que a **ausência de perturbação/impedimento é um resultado que deve atingir-se, e não uma qualidade dos actos** que a ele conduzam. Em nosso ver, esse resultado tanto pode ser alcançado *pela imposição de actos negativos* de não fazer, ou de deixar fazer, como por actos positivos, de fazer, como mesmo pelo *exercício unilateral de poderes potestativos*.

Efectivamente, quando estudámos o conteúdo do pedido processual deduzido cautelarmente vimos que este tanto pode conter uma *medida condenatória*, dependente de ulterior colaboração do sujeito passivo para a produção de eficácia concreta, como uma *medida constitutiva de efeitos jurídicos*, independente de ulterior colaboração do sujeito passivo para a sua eficácia²⁰¹⁰.

Materialmente esses pedidos de tutela **parecem** ser, no primeiro caso *pretensões materiais dirigidas à actuação do sujeito passivo* seja positiva — v.g., de entrega provisória de um valor indemnizatório ou salarial, de prestação de informações sobre o sucedido em assembleia geral de uma sociedade —, seja negativa — v.g., proibição de exercício de actividade concorrente, de continuação de uma greve, da prática de acto ilegal pela administração de uma sociedade ou de realização de prestações contratuais fraudulentas ou abusivas. Mas no segundo caso já assim não sucede: os pedidos **parecem**, numa abordagem preliminar, apontar para *poderes potestativos* perante o qual o sujeito passivo está num estado de sujeição, seja para a constituição de uma

para a produção de cautelas antecipatórias que, de facto, satisfazem o direito e que, de facto, não são instrumentais, leva FRAU, *ob. loc. cit.*, a escrever que *a jurisprudência está a alterar a função cautelar* e, desse modo a substituir o “objecto típico, por uma pretensão de tipo substantivo, que deveria encontrar sede natural de tutela no processo ordinário”. Ora, essa pretensa alteração na função cautelar deixa de existir se pelo contrário se reconhecer, que a tutela cautelar não tem por função salvaguardar o efeito útil da acção principal mas é uma verdadeira tutela de direitos, *in casu*, dos efeitos da violação da proibição de não ingerência e que apenas a exigência dogmática de um caso julgado e a ligação legal a uma acção ordinária têm “impedido os processualistas de aceitarem a existência desse direito” (OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo cit.*, 74).

²⁰¹⁰ Cf. § 6º 2.3.1.C.

situação jurídica — v.g., autorização para o não cumprimento obrigações contratuais, como as de fornecimento de bens, nomeação de representantes legais com poderes de administração — seja para a modificação temporária de situações jurídicas prévias — v.g., as restrições aos poderes de disposição próprios do arresto, apreensão e depósito de bens, a suspensão de deliberações sociais ou de um despedimento colectivo.

Deste modo é indiscutível a pluralidade estrutural dos conteúdos cautelares, o que não é compaginável com uma estrita e geral recondução a um binómio direito/dever (acessório) à segurança, incompatibilidade que MINNEROP aponta ²⁰¹¹.

III. *Em segundo lugar*, tanto discordamos que a acção cautelar tenha correspondência num direito material à cautela, como defendia ALLORIO, como que tenha correspondência em direitos acessórios, enquanto expressão formal do princípio *alterum non laedere*, como pretende JANNUZZI.

De seguro temos a existência deste princípio, como bem sustenta JANNUZZI, mas não há nem deveres concretos, nem direitos correlativos a esses deveres. *A tutela cautelar não é uma tutela diferenciada de deveres de cuidado* ²⁰¹², pela simples razão de que tais posições jurídicas não lhe são pré-existentes.

Volta-se, então, à tese germânica da pretensão processual à segurança ²⁰¹³? Não: embora sensível no plano material, a questão já foi, em boa medida, resolvida na doutrina da acção inibitória, estabelecida com alcance genérico em sede de § 1004/I, segunda parte BGB ²⁰¹⁴. Aqui sempre se discutiu se esta acção pressupunha uma efectiva correspondência numa pretensão material à inibição e, por isso, se teria a natureza de acção condenatória.

É certo que podem existir pretensões de abstenção e correlativos direitos a abstenção, contratualmente fixados, anteriores a qualquer violação ²⁰¹⁵, ou decorrentes do princípio da boa fé ²⁰¹⁶. Mas aí a sua fonte é o contrato, sem dificuldades conceptuais significativas, pelo que podemos afastá-las das nossas preocupações.

²⁰¹¹ *Materielles Recht* cit., 63.

²⁰¹² Neste mesmo sentido, EVERS, *ob. cit.*, 122 ss.

²⁰¹³ É para aí que regressa EVERS, *ob. cit.*, 125: objecto do § 935 e, bem assim, do § 940 “não é nem uma pretensão material à segurança, nem a pretensão principal acautelanda (...) mas a pretensão processual”.

²⁰¹⁴ Cf. § 8º 2.3.3.B.

²⁰¹⁵ Por todos: FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch* cit., 55 ss. e 452 ss.

²⁰¹⁶ São deveres ou obrigações acessórios pré-existentes entre as partes contratuais, v.g., deveres de cuidado, deveres de informação, os quais têm, como qualquer outra situação jurídica, uma tutela tanto plena, quanto cautelar — nesse sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 70–71.

IV. Ora, em sede de § 1004/I BGB a doutrina majoritária é a favor da existência de uma pretensão material à inibição (*Unterlassungsanspruch*) e um correlativo dever de abstenção (*Unterlassungspflicht*) e a favor uma natureza condenatória daquela acção. Dentro dela, alguns dos AUTORES mais antigos pretendiam que seria uma pretensão *actual* que existe antes do perigo de violação do direito entre o titular do direito e em face de todo e qualquer sujeito da ordem jurídica ²⁰¹⁷. Uma relação passiva universal, por conseguinte.

Em resposta, a doutrina trilhou sucessivamente dois caminhos diversos.

De um lado, SIBER veio criticar esta abordagem, negando que existisse uma pretensão material de prevenção, cujo objecto fosse a omissão — pois estranho seria que qualquer sujeito fosse devedor de qualquer outro sujeito (*Jedermann jedermanns Schuldner*) por força de uma proibição de ingerência na esfera alheia que acompanhasse cada direito material, como pretendia aquela doutrina ²⁰¹⁸. Em alternativa, estar-se-ia perante um *puro meio de tutela processual*, concluía SIBER ²⁰¹⁹, no sentido de que, embora servindo a tutela de direitos e bens jurídicos materiais, contudo bastava-se com o eclodir do *interesse em agir* ²⁰²⁰ processualmente em face do perigo.

De outro lado, após crítica semelhante à ideia de relação universal ²⁰²¹, desenvolveu-se o entendimento, actualmente dominante ²⁰²², de que a acção inibitória tem por fundamento uma pretensão material de abstenção que apenas se constitui quando é determinada subjectivamente, i.e., no momento da ameaça ao direito ou de uma primeira violação indiciadora de futuras violações do direito ²⁰²³. Alguns falam, por

²⁰¹⁷ Por exemplo: ELZBACHER, *Die Unterlassungsklage* cit., 128; HELLWIG, *LdZPR* 1 cit., 220 ss. Actualmente, ESSER/SCHMIDT, *SchR* I cit., 68 aludem a uma pretensão de defesa, “sem contornos distintos, contra qualquer um”, mas de natureza material. Cf. a construção em HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, 79–80

²⁰¹⁸ *SchR* cit., 471.

²⁰¹⁹ *SchR* cit., 471. Com conclusão semelhante, NIKISCH, *ZPR* 2, 1952, 149.

²⁰²⁰ *SchR* cit., 471.

²⁰²¹ Por exemplo, KOHLER, *LBR* I, 1906, 174–175.

²⁰²² Entre outros: KOHLER, *LBR* I cit., 175–178; LEHMAN, *RSchV* cit., 1012 ss.; HENCKEL, *Parteilehre* cit., 84; F. BAUR, *Zu der Terminologie* cit., 382 e 383; MÜNZBERG, *Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage*, JZ 22 (1967), 692–693; BOHM, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, 1979, 39 ss. e 45 ss.; CANARIS, *LSchR* II/2 (fund. LARENZ) ¹³, 1994, 705; BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 44–45; FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch* cit., 116; J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 128; EBBING, § 1004 cit., Rdn. 78; MEDICUS, § 1004 cit., Rdn. 97; BASSENGE, *Palandt* ⁶⁶, 2007, § 1004, Rdn. 32. Uma abordagem sumária destas doutrinas é feita por HENCKEL, *idem*, 79 e EVERS, *Die Begründung* cit., 66.

²⁰²³ BACKSMEIER, *Das “Minus”* cit., 45

isso, em pretensão *latente* ²⁰²⁴ ou *potencial* ²⁰²⁵ entre o titular do direito e cada um dos sujeitos potencialmente violadores do direito.

Isoladamente, ZEUNER, embora concordando que uma tal pretensão também não seria defensável, ainda que o sujeito passivo da pretensão fosse apenas aquele cuja esfera jurídica pudesse ficar em proximidade com a esfera do titular do direito ²⁰²⁶, manteve que isso não retirava nem o fundamento material à inibição ²⁰²⁷ — que seria o *Vergehensverbot* ²⁰²⁸ — nem a natureza de acção condenatória ²⁰²⁹.

1.3.3. Solução

A. Discussão. Propostas de MINNEROP e de EVERS

I. As dificuldades da admissão de uma pretensão universal ou direito acessório à não ingerência, seja em sede cautelar, seja em sede inibitória, são em tudo semelhantes às que se colocaram em sede de tese clássica do direito real como relação absoluta. A sua refutação já foi feita entre nós pela doutrina dos Direitos Reais, incluindo por nós mesmos ²⁰³⁰, pelo que é ocioso repeti-la. A este propósito, EVERS, após produzir os mesmos argumentos de refutação semelhantes aos da doutrina realista ²⁰³¹, também chega à conclusão de *que não pré-existe uma relação jurídica* entre dois sujeitos determinados **antes** do próprio facto de violação ou do seu perigo ²⁰³².

Será de abraçar, por isto, a referida doutrina dominante que defende que existe uma relação jurídica **após** a ocorrência do primeiro facto de violação, indiciador de repetidas e futuras violações (*Wiederholungsgefahr*) ou desde que haja um perigo de uma primeira violação (*Erstbegehungsgefahr*)? EVERS nega terminantemente que assim

²⁰²⁴ EVERS, *Die Begründung* cit., 115.

²⁰²⁵ BACKSMEIER, *Das "Minus"* cit., 45.

²⁰²⁶ *Gedanken* cit., 308 e 309.

²⁰²⁷ Mas sem qualificar tecnicamente a figura, apenas dando como adquirido que seria uma acção condenatória com um fundamento necessariamente material e prestacional como qualquer outra acção condenatória — cf. *idem*, 307–309.

²⁰²⁸ *Idem*, 304 ss.

²⁰²⁹ *Ob. loc. cit.*

²⁰³⁰ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/Reais* cit., 611 e 612; MENEZES CORDEIRO, *DR* cit., 236 ss.; RUI PINTO, *Direitos Reais* cit., 35 ss.

²⁰³¹ *Die Begründung* cit., 61.

²⁰³² *Die Begründung* cit., 61.

possa suceder ²⁰³³: aquilo que designa por *dever de respeito* mantém-se inalterado na sua natureza *antes* do perigo de violação e *depois* do perigo de violação. O argumento parece-nos, algo fraco, pois ocorrendo uma actual violação que seja danosa gera-se *ex lege* a pretensão material à indemnização o que mostra que, independentemente daquele dever, há efeitos jurídicos que podem autonomamente ser associados a ilícitos danosos e configurados em relação jurídica.

O problema é outro, porém: a inibição não pode ser feita valer *senão através* de uma tutela, ainda que extrajudicial. Na verdade, ela é, em si mesma, o *conteúdo* da tutela. Exigir que outrém não viole o meu direito é, *ipso facto*, proteger o meu direito. Ao contrário do que sucede com as pretensões contratuais de abstenção, aqui estamos perante perante uma actuação em *defesa* com um *conteúdo* de inibição.

Talvez por isso, é que EVERS acaba por concluir o seguinte: as acções de abstenção são puros meios processuais de defesa (*Abwehrklagen*), que como as acções de simples apreciação não servem a realização de pretensões materiais ²⁰³⁴.

II. Falhada, deste modo, a estruturação da acção inibitória num direito a uma prestação ou num correlativo dever, estamos paralizados num *agnosticismo* quanto ao fundamento material dos meios de tutela preventiva e, no limite, a uma afirmação da tese da *mera acção* ²⁰³⁵. Pois é esse o *pecado* em que já incorrera SIBER e agora EVERS.

Impõe-se a construção de uma solução alternativa.

A este propósito, MINNEROP discute a questão não em sede inibitória, mas em sede cautelar. Este AUTOR nota a já constatada impossibilidade de justificar as cautelas numa pretensão material ²⁰³⁶, pois mesmo em sede de *Sicherungsverfügungen* (§ 935 ZPO) — cujo objecto legal são *Individualansprüche* ²⁰³⁷ — afirma que o que é decisivo é a “situação de perigo semelhante à da regulação por *Arrest* e não uma especial posição jurídica material do autor” ²⁰³⁸. Por isso, propõe que, em alternativa, se use o conceito de **relação jurídica** ²⁰³⁹: todas as *einstweiligen Verfügungen* seriam meios de modelagem de relações jurídicas entre o titular do direito ameaçado e o sujeito ameaçador ²⁰⁴⁰.

²⁰³³ *Die Begründung* cit., 115.

²⁰³⁴ *Die Begründung* cit., 118.

²⁰³⁵ Uma acção sem direito, pois.

²⁰³⁶ Cf. *idem*, 61

²⁰³⁷ Cf. § 5º 2.3.2.G., II.

²⁰³⁸ *Materielles Recht* cit., 63.

²⁰³⁹ *Idem*, 59 ss.

²⁰⁴⁰ *Idem*, 66 ss.

Esta solução deve ser refutada, pois, em face da função instrumental da cautela perante o direito material, redundaria em que todas as posições jurídicas merecedoras de tutela teriam de ser situações jurídicas relativas, o que é inadequado. A circunstância de os sujeitos estarem envolvidos entre si *através do litígio* não os constitui como sujeitos de relações jurídicas. Muito menos o eventual conteúdo de regulação por parte da decisão cautelar, corresponde a uma relação jurídica do lado das partes.

A ser assim o uso de um conceito que não tem correspondência com a realidade substantiva das partes deve ser afastado, sob pena de falsidade dogmática.

III. Por isto, teremos de ser nós mesmos a construir uma solução, a partir dos dados que temos, até ao momento, como seguros.

Em primeiro lugar, parece-nos o seguinte: em qualquer circunstância, a única situação jurídica que emerge como sendo claramente **anterior** ao uso de um meio de tutela preventiva é a *proibição de ingerência ilícita* ou *alterum non laedere* ²⁰⁴¹.

Neste nosso sentido, MINNEROP afirma que a lacuna na protecção do *interesse à integridade da esfera jurídica* perante as pretensões ilegítimas de terceiro, que vicia as acções de simples apreciação, pode ser suprida pelas medidas cautelares ²⁰⁴². Estas são meios de tutela privada contra perturbações contrárias ao Direito vindas do réu ²⁰⁴³. Deste modo, a *proibição de ingerência ilícita* emerge também como **denominador material comum** tanto à tutela inibitória, como à tutela cautelar.

Em segundo lugar, vale apenas voltar a EVERS para sinalizar vários outros pontos que nos parecem absolutamente correctos, além da *proibição de ingerência* por parte do réu ²⁰⁴⁴: não haver uma *pretensão* à não ingerência para o autor e um correlativo dever obrigacional; qualquer tentativa de manter uma pretensão material subjacente a um pedido de condenação em prestação de *non facere*, conduzir à sua diluição conceptual ²⁰⁴⁵; a acção inibitória não constituir, por isto, uma acção condenatória pois não declara uma pretensão pré-existente ²⁰⁴⁶.

IV. Estes são os dados. Há que elaborar sobre eles.

²⁰⁴¹ Expressão que não tem a nossa preferência por apontar literalmente apenas para a produção de um resultado danoso.

²⁰⁴² *Materielles Recht* cit., 62

²⁰⁴³ *Idem*, 64.

²⁰⁴⁴ *Die Begründung* cit., 61.

²⁰⁴⁵ *Ob. loc. cit.* Também ZEUNER, *Gedanken* cit., 304 ss, esp. 306 ss, lida precisamente com a problemática do esvaziamento do conceito .

²⁰⁴⁶ *Die Begründung* cit., 118.

B. Obrigação genérica de não ingerência

I. O nosso entendimento é o de que a proibição de ingerência se exprime numa posição jurídica *funcionalmente passiva*, *estruturalmente genérica* e de sentido específico *indeterminado*, mas determinável.

Passemos a demonstrar estas afirmações.

II. O *alterum non laedere* exprime-se de modo *funcionalmente passivo* por constituir uma desvantagem para a acção potencial de cada sujeito perante os demais. Por isso podemos, *preliminarmente*, qualificá-lo como *dever jurídico*, i.e., a situação jurídica passiva mais simples.

Por seu lado, este dever jurídico é *estruturalmente genérico* porquanto é uma situação jurídica passiva que se traduz em uma posição absoluta, sem relação jurídica²⁰⁴⁷, i.e., sem que haja um correlativo direito específico na esfera jurídica do sujeito terceiro. *É que se há um dever jurídico de não ingerência, não há um direito à não ingerência enquanto tal, mas, sim e apenas, o direito subjectivo do terceiro cuja integridade deve ser mantida.* Foi o que se constatou imediatamente atrás.

Neste sentido vai EVERS quando escreve que apesar de a acção inibitória servir uma “proibição existente para o réu segundo o direito material”²⁰⁴⁸, traduzida num *Unterlassungspflicht*²⁰⁴⁹ passível de ser objecto de uma execução²⁰⁵⁰, contudo não se pode construir uma pretensão porquanto “a uma obrigação material do lado do réu **não** tem necessariamente de conduzir a uma pretensão do lado do autor”²⁰⁵¹.

Este modo de estruturação de uma situação jurídica em dever absoluto e, em particular, do princípio *naeminem non laedere*, não é estranho na dogmática civilista, pois é correntemente afirmado em sede de Direitos Reais, por OLIVEIRA ASCENSÃO²⁰⁵² e MENEZES CORDEIRO²⁰⁵³, como referimos atrás. Nessa sede, defende-se que se está perante um dever absoluto, não relativo, já que não tem correlação com algum direito ou poder por parte do titular do direito real, mas que existe porque existe o direito

²⁰⁴⁷ Definição de MENEZES CORDEIRO, *TDCP* I/1 cit., 190. Genérico porquanto, em consequência, não dá “lugar a comportamentos que possam, *exclusivamente*, ser exigidos por um sujeito a outro” (MENEZES CORDEIRO, *idem*, 190). Tal como existem situações jurídicas activas absolutas — *v.g.*, os direitos de personalidade — também existem situações jurídicas passivas absolutas na esfera jurídica de cada sujeito, como mostra OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC/Reais* cit., 610.

²⁰⁴⁸ *Die Begründung* cit., 69.

²⁰⁴⁹ EVERS afirma claramente esta obrigação na página 75.

²⁰⁵⁰ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁵¹ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁵² *DC/Reais* cit., 611 e 612.

²⁰⁵³ *TDCPI*/1 cit., 190.

real na esfera jurídica. Por essa razão, em todas as acções reais — maxime, a acção de reivindicação — nunca se declara um *direito à não ingerência na esfera mas, sim, o direito real em causa. Tampouco há acções de simples apreciação de um tal direito.*

O que nós estamos agora a defender é que — como já atrás dissemos para o princípio de *alterum non laedere* — tal *dever genérico de respeito existe para toda e qualquer situação jurídica activa juridicamente relevante*, como tem sido defendido em sede uma oponibilidade fraca do direito *erga omnes*. Mas com uma diferença: a protecção *erga omnes* de um direito faz valer-se, no plano da tutela, também **antes** da ingerência, *i.e.*, preventivamente.

III. Em suma: o princípio da proibição da ingerência exprime-se formalmente numa situação jurídica subjectiva passiva e genérica de não perturbar ou impedir a realização de direito de outrem ou dever de não ingerência, em termos breves. Esse direito de outrem é o direito acautelando.

IV. Mas qual é o conteúdo dessa situação jurídica subjectiva passiva e genérica? Importa distinguir se ainda não há ou se já há uma situação de perigo de ingerência, pois a sua existência é anterior a qualquer acção, não dependendo desta.

Num **estado de não ilicitude**, em que os sujeitos não interferem na esfera jurídica alheia não há uma expressão de deveres de modo determinado — onde houver um direito os sujeitos deverão entender *implícito* apenas um imperativo normativo genérico e absoluto cujo conteúdo deverá ser concretizado autonomamente pelo próprio obrigado: *não interferir na esfera do titular*.

Neste sentido, escreve EVERS que antes de uma violação há deveres de tráfego (lícito) e de manutenção, não obrigacionais — *i.e.*, absolutos ou genéricos — ou não prestacionais, mas que estes, por estar ausente uma norma especial, não são passíveis de se fazerem valer judicialmente ²⁰⁵⁴.

O panorama muda com a emergência daquilo que já atrás designámos de **estado de perigo de ingerência**, seja porque já houve uma primeira violação que irá continuar ou se irá repetir, seja porque ainda irá ocorrer uma tal violação e esta é temida em função de factos idóneos. Pois *apenas quando a actuação passada/presente do sujeito passivo é adequada a causar ilícito/dano futuro, é que o dever genérico de não ingerência ganha um valor autónomo merecedor de uma tutela*.

É uma estreita área de relevância; repare-se: se fosse um facto **actualmente ingerente** estar-se-ia já em sede de violação do direito; ao contrário se o facto **não for idóneo a gerar dano** a sua ocorrência seria juridicamente irrelevante.

²⁰⁵⁴ *Die Begründung* cit., 70.

Nessa eventualidade, o próprio sujeito titular do direito ameaçado terá de *interferir* de modo específico e individualizado na esfera da parte passiva para fazer valer o seu direito pelo que o Direito deve estatuir quanto a essa actuação.

Essa *interferência* é o efeito material de uma medida de *tutela preventiva*, judicial ou extrajudicial.

V. Através da tutela preventiva, o dever genérico de não ingerência vai-se concentrar em posições passivas, tanto bilaterais, quanto unilaterais, que não têm sequer de ter o mesmo conteúdo dos deveres que antes eram implícitos no comportamento do sujeito.

Exemplo: o direito de propriedade sobre um automóvel comporta implicitamente um imperativo não autónomo de não uso por terceiro, sem autorização. Havendo esbulho — v.g., por furto — o terceiro esbulhador fica sujeito ao exercício da legítima defesa — verificados os pressupostos respectivos —, ou seja, a um acto unilateralmente imposto pelo dono, de natureza materialmente potestativa. Independentemente desta, pode haver lugar a uma providência cautelar seja de apreensão e restituição, seja de apreensão para arrolamento, consoante o litígio concreto.

Exemplo 2: o direito de crédito não implica um dever de não alienação/onação dos bens do devedor, sem prejuízo das regras da boa fé, i.e., de actos praticados com fito de prejuízo (cf. art. 612º CC), mas implica uma sujeição a uma ineficácia relativa dos actos de disposição ou oneração, decretada pelo juiz em sede de arresto.

Esta concentração do conteúdo será determinada pela funcionalidade preventiva do meio de tutela, já atrás fixada: será o conteúdo **idóneo a provocar a interrupção do nexo de causalidade comportamento actual/acto ingerente pondo termo àquele estado intermédio de perigo de ingerência no direito concreto**. O mesmo é dizer: serão **o perigo de ingerência e os caracteres do direito concreto que formatarão o conteúdo** dessa situação jurídica subjectiva passiva e genérica, que se irá constituir por via judicial.

Quanto a isto é quase ocioso sumariar o que já mostrámos: os meios cautelares, os meios de autotutela, os meios avulsos, a acção inibitória tanto constituem situações bilaterais em que se carece da ulterior prestação da parte passiva, como de situações unilaterais, ainda que por via extrajudicial²⁰⁵⁵, em que se dispensa essa necessidade. O

²⁰⁵⁵ Como escreve OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 87, o “Estado, ao monopolizar a produção do direito, obrigou-se a protegê-los [os direitos], e a recusa de protecção à simples aparência deles poderá determinar a sua destruição irremediável”. Por isso, além de aceitar que *extrajudicialmente* possa-se exercer unilateralmente o direito

que é adequado para um direito de crédito — v.g., o arresto de bens — não é o mesmo que é adequado para um direito à concorrência leal — v.g., uma proibição de concorrência desleal.

Por conveniência, chamemos-lhes, respectivamente, **deveres** e **estados de sujeição judicialmente derivados**.

VI. Deste modo impõe-se um ajustamento conceptual: o *princípio alterum non laedere* não se exprime por meio da situação jurídica passiva mais simples, mas de uma situação jurídica *compreensiva*²⁰⁵⁶, de conteúdo *heterogéneo* — situação jurídica *genérica*, naturalmente. Exprime-se numa **obrigação genérica de não perturbar ou impedir a realização de direito de outrem** ou **obrigação de não ingerência**, em termos breves²⁰⁵⁷.

1.4. Consequência: natureza constitutiva da tutela preventiva

I. Aquela *formatação do conteúdo devido através do próprio meio de tutela*, consegue explicar um paradoxo: se o fundamento material da inibição não é uma prestação material, contudo uma sentença inibitória carece *sempre* da colaboração do requerido e o mesmo *pode* suceder com algumas providências cautelares — v.g., o arbitramento de reparação provisória carece do cumprimento por parte do devedor. Falámos, aliás, de providências cautelares condenatórias²⁰⁵⁸.

Pareceria que, afinal, há uma relação obrigacional entre as partes. Não é assim; a explicação é a seguinte: **os meios de tutela preventiva parecem apresentar eles mesmos um carácter constitutivo de situações jurídicas**, tanto bilaterais, quanto potestativas.

Como EVERS seguramente concordaria não há uma concreta prestação/vinculação do réu à inibição **antes** do proferimento da respectiva condenação e, no entanto, em caso de incumprimento até pode ser objecto de execução de prestação de facto negativo. Ou seja: a *acção inibitória não faz valer uma prestação material, mas é constitutiva de uma prestação material*.

Também já vimos como **antes** da decisão cautelar, não impende sobre o requerido uma específica proibição de alienar bens que sejam objecto de garantia e, tampouco, objecto de uma acção judicial — a existência do art. 271º, permitindo a alienação do

subjectivo, v.g., na legítima defesa, aceita, por coerência e maioria de razão, que *judicialmente* exista idêntica possibilidade de exercício unilateral de direitos.

²⁰⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, *TDCPI/1* cit., 190.

²⁰⁵⁷ Designação que MENEZES CORDEIRO, *idem*, 190 associa a uma situação jurídica passiva compreensiva.

²⁰⁵⁸ Cf. § 6º 2.3.1.C.

objecto/direito litigiosos, está aí para o demonstrar e, bem assim, o § 265 /1 ZPO na Alemanha, como pertinentemente nota EVERS ²⁰⁵⁹. E no entanto, uma tal proibição pode ser imposta cautelarmente e mesmo uma ineficácia relativa pode ser-lhe oposta, por via de um arresto (cf. arts. 622º, nº 1 CC). Ou seja: **a providência cautelar não faz valer uma proibição de alienação, mas é constitutiva de uma proibição de alienação.**

Finalmente, **antes** do perigo à segurança à hipoteca, e subsequente interpelação pelo credor, o devedor não conhece uma obrigação de substituir ou reforçar a hipoteca constituída, como lhe impõe o art. 701º, nº 1 CC. Ou seja: **o meio do art. 701º não faz valer uma prestação material ao reforço/substituição, mas é constitutivo da prestação material ao reforço/substituição**

Claramente **estamos perante situações jurídicas passivas que se não fosse o meio de tutela, judicial ou extrajudicial, não ganhariam existência na ordem jurídica.**

II. A esta conclusões já chegou alguma doutrina italiana em sede de acção inibitória.

Assim, MARINUCCI confrontada com a proibição do uso futuro de cláusulas abusivas, ao abrigo do art. 1469 *sexies*, 1º al. c.c. (= actual art. 37º, nº 2 CCon/It) afirma, muito justamente, que essa proibição “é uma nova regra destinada a valer nas relações entre” o réu e os seus clientes”, e que, por conseguinte, o “efeito da pronuncia consiste (...) na criação desta regra” ²⁰⁶⁰. Por isso, conclui, a acção de inibição de uso de cláusula abusiva é uma acção constitutiva ²⁰⁶¹, no que é acompanhada por MONTESANO ²⁰⁶².

Mais genericamente MONTESANO defende mesmo que *qualquer acção inibitória é uma acção constitutiva* de obrigações de abstenção, de que serão exemplos máximos as acções reais dos arts. 949º (acção negatória do proprietário = § 1004 BGB) e 1079º CC/It (defesa do direito de servidão) ²⁰⁶³.

III. Estas conclusões, que ainda carecem de aprofundamento, só podem ter profundas consequências tanto ao nível do mérito da acção, quanto ao nível da natureza do poder judicial, como ao nível da distinção entre direito substantivo e direito processual ou, se quisermos, quanto à própria instrumentalidade do processo ²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ *Die Begründung* cit., 61.

²⁰⁶⁰ *Gli effetti della sentenza* cit., 241.

²⁰⁶¹ *Idem*, 241.

²⁰⁶² *Tutela giurisdizionale* cit., 3.

²⁰⁶³ *La tutela giurisdizionale* cit., 193–194.

²⁰⁶⁴ Porventura, a mesma instrumentalidade que, sob outra capa justificativa, é imputada, erroneamente pensamos, a uma providência cautelar.

Para o que nos interessa mais directamente, colocam-se agora dúvidas sobre a natureza processual do perigo de ingerência — interesse processual, elemento da causa de pedir, um *tertium genus*? E dúvidas quanto à constância dessa natureza: se é comum a exigência de um perigo de ingerência não é seguro que ele funcione sempre como causa de pedir — será assim no mérito cautelar? — ou que ele opere sempre como interesse processual — será assim na acção de simples apreciação?

Adiante em sede de mérito cautelar voltaremos a ela, pois é esse o objecto imediato da nossa investigação e teremos então ensejo de abordar a tese de EVERS da estrutura mista material e processual da tutela cautelar.

2. Justificação funcional específica da tutela cautelar perante a acção inibitória: o perigo de dano, variante do perigo de ingerência

2.1. Quadro geral

I. Apesar dos seus méritos tivemos de abandonar os estritos limites da tese de JANNUZZI do dever acessório de respeito pelo direito alheio. Materialmente a questão revelou-se ser mais complexa.

Por outro lado, manda a verdade que se diga que apenas JANNUZZI ou FRAU, com reservas, fazem a ponte entre um fundamento material, que reputamos de comum à função preventiva, e as providências cautelares. De um modo geral, a doutrina da inibição dissocia as cautelas desse ou de qualquer outro fundamento material.

Vamos agora ver porquê e vamos procurar fazer a nossa própria ponte entre a obrigação genérica de não ingerência e as providências cautelares.

II. Neste sentido, pode começar-se por uma constatação: em qualquer meio que cumpra uma função preventiva, tanto judicial como extrajudicialmente, emergem sempre duas constantes. A constante do fundamento jurídico — a proibição de ingerência ilícita ou *ne aminem non laedere* a um direito subjectivo que é concretamente invocado — e a constante fundamento de facto — o *perigo de ingerência*. Aquele dá relevância jurídica a este e este conduz à configuração final de medida adequada de tutela.

Ora daqui nascem dois problemas.

O primeiro problema é o seguinte: *se a tutela cautelar desempenhar uma função de prevenção material, não se apresentará como redundante em face da tutela inibitória? Não deverá um mesmo fundamento material conhecer apenas um tipo de tutela?*

A questão não se colocaria na nossa Tese se persistíssemos na visão dominante de que a tutela das cautelas está despida de um fundamento material, por contraposição à

tutela das inibições que tem uma natureza material ²⁰⁶⁵. Ademais aquela lidaria com a questão estritamente processual do *periculum in mora* e da (in)eficácia da acção plena pelo que não se veria como poderia concorrer com uma acção de base material, como a inibitória. Negados estes postulados, tudo fica em aberto e há que procurar respostas.

O segundo problema é o seguinte: *se também a tutela cautelar tiver por fundamento um perigo de ingerência, é esse o periculum in mora que tradicionalmente se lhe coloca como pressuposto? Ou pode distinguir-se perigo de ingerência e periculum in mora?*

Vamos procurar dar resposta imediata ao primeiro problema — relevante para a confirmação do fundamento cautelar —, deixando o segundo para mais à frente, em sede de mérito cautelar ²⁰⁶⁶.

III. Por conseguinte, a primeira tarefa é a de delimitar, entre si, as acções inibitórias e as providências cautelares.

Umas e outras afastam-se das acções repressivas, pois estas pressupõem uma violação do direito ou interesse legalmente protegido alegado pelo autor, enquanto a providência cautelar e a inibição pressupõem o perigo de violação ²⁰⁶⁷. Ou seja: a cautela e a inibição são patentemente preventivas e a repressão é patentemente de remédio.

Mas já as mesmas providências cautelares aproximam-se das acções inibitórias quer do ponto de vista da função, como temos vindo a demonstrar, quer de um ponto de vista dos *referenciais temporais* dos eventos contra cujo perigo de ocorrência se pede tutela ²⁰⁶⁸: ambas previnem um perigo de repetição (*Wiederholungsgefahr*) ou um perigo de uma primeira verificação desse (*Begehrungsgefahr*).

Mais: as providências cautelares também podem redundar na imposição de proibições de actuação, tal como, obviamente, as acções inibitórias.

IV. É certo que há duas diferenças fundamentais nos regimes da acção inibitória e da tutela cautelar: enquanto as acções inibitórias têm por objecto da prevenção a ocorrência do *ilícito*, já as providências cautelares centram-se na ocorrência de um *efeito danoso* adveniente desse ilícito; o mesmo é dizer: se existir uma causa de pedir então ela será a *ameaça de ilícito* e a *ameaça de dano*, respectivamente; por outro lado, as acções inibitórias são autónomas e as providências cautelares diz-se que são instrumentais de uma outra acção e achariam nesse ponto a sua utilidade específica.

No entanto, sempre se poderia responder que, do ponto de vista do campo potencial de aplicação, *a tutela inibitória parece integrar o campo de aplicação da tutela cautelar*,

²⁰⁶⁵ Assim pensa ZEUNER, *Gedanken* cit., 304, por exemplo.

²⁰⁶⁶ Cf. o ponto 3 deste parágrafo.

²⁰⁶⁷ Cf. § 8º 2.3.3.B., III quanto às acções inibitórias.

²⁰⁶⁸ Neste mesmo sentido, RAPISARDA, *Profili* cit., 136 e 137.

pois qualquer perigo de dano é, por inerência e salvo exceções legais ²⁰⁶⁹, um perigo de ilícito. Não haveria necessidade de separar os dois meios de tutela, por isso.

Melhor ainda: para o sujeito carente de tutela, o âmbito inibitório não só parece absorver o âmbito cautelar como será ainda mais vasto que este devido à diferente gravidade dos efeitos negativos sobre os bens jurídicos que é exigida: a relevância em sede inibitória de um perigo de ilícito basta-se, de modo indiferenciado, com um qualquer ilícito, e não com um ilícito grave; ao contrário, frequentemente o dano a evitar pela providência cautelar não pode ser um dano qualquer ou simples mas um dano que diríamos ser qualificado: *grave e dificilmente reparável* (art. 381º, nº 1 CC), *irreparável* (art. 700º CPC/It), *substancial* (§ 935º ZPO). Daqui resulta, nomeadamente, que enquanto em sede de acção inibitória se pode pedir a proibição de comportamentos que gerem danos susceptíveis de reparação *in natura*, a mesma proibição já não se pode pedir em sede cautelar pois aí o dano não é grave ou irreparável.

Estaria, assim demonstrada a redundância funcional de uma tutela cautelar.

V. A linha central de contestação a uma tal conclusão já foi dada: hão-de ser os *caracteres do próprio perigo de ingerência* que, por conduzirem à configuração final da medida adequada de tutela, tornam necessária a existência de medidas de tutela cautelar. Pois os meios de tutela preventiva são determinados pelo critério de idoneidade para afastar o perigo de ingerência.

*A acção inibitória lida com o perigo de ingerência, enquanto **perigo de ilicitude**; a providência cautelar lida com o perigo de ingerência, desde que seja **um perigo de dano**.*

É essa nossa proposta justificativa para a tutela cautelar.

Vamos demonstrá-la, em pormenor, importando distinguir duas posições distintas quanto ao posicionamento relativo entre a tutela inibitória e a tutela cautelar: a posição de *inclusão* de uma noutra, seja por recondução da tutela cautelar à tutela inibitória, seja por recondução da tutela inibitória à tutela cautelar, e a posição de *mútua exclusão* entre as duas, em particular no plano do fundamento.

Ou seja: tanto se pode pretender reconduzir a tutela cautelar e a tutela inibitória a uma única tutela processual, embora com variantes quanto ao sentido dominante — uma *visão monista* da função preventiva do processo; como se pode pretender que estamos perante duas diferentes tutelas processuais preventivas — uma *visão dualista* da função preventiva do processo.

²⁰⁶⁹ Pense-se, na responsabilidade civil por facto lícito, *v.g.*, o art. 339º, nº 1 CC.

2.2. Diferenciação entre perigo de ilícito e perigo de dano

2.2.1. Monismo preventivo?

I. A **recondução da tutela cautelar à tutela inibitória** funda-se na alegada existência de uma “*forma geral de tutela preventiva de conteúdo inibitório*, actuando tanto em sede provisória ou cautelar, quanto em via definitiva ou principal” (RAPISARDI²⁰⁷⁰).

A sede legal de uma tal tutela preventiva seria para FRIGNANI²⁰⁷¹ e P. PISANI²⁰⁷² o próprio art. 700º CPC/It que, prevendo uma inibitória provisória, não representa um fenómeno distinto da inibitória final²⁰⁷³ e forma com esta um “instituto conceptualmente unitário”²⁰⁷⁴. Ambos teriam o mesmo “âmbito de aplicação, conteúdo, escopo e autonomia em relação às outras acções”²⁰⁷⁵. Ora, escreve FRIGNANI, acompanhado por P. PISANI²⁰⁷⁶, que, se o ordenamento contém uma regra geral de inibição provisória, *i.e.*, cautelar, “por maioria de razão”²⁰⁷⁷ há-de encerrar uma regra geral de inibição plena ou ordinária, pois a “primeira é função da segunda”²⁰⁷⁸, sendo esta sendo meramente *antecipatória* daquela²⁰⁷⁹.

Por nossa parte, não nos cabe discordar de FRIGNANI e de P. PISANI de que a existência de uma regra geral de inibição *cautelar* denuncia, segundo um raciocínio de maioria de razão, uma regra geral de inibição: se o sistema processual aceita imposição de proibições em sede de mera aparência, então é porque aceita imposição de proibições em sede de declaração do direito. Essa consequência parece-nos ser potencialmente decisiva para esclarecer, no plano do direito positivo, o âmbito, que tem sido duvidoso, da tutela inibitória. Tal não é, contudo, a questão central da nossa investigação.

O que devemos comparar é o *conteúdo das providências de tutela cautelar e inibitória que se podem obter e o âmbito dos direitos e interesses passíveis de serem objecto dessas tutelas*.

²⁰⁷⁰ *Profili cit.*, 113.

²⁰⁷¹ *Inibitoria cit.*, 571.

²⁰⁷² *I provvedimenti d’urgenza*, Le tutele cit., 524.

²⁰⁷³ FRIGNANI, *Inibitoria cit.*, 563.

²⁰⁷⁴ FRIGNANI, *Inibitoria cit.*, 563.

²⁰⁷⁵ FRIGNANI, *Inibitoria cit.*, 563.

²⁰⁷⁶ *LDPC cit.*, 638–639 = *I provvedimenti d’urgenza cit.*, 524.

²⁰⁷⁷ *Inibitoria cit.*, 571.

²⁰⁷⁸ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁷⁹ *Idem*, 563.

II. Quanto ao conteúdo, é inegável que as providências cautelares podem redundar em *medidas de inibição* atípicas — v.g., proibição de venda de um produto, proibição de violação de um contrato — e em *medidas inibitórias típicas* — v.g., o embargo de obra nova, os equivalentes *provvedimenti nunciativi* de Itália, o art. 1469º *sexies*, 2ª al. CC/It = actual art. 37º, nº 2 Ccon/It (*providência cautelar de inibição* da aplicação de cláusulas contratuais abusivas ou vexatórias) ²⁰⁸⁰.

Contudo, o seu conteúdo potencial não se resume à inibição: enquanto as *providências cautelares* são, no seu conteúdo, *heterogéneas*, as *acções inibitórias* são no seu conteúdo *homogéneas*.

Como já atrás vimos quando agrupámos as medidas decretadas em tutela cautelar, se frequentemente as providências cautelares são *medidas de inibição*, outras vezes *não são medidas de inibição*, podendo impor condenações ou comandos de actuação semelhantes aos das sentenças condenatórias — v.g., pagamento de indemnização ou do salário —, autorizações de exercícios de poderes ou direitos — v.g., dos poderes de administrador de uma sociedade, os direitos resultantes de um contrato —, apreensões de bens seguidas de depósito ou de entrega — v.g., de um estabelecimento comercial —, ou ainda interdições temporárias ao exercício dos direitos incidentes sobre o património — v.g., o arresto.

O mesmo não se pode, obviamente dizer da acções inibitórias.

Decorre daqui que para um *mesmo âmbito substantivo*, se uma medida preventiva *inibitória* tanto pode ser decretada cautelarmente, como em acção principal (inibitória), já uma medida preventiva *não inibitória* apenas pode ser decretada cautelarmente.

Ao mesmo tempo, a tutela cautelar parece ter um **âmbito maior**, pois abrange mesmo o justo receio de dano ou pretensão de prevenção de dano a *uma situação que ainda nem sequer foi constituída*, nos termos do art. 381º, nº 2 segunda parte. Diversamente tal não pode suceder em sede de justo receio de um ilícito, pois não há ainda direito em risco. Ademais a doutrina da acção inibitória, pelo menos a alemã, associa-a frequentemente apenas a *direitos subjectivos absolutos e a bens jurídicos legalmente protegidos* ²⁰⁸¹.

²⁰⁸⁰ Neste sentido, RAPISARDA, *Profili* cit., 120 ss; contra, CARRATTA, *Breve osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, Giusto processo civile e procedimenti decisoria sommari (dir. LANFRANCHI), 2001, 125, 140-142.

²⁰⁸¹ Como aqueles que são referidos no § 823/II BGB, como a reputação económica, carreira profissional e, mais recentemente, a saúde e o ambiente. Cf. F. BAUR, *Zu der Terminologie* cit., 381; RAPISARDA, *Profili* cit., 166 ss. = *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 104 ss.; BACKSMEIER, *Das "Minus"* cit., 42; EBBING, § 1004 cit., Rdn. 9 e 10; J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 120. Diversamente, em Itália, FRIGNANI, *Inibitoria* cit., 565 ss., esp. 569, estende a tutela inibitória ao campo dos direitos relativos.

Deste modo, há uma área de coincidência entre tutela cautelar e tutela inibitória e uma área de não coincidência entre tutela cautelar e tutela inibitória²⁰⁸² e, por isso, ao contrário do que afirma FRIGNANI, há uma diferença de conteúdo entre as duas formas de prevenção: a sua visão tal como é apresentada não explica a tutela cautelar não inibitória.

III. Dir-se-á, então que se deverá operar apenas uma correcção: uma **recondução da tutela inibitória à tutela cautelar de modo a acomodar o conteúdo mais restrito da primeira no conteúdo maior da segunda.**

Este exercício já foi, precisamente, efectuado no início do século XX na Alemanha por SIBER que reconduziu as *Unterlassungsklagen* às *einstweilige Verfügungen* do § 935 ZPO. SIBER considerava que as *Unterlassungsklagen* e as *einstweiligen Verfügungen* não se distinguiam entre si nem pelo seu conteúdo, nem pela sua finalidade — a segurança jurídica dos direitos —, nem pelos seus pressupostos materiais²⁰⁸³: o seu fundamento comum seria o interesse processual específico e não a proibição de ingerência, e o seu âmbito de aplicação determinado pelas proibições gerais de actuação delitual²⁰⁸⁴, negando que existisse uma pretensão material de prevenção, cujo objecto fosse a omissão²⁰⁸⁵.

Assim, ambas teriam claramente natureza meramente processual, como se, dogmaticamente, a natureza das *einstweiligen Verfügungen* se tivesse comunicado às acções inibitórias.

Apenas pelo valor da sua eficácia seriam distinguíveis. É que as primeiras adquirem valor definitivo²⁰⁸⁶, oposto à provisoriedade das segundas.

Tratava-se, pois, de uma abordagem monista em parte semelhante à que décadas depois FRIGNANI viria a tomar. No fundo, e invertendo uma afirmação atrás enunciada, haveria uma **forma geral de tutela preventiva de conteúdo cautelar** que conduzia, no limite, à desnecessidade de estatuições típicas de tutela inibitória como a do § 1004º BGB²⁰⁸⁷.

²⁰⁸² Isto não é de estranhar, pois as providências cautelares guiam-se apenas por um critério quanto ao seu conteúdo: serem as mais adequadas a prevenir um dano. Mais: se o conteúdo, necessariamente inibitório, da sentença de procedência numa acção inibitória assenta sobre o que foi pedido pelo autor, nos termos gerais do princípio dispositivo, muito diversamente o conteúdo do despacho de procedência do pedido de uma providência cautelar parte do que foi pedido pelo autor mas forma-se sobre um poder discricionário do juiz.

²⁰⁸³ *SchR* cit., 471.

²⁰⁸⁴ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁸⁵ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁸⁶ *Ob. loc. cit.*

²⁰⁸⁷ *Idem*, 472.

IV. A tese de SIBER apresentava marcas histórias que condicionaram negativamente toda a sua construção, pois procurava resolver no *saco azul* da tutela cautelar a dificuldade, própria do Estado liberal, em aceitar a extensão que ao mesmo tempo estava a ter lugar do uso das acções inibitórias para fora da sede inicial e central do § 1004 BGB, *i.e.*, dos direitos absolutos²⁰⁸⁸.

Afora isso, a preocupação já referida de SIBER com o fenómeno de *Jedermann jedermanns Schuldner* era legítima pois apontava, e bem, para as incoerências lógicas de uma estrutura de pretensão ou relação material absoluta, entre um sujeito e todos os demais da ordem jurídica. Mas vimos atrás como ela foi historicamente ultrapassada com o conceito de obrigação genérica, dados os problemas que levantava. Portanto, esta objecção a uma materialidade da prevenção já não colhe.

Ambos os meios podem conhecer um fundamento material.

No mais, esta abordagem de inclusão da tutela inibitória na tutela cautelar não apresenta melhorias em relação à abordagem de inclusão da tutela cautelar na tutela inibitória.

V. Efectivamente, também para nós tem sido certo que, sendo inegável a função preventiva da tutela inibitória e estando, em nosso ver, demonstrada a função preventiva da tutela cautelar, a solução final terá de ser sempre integradora das duas, salvo se se concluir pela redundância de uma delas o que, de momento está afastado claramente quanto à tutela cautelar, pelo menos no conteúdo não coincidente. As teses monistas têm pois o mérito de integrar inibição e tutela²⁰⁸⁹.

Assim, se quisermos, *num plano genérico*, pode afirmar-se uma unidade entre cautela e inibição, pelo simples facto de ambas partilharem uma mesma função e terem um mesmo fundamento comum, genérico todavia.

Mas cientificamente há aqui pouca utilidade, pois tal era já o nosso ponto de partida para esta reflexão. Por isso não avançámos: se ficarmos por aqui continuamos sem saber se a cautela é redundante em face da inibição.

Ora há mais dados que devem ser levados em linha de conta, que estas posições monistas teimam em ignorar, e que se traduzem nisto: nem a acção inibitória é uma acção cautelar, nem a acção cautelar é acção inibitória, pois há entre elas diferenças estruturais — usando as nossas categorias, uma é plena/antecipatória, podendo fazer caso julgado; a segunda é sempre sumária e não pode intrinsecamente fazer caso julgado — e, porventura, materiais/funcionais — uma refere-se ao ilícito e a outra ao dano.

²⁰⁸⁸ Neste sentido, RAPISARDA, *Profili* cit., 115 = *Tutela* cit., 140.

²⁰⁸⁹ Concordando também com uma unidade finalística entre ambos os meios — o afastamento de ingerências ilícitas: EVERS, *Die Begründung* cit., 69.

Essas diferenças suportam as teses dualistas que entendem que estamos perante duas diferentes tutelas processuais. Por nossa parte, ao afirmarmos as diferenças não estamos a seguir essa via dualista, mas é óbio que elas têm de ser relevadas.

Só depois dessa tarefa estar concluída é que podemos propor uma solução, seja ela monista ou seja ela dualista.

2.2.2. Dualismo preventivo?

A. Doutrina

I. CALAMANDREI entendia que ambas as tutelas desempenhariam uma **função geral próxima**: a tutela cautelar seria uma espécie do *genus* tutela preventiva o que, clonando o raciocínio equivale a dizer que tutela cautelar e tutela inibitória são as **duas espécies** do *genus* comum da tutela com função preventiva. Deste modo, se qualquer forma de tutela cautelar prossegue uma função preventiva, nem toda a função preventiva é prosseguida por aquela, existindo formas de tutela plena, *i.e.*, sem função e estrutura cautelares – algo que nós já constatámos com a tutela inibitória ²⁰⁹⁰.

No entanto, o seu *afastamento* far-se-ia no **plano do objecto**.

CALAMANDREI notava que enquanto a tutela inibitória se dirigia contra um “perigo genérico de dano”, a tutela cautelar atalhava o “ulterior dano marginal” que decorre do atraso na produção da providência de mérito definitiva ²⁰⁹¹. Analisando esta mesma afirmação RAPISARDA conclui, e bem a nosso ver, que CALAMANDREI defendia *não haver “idoneidade [da tutela cautelar] (...) para incidir sobre a mesma situação lesiva (sic) que pode constituir o objecto da tutela preventiva (ordinária)”* ²⁰⁹², *i.e.*, cada tutela previne perigos diferentes, irreduzíveis entre si. Deste modo, podemos nós acrescentar, a tutela inibitória não seria adequada a lidar com o *periculum in mora* e, inversamente, a tutela cautelar não seria adequada a lidar com o *periculum* de ilícito.

II. Já RAPISARDA ²⁰⁹³ separa a tutela inibitória da tutela cautelar, nos **planos estrutural e funcional**, mas *aproxima-as* no plano do **objecto**.

Em primeiro lugar, RAPISARDA afirma que do plano **estrutural**, numa perspectiva geral, ao carácter de tutela plena, delimitada pelo autor, e definitiva, da acção inibitória

²⁰⁹⁰ *Introduzione* cit., 16.

²⁰⁹¹ *Introduzione* cit., 18. Seguindo esta opinião: R. GOLDSCHMIDT, *L'azione preventiva*, RDP 14/3 (1959), 405; M. DINI, *La denunzia* cit., 40, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 19 e 23; LOMBARDO, *Natura* cit., 474 e VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 14.

²⁰⁹² *Profili* cit., 140.

²⁰⁹³ *Idem*, 113 ss. e o artigo *Tutela* cit., em geral.

opõem-se a sumariedade das providências cautelares e o domínio da discricionariedade judicial na determinação do seu conteúdo²⁰⁹⁴, diferenças que se notam em particular na oposição entre a inibição provisória, *i.e.*, a obtida por via cautelar, e a inibição final, *i.e.*, a obtida por via de tutela plena²⁰⁹⁵.

Em segundo lugar, no plano **funcional** RAPISARDA afirma não ser possível equiparar as finalidades preventivas dos dois remédios nos seus limites temporais: a tutela cautelar justifica-se na *iminência* de um prejuízo, segundo o art. 700º CPC/It, *i.e.*, numa particular brevidade do “intervalo de tempo que decorre entre o momento em que se teme pela verificação do evento danoso e a sua efectiva realização” (RAPISARDA²⁰⁹⁶). Trata-se de algo que “não parece possível (...) de estender (...) para fora do campo de aplicação da tutela (...) cautelar”²⁰⁹⁷.

Pois se é certo que o limite temporal *inicial* é comungado por ambas as tutelas — o pedido deve ser feito *antes* da consumação plena do ilícito/dano²⁰⁹⁸ — contudo a tutela cautelar conhece um limite temporal *final*: “o perigo de realização do evento danoso deve reportar-se temporalmente ao momento em que, presumivelmente, se verá emanada a sentença definitiva de mérito”²⁰⁹⁹. Esta *limitação temporal* da cautela é correlativa com a função de apenas cobrir o perigo de dano correspondente à *janela temporal da pendência e pré-pendência* uma acção ordinária/antecipatória, *i.e.*, o *periculum in mora*²¹⁰⁰.

Em terceiro lugar, quanto à possível heterogeneidade do **objecto** RAPISARDA defende que a diferença só existe entre tutela inibitória e tutela cautelar **conservatória**, *mas já não entre tutela inibitória e tutela cautelar antecipatória onde “não se vê (...) como diferenciar o âmbito objectivo de incidência da tutela, respectivamente, cautelar e final”*²¹⁰¹, senão através de uma “injustificada preclusão”, *i.e.*, através do travão formal da caducidade da cautela por não propositura da acção principal. Em particular “não parece possível associar a incidência da tutela [cautelar] antecipatória a uma previsão

²⁰⁹⁴ *Idem*, 116 e 117.

²⁰⁹⁵ *Idem*, 128–134.

²⁰⁹⁶ *Idem*, 138.

²⁰⁹⁷ *Idem*, 136. Diferentemente, exigindo essa iminência na tutela preventiva, tomada como sinónimo de tutela inibitória: E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 18.

²⁰⁹⁸ RAPISARDA, *idem*, 136 = *Tutela* cit., 141, *i.e.*, enquanto houver “falta de perfeição da previsão [normativa] de transgressão”.

²⁰⁹⁹ *Idem*, 137 e 138.

²¹⁰⁰ Apenas das “ameaças de lesão que pareçam verificáveis no tempo que decorrerá para obter a tutela pela via ordinária” (RAPISARDA, *idem*, 138).

²¹⁰¹ *Idem*, 140 e por isso segundo a AUTORA, *ob. loc. cit.*, é que não há diferença entre o objecto de uma acção inibitória (final) e de um provvedimento d’urgenza que seja antecipatório de uma decisão inibitória.

[normativa] *prejudicial* (sic) diversa daquela que pode ser objecto da tutela ordinária”²¹⁰². Os eventos são os mesmos, as normas em causa são as mesmas.

Contudo, RAPISARDA concede que “os pressupostos de admissibilidade da inibitória final não coincidem com aqueles da inibitória cautelar”²¹⁰³. Estes *jogam* com a ilicitude e o dano: “a inibitória final atenta ao “comportamento ilícito denunciado” e “prescinde totalmente do dano”²¹⁰⁴; inversamente, na tutela cautelar o legislador “com a noção de prejuízo irreparável” pretendeu “referir-se às possíveis consequências lesivas de uma conduta”²¹⁰⁵. Na verdade, segundo RAPISARDA a *natureza sumária da apreciação feita em sede cautelar não é sequer consentânea com a apreciação de ilicitude do acto*²¹⁰⁶.

III. Por seu turno, na Alemanha também as *Unterlassungsklagen* e *einstweiligen Verfügungen* são colocadas em áreas com diferentes pressupostos.

Assim, tanto ZEUNER, quanto EVERS mantêm a separação entre as duas tutelas no plano estrutural e no plano do objecto.

Como já atrás dissemos, no **plano do objecto** a tutela inibitória serve, segundo ZEUNER, um direito material à proibição de ingerências²¹⁰⁷ ilícitas nos direitos e bens jurídicos legalmente protegidos²¹⁰⁸. **Estrutura-se** numa acção (*Unterlassungsklage*), em que se condena o réu no cumprimento de um prévio dever (material) de não ingerência na esfera alheia²¹⁰⁹.

Sobre o que seja, em contraposição, o objecto cautelar ZEUNER é menos preciso, dizendo sobretudo o que ela não é: não lida com um prévio dever de não ingerência do réu²¹¹⁰, pois tem natureza constitutiva²¹¹¹. Estar-se-ia perante uma “posição autónoma do juiz, afastada do direito material”²¹¹², constitutiva de efeitos jurídicos, em face da qual os direitos e situações jurídicas servem mais para delimitar o círculo em que o juiz

²¹⁰² *Idem*, 141. Mas já não é possível essa associação à mesma previsão normativa quando esta seja relevada à luz “da qualificação jurídica ulterior que é expressamente exigida como *pressuposto* de admissibilidade da tutela cautelar” (*idem*, 141).

²¹⁰³ *Idem*, 143.

²¹⁰⁴ *Idem*, 141.

²¹⁰⁵ *Idem*, 142. Tal corresponde, no pensamento de RAPISARDA, àquela referida diferença no plano funcional entre tutela inibitória e tutela cautelar, pensamos.

²¹⁰⁶ *Idem* cit., 143.

²¹⁰⁷ *Gedanken* cit., 304.

²¹⁰⁸ *Ob. loc. cit.*

²¹⁰⁹ *Idem*, 304 e 305.

²¹¹⁰ *Idem*, 304.

²¹¹¹ *Ob. loc. cit.*

²¹¹² *Ob. loc. cit.*

pode discricionariamente escolher uma dada medida e menos como objecto processual²¹¹³.

Por seu turno, EVERS apesar de afirmar que cautela e inibição se “dirigem contra ingerências ilícitas em direitos e bens jurídicos”²¹¹⁴, contudo separa-as: a acção inibitória serve uma “proibição existente para o réu segundo o direito material”²¹¹⁵ — i.e., a proibição de não ingerência — traduzida num *Unterlassungspflicht* passível de ser objecto de uma execução²¹¹⁶, enquanto a providência cautelar, pelo contrário, não serve uma posição material²¹¹⁷.

Coerentemente com este modo de ver, alguns afirmam que enquanto o perigo de violação do direito (*Begehungsfahr*) é uma condição material da *Unterlassungsanspruch*, já a urgência (*Dringlichkeit*) é um pressuposto processual de uma *Sicherungsanspruch*²¹¹⁸. Aquele pode existir, sem que, ao mesmo tempo, exista uma imediata e iminente necessidade de tutela²¹¹⁹.

Haveria, assim, um irredutível dualismo de pressupostos e temporalidade, à semelhança do defendido por RAPISARDA.

IV. Finalmente, HENCKEL apresenta uma abordagem que, em nosso ver, é reveladora das contradições frequentes sobre a questão cautelar.

O postulado — que não discute — da sua construção é o de que o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* são meios processuais que “tutelam a tempo um direito ou uma esfera jurídica, em ordem à defesa perante o perigo de a tutela jurídica vir demasiado tarde”²¹²⁰. Neste sentido são no essencial meios antecipatórios, i.e., não são meios *preventivos* mas meios *provisórios*²¹²¹. Meios preventivos exigem necessariamente deveres autónomos de abstenção²¹²².

O *Arrest* não seria nunca um meio de tutela preventiva, nem a *Sicherungsanspruch* pois respeitam a pretensões individuais, i.e., não a direitos absolutos, mais a mais que nem têm correspondência com a prestação principal. Os deveres que deles resultam, como a proibição de alienação de um bem, são deveres acessórios não autónomos

²¹¹³ *Ob. loc. cit.*

²¹¹⁴ *Die Begründung* cit., 69.

²¹¹⁵ *Ob. loc. cit.*, ao contrário do que SIBER afirmava.

²¹¹⁶ *Ob. loc. cit.*

²¹¹⁷ *Ob. loc. cit.*

²¹¹⁸ Assim, BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung* cit., Rdn. 55 e SCHMUKLE, *Kap. 44* cit., Rdn. 36.

²¹¹⁹ BERNEKE, *idem*, Rdn. 55

²¹²⁰ *Vorbeugender Rechtsschutz* cit., 69.

²¹²¹ A diferença entre *Vorbeugender* e *Vorläufiger Rechtsschutz*, segundo HENCKEL, *idem*, 69.

²¹²² *Idem*, 107.

(*unselbständigen Nebenpflichten*) perante a pretensão principal, sem accionabilidade própria. Mas, por outro lado, HENCKEL concede que já teriam natureza preventiva as *einstweiligen Verfügungen* que salvaguardam ou mesmo realizam antecipadamente deveres autónomos de abstenção (*selbständigen Pflichten*) e pretensões materiais de afastamento de perigo que podem ser feitas valer em acções autónomas.

B. Posição adoptada

I. Importa antes de mais afastar a posição de HENCKEL.

Sem cuidar de repetir os argumentos demonstrativos da imputação da tutela cautelar à proibição de ingerência, importa dizer que as cautelas não correspondem a deveres materiais específicos. Essa era a posição de JANNUZZI e que afastámos. O que há são deveres que se constituem por efeito da decisão cautelar e, nesse sentido, não são accionáveis autonomamente.

Por outro lado, o segundo postulado de HENCKEL é o de que as inibições realizam deveres de abstenção, ao contrário das cautelas precisamente. Ora já defendemos que assim não é: as inibições impõe deveres de abstenção tendo por causa de pedir a proibição de ingerência e o perigo, mas não esse mesmo dever. O seu efeito é constitutivo, como nas providências cautelares.

Por outro lado, esses deveres nunca são os mesmos da prestação principal pois não há verdadeira antecipação, como já referimos. Podem ter o mesmo conteúdo, mas cumprem uma função autónoma; essa função é sempre a mesma, seja qual for a finalidade da acção principal.

Algo é certo na posição de HENCKEL: as vinculações cautelares surgem num quadro de não autonomia perante a acção principal, enquanto as vinculações inibitórias surgem numa acção plena. Mas *ipso facto* isso nada nos diz quanto à sua natureza jurídica e ao seu fundamento: porque é que não há-de existir uma tutela preventiva não autónoma?

II. Concordamos com ZEUNER que o direito acautelando delimita o círculo da decisão do juiz, por *relação com o conteúdo e objecto do próprio direito subjectivo*, segundo um juízo de adequação à produção do resultado de abstenção de perturbação ou de impedimento. Mas isso não coloca o direito acautelando num papel instrumental perante a finalidade da tutela: o juiz decide **pelo** e **para** esse direito subjectivo acautelando. **A tutela cautelar é uma tutela de direitos.**

Mas, já ao contrário do pretendido por ZEUNER, a sua finalidade é a realização da **obrigação genérica de não ingerência naquele direito acautelando**. Tal é a consequência de havermos negado uma finalidade de estrita instrumentalidade processual às providências cautelares.

Já sabemos que esse é, afinal, o mesmo fundamento de qualquer meio de tutela preventiva em geral e de um acção inibitória, em especial: o “perigo genérico de dano jurídico” a que aludia CALAMANDREI ²¹²³, a vaga “forma atípica de antijuridicidade” de RAPISARDA ²¹²⁴ ou seja, como ZEUNER concretiza conceptualmente, a proibição de ingerência ilícita nos direitos e bens jurídicos legalmente protegidos ²¹²⁵, traduzida — acrescentamos — numa obrigação genérica de não ingerência que existe na esfera jurídica do réu.

Esta interpretação material permite, em nosso modesto entendimento, ultrapassar um paradoxo que se verifica em sede cautelar: se existe um fundamento material para a função preventiva e, parece para um pedido cautelar, porque é que esse alegado fundamento não é objecto de algum tipo de declaração, ainda que provisória, por parte do tribunal? Como já notou CONSOLO ²¹²⁶, numa decisão de decretamento de uma providência cautelar nunca se declara ou enuncia *um direito à cautela* ou, em rigor, *um direito não ingerência na esfera do autor*. Mais: ZEUNER ²¹²⁷ estranha ainda, e bem, que não seja possível colocar uma acção de simples apreciação de um tal alegado direito à não ingerência.

Deve-se, por isso, concluir, com ZEUNER ²¹²⁸ que o fundamento das cautelas não é material? De todo: é verdade — os dados da análise do direito positivo demonstram-no — que será sobre o direito de fundo ou principal, que corre perigo de dano por ingerência na esfera do respectivo titular, que se irão produzir afirmações judiciais de *fumus* da sua existência. E se essa apreciação sobre o direito fosse definitiva, com valor de caso julgado material, este respeitaria à existência do direito acautelando e não à existência de uma outra situação jurídica. ²¹²⁹

Mas isso não denega a existência de um fundamento material cautelar: o que sucede é que, pelas razões apontadas, falta uma posição jurídica *activa* autónoma prévia do lado do requerente, que possa, por isso, ser objecto de declaração. Ora inexistindo essa e visto que o objecto da discussão — como sucede, aliás, em qualquer acção — não é uma pretensa vinculação (genérica, *in casu*) do *requerido* não pode ser declarado algo que não existe ²¹³⁰.

²¹²³ *Introduzione* cit., 18.

²¹²⁴ *Profili* cit., 110 e 237.

²¹²⁵ *Gedanken* cit., 304.

²¹²⁶ *Riproposizione* cit., 51, como da mesma maneira se não declara um direito à condenação, numa acção condenatória, acrescentamos.

²¹²⁷ *Dedanken* cit., 304.

²¹²⁸ *Ob. loc. cit.*

²¹²⁹ Admitimos adiante, no § 11º 3 essa possibilidade no campo teórico, pelo menos.

²¹³⁰ É o que sucede numa acção de reivindicação: declara-se o direito de propriedade e não a proibição de *alterum non laedere*.

III. Por conseguinte, **não é possível diferenciar as cautelas das inibições no plano do seu *fundamento* material e, funcionalmente, ambas cumprem uma *função* de tutela preventiva.**

IV. Mas, ao mesmo tempo, são inegáveis as *diferenças estruturais* entre a acção inibitória e uma providência cautelar. Trata-se afinal, das já conhecidas diferenças entre tutela plena/antecipatória e tutela cautelar, apuradas pelos nossos critérios da presença/ausência de um poder de adequação do juiz e da idoneidade da decisão para alcançar o valor de caso julgado. A acção inibitória segue o procedimento próprio de uma acção plena tanto na cognição como no valor de caso julgado da sentença final, algo muito diverso do que sucede com uma providência cautelar.

Ora, afastada por nós que a especial estrutura das cautelas seja justificada por razões de salvaguarda de efeito útil da acção principal, *i.e.*, que seja uma mera acção, e afirmada por nós a identidade do fundamento material dos dois meios de tutela, chegamos a este resultado: um mesmo *fundamento material* pode ter um duplo tratamento processual ou estrutural. Porquê? Porque há um duplo e diferente *objecto processual*, um que assenta num perigo de ilícito e outro que assenta num perigo de dano. Ou seja: o aspecto formal da estrutura da acção é um *indicador* da *diferença de objectos* entre inibição plena e inibição cautelar.

V. Efectivamente, já demonstrámos que qualquer objecto cautelar, mesmo quando antecipatório, é diverso do objecto da tutela plena/acção principal²¹³¹. Portanto, e ainda que a providência de tutela pedida e/ou decretada possa ser a mesma nos dois meios processuais — uma inibição — o objecto a que ela se refere no remédio cautelar é diferente do objecto a que ela se refere no remédio final.

Na verdade, se não houvesse a *autonomia material do objecto cautelar*, *i.e.*, se o objecto da cautela inibitória fosse o mesmo objecto da acção inibitória principal ou plena e, em consequência, *redundante*, então teríamos ao lado desta mesma inibitória plena, apenas e somente acções inibitórias antecipatórias sempre que a urgência da matéria o justificasse ou, pelo menos, soluções de celeridade processual quantitativa, como é o exemplo do art. 29º, nº 1 CCG. Ou seja: teríamos acções que dariam o mesmo resultado — *i.e.*, inibição com idoneidade de caso julgado — mais cedo e, no limite, não haveria necessidade de existirem providências cautelares inibitórias.

Ora, assim não sucede: como RAPISARDA ou FRIGNANI mostram nas suas considerações, *tanto há acções inibitórias finais, como cautelares*.

E a nossa lei acolhe essa diferença a título nominado e a título inominado.

²¹³¹ Cf. § 6º 2.3.1.

A título nominado, como vimos na análise do direito positivo, as *acções inibitórias* dos art. 25º CCG e do art. 11º, nº 4 LDC, são acompanhadas por previsões de *proibições provisórias*, constantes do art. 31º, nº 1 CCG e, remissivamente, do art. 11º, nº 4 LDC, fundadas em perigo concreto (“receio fundado”) e sujeitas ao regime dos procedimentos cautelares não especificados *ex vi* art. 31º, nº 2 CCG. A título inominado também vimos atrás que as inibições cautelares constituem um dos principais e mais promissores conteúdos da tutela cautelar, *maxime*, em matéria de direito da concorrência ²¹³².

Contra, poder-se-ia arguir que, a despeito do *nomen* e do regime legalmente previsto, tanto uma inibição cautelar tanto típica, como atípica, seriam, precisamente, *acções inibitórias antecipatórias*, como, por exemplo, PASTOR defendeu na Alemanha para as *Leistungsvorfügungen* inibitórias de concorrência desleal ²¹³³.

A resposta é negativa: usando o nosso duplo critério da idoneidade em alcançar a qualidade de caso julgado e do juízo de adequação, observa-se que as inibições cautelares assentam sempre num juízo discricionário não passível de ser reproduzido e não passível de ser cristalizado em caso julgado.

Esta diferença entre o objecto de uma acção inibitória e o objecto de uma providência cautelar pode ser bem ilustrada através de uma breve referência ao ac. RG 20/11/2002. Considerou-se neste aresto que mesmo que “em determinada actividade industrial seja respeitada a legislação sobre o ruído e/ou sobre as emissões gasosas tal não significa que ninguém possa vir a ser ilicitamente lesado nos seus direitos, designadamente, no direito à saúde”, nomeadamente que essa actividade industrial autorizada esteja “a provocar danos aos direitos de personalidade dos Requerentes e de outros moradores nos prédios vizinhos”.

Desse modo, concluiu-se pelo decretamento de uma providência cautelar inominada inibitória de imediata cessação da dita actividade industrial para evitar danos futuros (continuados), por essa ser a única medida adequada ao termo do **perigo de dano**. Esta não fez caso julgado, podendo potencialmente vir a ser alterada, substituída ou revogada nos termos conhecidos das providências cautelares.

Ora, diversamente actuaria uma acção inibitória: o tribunal não faria nenhum juízo de adequação e preocupar-se-ia com a própria **licitude da actividade industrial**. Sendo esta ilícita seria condenada a ré à cessação, com valor definitivo: a condenação não poderia ser levada ou alterada.

VI. Há, pois, na tutela inibitória cautelar uma *diferença específica* em relação à tutela inibitória seja plena, seja antecipatória e que, em nosso ver, apenas uma especificidade material pode explicar.

²¹³² Cf. § 5º 2.3.2.G., III.

²¹³³ Pastor cit., 258 ss.,

Essa especificidade material reconduz-se ao seguinte, em nosso ver: *o objecto da prevenção inibitória é o ilícito, enquanto que o objecto da prevenção cautelar é o dano, não sendo exigida uma ilicitude do facto declarada* ²¹³⁴. Dito de outro modo: **a tutela cautelar é o único meio processual adequado à prevenção do perigo de dano e a tutela inibitória é o único meio processual adequado à prevenção do perigo de ilícito.**

C. Diferenciação processual entre perigo de ilícito e perigo de dano

I. Passemos a demonstrar a conclusão anterior, descobrindo em que consiste e como se exprime a diferença entre os objectos cautelar e inibitório, *mesmo quando aquele também redunde em inibição*. Iremos, assim, comentar a posição de RAPISARDA.

Façamo-lo no plano do objecto processual e no plano do fundamento material, começando pelo primeiro.

Ao nível do objecto processual, quanto às *razões de direito*, concordamos com RAPISARDA: *as normas invocadas são as mesmas* em ambas as vias processuais — são aquelas de que deriva a titularidade do próprio direito que se exerce aqui na sua dimensão dinâmica, *revelada processualmente* seja inibitoriamente, seja cautelarmente. Já quanto às *razões de facto*, RAPISARDA também tem razão, *até certo ponto*, na respectiva identidade: a situação jurídica que se invoca em ambas as tutelas, é a mesma, assim como o facto cujo perigo se teme. Em ambas as tutelas, esse facto tanto pode estar para ocorrer, como pode ser uma continuação ou repetição de facto anterior.

Esta aparente identidade permite que o autor possa usar *os mesmos factos tanto como premissas de conclusões de facto integrativas do perigo de ilícito, como premissas de conclusões de facto integrativo do perigo de dano no outro*.

Exemplo: A ameaça B de levar um automóvel que lhe diz pertencer; a entidade C começou a fazer uma estrada em prédio do autor D; E coloca anúncios comerciais correspondentes a uma concorrência com E, com qual se obrigara a não concorrer — em todos exemplos estes factos podem suportar acções inibitórias e providências cautelares.

Assim, sabemos que se o “possuidor tiver justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem será o autor da ameaça, a requerimento do ameaçado, intimado para se abster de lhe fazer agravo”, como se dispõe no art. 1276º CC. Mas também sabemos que o mesmo comportamento que é genético do justo receio de perturbação

²¹³⁴ LACABARATS, *[La compétence]* cit., nº 124.191: será possível, por exemplo, suspender os trabalhos de uma obra mesmo que ela, ainda que iniciados regularmente, pois o que interessa é que “eles possam causar um dano a outrem”.

ou de esbulho para efeitos de acção inibitória de prevenção de posse, pode ser revelado pelo possuidor como genético de um “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito”, para efeitos do art. 381º ²¹³⁵.

Exemplos: A recebe um telefonema do administrador de condomínio B de que no final do mês retirará uma motorizada sua que tem em garagem comum; tanto pode invocar o telefonema para pedir que B seja condenado a não retirar os bens em sede, como pode invocar o telefonema para que possa colocar um cadeado na porta da garagem se a retirada lhe provocar dano grave.

Não fica, naturalmente, afastada a possibilidade de ser necessário, para se alegar o dano, invocar ainda outros factos adicionais não da ilicitude mas do dano em si mesmo.

Exemplos: A diz que vai levar o automóvel *passados dois dias*; C vai *levar a cabo uma explosão no terreno do autor*, para passar a estrada.

II. Porém, para além desse grupo de factos, a que poderíamos chamar de *factos-base*, existe, em nosso ver, uma **diferença** essencial, referida em parte por RAPISARDA: no mérito cautelar existem duas considerações factuais adicionais respeitantes ao *dano*, que estão completamente ausentes do mérito da acção inibitória.

No mérito da acção inibitória, deve partir-se dos factos passados para se produzir um **juízo de prognose de ilicitude**, *i.e.*, de verosimilhança da ocorrência futura de um facto ilícito.

No mérito da providência cautelar, deve partir-se dos factos passados para se produzir um **juízo de prognose de dano**: de verosimilhança da ocorrência futura de um facto gerador de *dano*. *Essa afirmação prognóstica não sendo em si mesma um facto, pois refere-se ao futuro, é ainda, embora em sentido impróprio como se verá* ²¹³⁶, *uma afirmação ou matéria de facto* e como tal carente de uma *actividade probatória*, como tem sido continuamente declarado na jurisprudência sobre o *periculum in mora* ²¹³⁷. Essa prova servirá para demonstrar que o comportamento receado pode provocar danos ao autor e não para demonstrar que esse comportamento receado é ilícito.

²¹³⁵ Mas não, obviamente, para efeitos do art. 392º que já pressupõe a ocorrência do facto.

²¹³⁶ Cf. § 12º 1.3.2.

²¹³⁷ Assim, e a título exemplificativo, STJ 20/1/1977, STJ 23/1/1979, STJ 12/2/1981, BMJ 304 (1981), 351, STJ 11/2/1988, STJ 15/6/1994, STJ 20/9/1994, STJ 3/11/1994, STJ 11/10/1995, STJ 26/9/1996, STJ 28/11/1996, STJ 8/7/1997, STJ 18/11/1999, STJ 31/5/2000.

III. É esta diferença no mérito que permite, diferenciadamente, retirar um pedido inibitório pleno ou antecipatório ou retirar um pedido cautelar inibitório, *v.g.*, as referidas *proibições provisórias* do art. 31º, nº 1 CCG e, remissivamente, do art. 11º, nº 4 LDC.

Deste modo, se é certo que pode haver coincidência no conteúdo da providência de tutela pedida, pois uma inibição tanto pode ser fruto de um pedido inibitório pleno/antecipatório, como fruto de um pedido inibitório, no primeiro caso essa inibição serve para afastar um perigo de ilícito e no segundo caso essa inibição serve para afastar um perigo de dano. Mas importa não perder de vista a *floresta* onde pode surgir a árvore da *inibição*: enquanto na acção inibitória, a inibição surge como a medida adequada, já na acção cautelar a proibição pode ser ou não a medida adequada para o perigo de dano.

Efectivamente, nada impede que, além do uso desses arts. 31º, nº 1 CCG e 11º, nº 4 LDC, sejam decretadas outras medidas, seja porque o autor as pediu, seja porque o juiz as entendeu como mais adequadas *ab initio* ao abrigo do art. 392º, nº 3 ou supervenientemente por força do funcionamento do princípio da proporcionalidade do art. 387º, nº 2.

Exemplo: perante a ameaça de concorrência ilícita de D pode E, em vez de pedir a proibição daquela, ser autorizado ao não fornecimento de um dado componente ou matéria-prima à outra parte para evitar a actividade, apesar de assim se violar um contrato de fornecimento.

Por outras palavras, a especificidade material do objecto cautelar — resolver um perigo de dano — pede claramente um espectro de medidas que não se resumem à inibição. Deste modo, e ao contrário do que afirma RAPISARDA, é possível *diferenciar o âmbito objectivo de incidência da tutela, respectivamente, cautelar e final*, tendo em conta quer o conteúdo da causa de pedir, quer a amplitude do pedido.

IV. Em conclusão: a inibição cautelar não é uma inibição antecipada que resolveria uma mesma necessidade de tutela e que se distinguiria apenas pela “injustificada preclusão”, como pretende RAPISARDA, por estar dependente *da pendência e pré-pendência de uma acção inibitória principal*. Não: ela resolve uma diferente necessidade de tutela — o perigo de dano — a qual pode carecer dessa inibição desde que seja o meio adequado para satisfazer essa necessidade.

Por outro lado, é correcta a distinção de RAPISARDA de que enquanto a inibitória final atenta ao “comportamento ilícito denunciado” e “prescinde totalmente do dano” ²¹³⁸, na tutela cautelar o legislador “com a noção de prejuízo irreparável” pretendeu “referir-se às possíveis consequências lesivas de uma conduta” ²¹³⁹.

²¹³⁸ *Profili cit.*, 141.

²¹³⁹ *Profili cit.*, 142.

Finalmente, também se deve concluir que, *aparentemente*, é correcto afirmar com RAPISARDA que “*não parece* possível associar a incidência da tutela [cautelar] antecipatória a uma previsão [normativa] *prejudicial* (sic) diversa daquela que pode ser objecto da tutela ordinária”, isso sucede porque essa é a previsão relativa ao próprio direito subjectivo ou ao próprio interesse legalmente protegido. É que, como defendemos na crítica às teses do direito material de cautela, não há, nem para a tutela inibitória, nem para a tutela cautelar, um direito autónomo que se esteja a proteger. Pelo contrário, está-se sempre a exercer um mesmo direito cujo conteúdo se revela nas pretensões deduzidas processualmente.

D. **Diferenciação material entre perigo de ilícito e perigo de dano**

I. No entanto, no plano normativo dever-se-á acrescentar algo mais à causa de pedir²¹⁴⁰. Efectivamente, à constatação de que o perigo de dano conhece no plano processual uma relevância autónoma, irreconduzível à relevância do perigo de ilícito, há-de corresponder uma *diferenciação* ou *não redundância* no *plano material das normas*.

Lembramos que cautela e inibição conhecem o mesmo fundamento material da *obrigação genérica de não ingerência* naquele direito acautelando e em ambas é relevado um *nexo de causalidade* entre um facto passado e a ingerência futura na esfera jurídica do autor. Mas se daqui deriva um duplo e diverso objecto processual é porque há uma **diferenciação material adicional**, que tem lugar no interior daquela obrigação genérica: enquanto a via inibitória é restrita, pois apenas serve para constituir e impor judicialmente uma prestação material de abstenção, a via cautelar abrange todo o espectro potencial de expressão da obrigação genérica.

Como explicar esta diferença? A resposta que propomos é a seguinte: cada meio de tutela é o adequado a afastar um **modo diferente de ingerência** na esfera alheia.

A tutela inibitória refere-se a uma ingerência que terá lugar no **plano normativo abstracto** da **violação** da norma de onde deriva o direito subjectivo. A tutela cautelar refere-se a uma ingerência que terá lugar no **plano normativo concreto** das **consequências da violação** do direito subjectivo.

Concretizemos.

II. A alegação das *consequências* do ilícito apresenta desde logo uma diferença material em face da mera alegação da *ocorrência* do ilícito: a relevância da ocorrência do ilícito não passa do *plano normativo material abstracto* pois diz-se que se violará uma norma que *in casu* outorga uma vantagem ao autor, mas não mais do que isso. Diversamente, a relevância da ocorrência do dano passa o litígio para o *plano normativo*

²¹⁴⁰ Cf. mais desenvolvimentos em § 12º 1.2.1.B.

material concreto da aplicação — diz-se que se violará uma norma que *in casu* outorga uma vantagem ao autor e diz-se ainda qual a extensão concreta da supressão ou diminuição dessa vantagem.

Correlativamente, no caso de perigo de ilícito, a função constitucionalmente acometida ao processo impõe-lhe que o sujeito possa jurisdicionalmente obter *a medida adequada a dar protecção no plano abstracto*; no caso de perigo de dano, o mesmo modelo supranacional de garantias processuais impõe que o sujeito possa jurisdicionalmente obter *a medida adequada a dar protecção no plano concreto*.

Ora, a primeira protecção adequada só pode consistir em *evitar a própria ocorrência* e como esta se traduz num acto voluntário, a medida que o legislador considera ser a adequada dirige-se e conta com a vontade do sujeito, impondo-lhe uma *condenação em non facere*. É pela *acção inibitória* que se pode produzir esta condenação.

A segunda protecção adequada consiste em *evitar os efeitos concretos da ocorrência*: por isso pode ser uma *medida adequada à extensão concreta da supressão ou diminuição dessa vantagem*, seja bilateral — condenando o réu num comportamento —, seja unilateral — produzindo um efeito jurídico ou prático não dependente da colaboração do réu, como a apreensão de bens, a restrição às faculdades de disposição e de exercício dos direitos sobre o património, a suspensão de actos materiais e de actos jurídicos, a autorizações para certa conduta material ou acto jurídico, a nomeação de administradores/curadores. É através de um *procedimento cautelar* que se pode produzir esta medida adequada.

III. Mas pode-se perguntar se aquela a ligação entre *perigo de ilícito e condenação* se impõe pela sua própria adequação à necessidade específica de tutela ou se ela poderia ser substituída por uma ligação entre *perigo de ilícito e medida adequada*.

Por outras palavras, será que a circunstância da *ocorrência do ilícito ser voluntária* implica que necessariamente a providência de tutela apenas pode dirigir-se e contar com a vontade do sujeito, por via de uma condenação e com valor de caso julgado? Porque é que não há, por exemplo, apreensões de bens ou suspensões de actos para evitar um perigo de ilícito, deixando-se deste modo de estar dependente da vontade do devedor? Em suma: está o legislador ordinário impedido constitucionalmente de, modificando o art. 381º, prever uma acção de tutela plena e com valor de caso julgado, *i.e.*, não cautelar, em que “Sempre que alguém mostre *fundado receio* de que outrem viole o seu direito pode requerer a *providência adequada* a assegurar a efectividade do direito ameaçado”? *Pode haver providências adequadas não concretas?*

Pensamos que a correlação **perigo de ilícito/plano normativo abstracto** — e a *contrário* a sua simétrica correlação **perigo de dano/plano normativo concreto** — *não é passível de ser afastada sob pena da providência que se viesse a decretar ser ineficaz* por não produzir efeitos concretos ou por produzir efeitos desnecessários.

O **perigo de ilícito** não pode ser relevado solitariamente para efeitos concretos pois que, como se demonstra pela comprovada ausência em todos os ordenamentos de *providências cautelares por perigo de ilícito* — *i.e.*, com conteúdo variável e inidóneas para o valor de caso julgado —, o perigo de ilícito apenas se apresta a raciocínios de *existência/inexistência* do desvalor de um acto e não a raciocínios de *intensidade* desse desvalor ²¹⁴¹. Inversamente, o **perigo de dano** não pode ser relevado para efeitos abstractos pois que, como se demonstra pela ausência de *acções inibitórias* — *i.e.*, que imponham uma condenação de *non facere* com valor de caso julgado — *por perigo de dano*, ele apresta-se a raciocínios de *intensidade do desvalor* de um acto e não a raciocínios de *existência/inexistência* desse desvalor; uma vez que estes são pressuposto daqueles, far-se-ia um uso desadequado, porque excessivo, daquele meio.

A resposta àquelas questões é, por conseguinte, de sentido negativo: **a adequação em sede de tutela preventiva é sempre um juízo de concretização**, ou seja, um raciocínio de medida do grau e conteúdo da necessidade de tutela, raciocínio esse que só no plano do dano pode ter lugar.

IV. Em suma: há uma *imperatividade funcional* na associação entre perigo de ilícito e plano normativo abstracto e entre perigo de dano e plano normativo concreto.

Confirma-se assim que a tutela preventiva fundada em perigo de ilícito apenas admite medidas que sejam qualitativamente idênticas (inibições), fundadas numa qualificação *definitiva* do acto, sendo irrelevante o grau de dano dos respectivos efeitos. Ao contrário, a tutela preventiva fundada em perigo de dano admite medidas que sejam qualitativamente diversas, fundadas na medida dos efeitos danosos, sendo irrelevante uma qualificação *definitiva* como ilícito do respectivo acto.

Na dogmática da obrigação genérica de não ingerência na esfera jurídica alheia isto significa que o dever de abstenção constitui o *núcleo mínimo* da função preventiva, podendo ser imposto tanto inibitoriamente, quanto cautelarmente, enquanto outros deveres e estados de sujeição que se possam fazer derivar do carácter compreensivo daquela obrigação genérica constituem um campo variável.

Valida-se, com esta conclusão, que o **preenchimento da obrigação de não ingerência depende de modo sensível do próprio modo por que é imposta: à relevância do uso de um meio de tutela extrajudicial ou judicial, junta-se agora a**

²¹⁴¹ RAPISARDA, *Profili* cit., 143, entende, como seu viu atrás, que uma tutela sumária com é a cautelar não é consentânea com a apreciação de ilicitude do acto. Discordamos: por mais sumária que seja a *cognitio* pode ser sempre produzido um juízo de existência/inexistência, como o provam as formas de sumariedade forte que atrás apurámos. Mais: mesmo o perigo de dano pressupõe algum juízo sobre a licitude pois a relevância jurídica desse dano depende desse juízo em regra. O problema com a ilicitude há-de ser, pois, outro.

relevância do próprio tipo de tutela judicial: se por acção condenatória, se por providência cautelar.

E. Relações entre o binómio perigo de ilícito/sentença condenatória e o binómio perigo de dano/medida adequada

I. Ainda assim, contra esta oposição que delineámos entre plano normativo abstracto e concreto, e entre tutela contra o perigo de ilícito e tutela contra o perigo de dano, poder-se-ia dizer ser aquela suficiente para evitar o perigo de dano e, por isso, seriam desnecessárias as providências cautelares.

É que, afinal, há uma coincidência parcial entre os objectos processuais fundados no perigo de ilícito e no perigo de dano — ambos exigem uma prognose de ilícito — que se traduz em *que se o réu cumprir a condenação em non facere produzida em sede inibitória não haverá produção de dano*. Por isso, a tutela cautelar, concorrendo perante a tutela inibitória, seria mesmo funcionalmente redundante perante esta na área de coindência entre elas. No limite, prevenir o dano ou prevenir o ilícito teriam, em concreto, as mesmas vantagens.

Tal afirmação não é correcta: *a técnica processual de condenação do réu no cumprimento de uma obrigação ou de um dever conhece três fortes limitações na sua eficácia preventiva que fazem com que raramente dê as mesmas vantagens da tutela cautelar*.

II. *Em primeiro lugar, conhece de uma limitação funcional que é comum às acções de condenação, em geral: a sentença condenatória é uma providência de tutela que pede ainda a colaboração do devedor nos mesmos termos em que ela era pedida na fonte negocial ou negocial da obrigação*. Em termos simples: se é certo que o futuro exequente com a sentença condenatória passa a estar legitimado a actuar na esfera jurídica do futuro exequente fazendo uso de *ius imperii*, a verdade é que essa actuação é feita nos termos próprios de um direito a uma prestação.

E por aqui embora a inibição possa ser prevista legalmente ela apresenta uma duvidosa eficácia prática: está sujeita ao incumprimento do réu. Ou seja, muito embora, ao contrário da acção de simples apreciação, a sentença inibitória contenha uma *condenação numa prestação* e haja um trânsito em julgado, a realidade é que esta condenação não passará, *na sua utilidade imediata*, de um *enunciado dirigido ao réu* da existência *in casu* do direito a um comportamento passivo cuja titularidade o autor invoca, por verificação da subsunção dos elementos de facto a previsões normativas. Depois do trânsito bem pode o réu continuar a violar o direito do autor que enquanto não tiver lugar *alguma forma de execução* de utilidade nem sempre satisfatória, não haverá real tutela jurisdicional.

Diversamente, a possibilidade de, além de medidas bilaterais, que exigem ainda uma colaboração, poderem ser produzidas providências cautelares unilaterais, com fundamento em poderes potestativos, torna estas mais eficazes.

III. Em segundo lugar, há uma outra *limitação funcional que também é comum às à condenação, em geral*: há uma dilação temporal entre o momento do trânsito em julgado e o momento em que serão afastadas as desvantagens do incumprimento pelo réu, por via de uma acção executiva.

Esse tempo que medeia entre a declaração do direito e a integral satisfação em sede executiva configura um **interregno funcional**, pois na verdade é ainda um espaço ou benefício deixado à parte passiva para poder, usar da sua autonomia, para cumprir ou não cumprir. No caso particular da sentença condenatória em inibição esta acaba por ser uma **forma de resposta diferida e abstracta, como já sabemos**, a um problema de urgência, já que parece **limitar-se a enunciar** a obrigação de não violação do direito e **esperar que ela seja respeitada, i.e., esperar que não ocorra o acto ilícito**. Deste modo, a sentença de condenação em inibição parecendo ser útil vai, paradoxalmente, *repetir e prolongar o estado de perigo*.

Ora, se no quadro da estrita lógica *ex post* de função de remédio ou repressiva, esse *interregno funcional* pode não prejudicar o direito, pois este já foi lesado, diversamente sucede na lógica *ex ante* da função preventiva. Se na primeira há uma *fuga do momento do ilícito*, na segunda há uma constante *aproximação para o momento do ilícito* o que torna aquele interregno funcionamente inaceitável.

Já as providências cautelares podem evitar uma resposta diferida e abstracta através de um conteúdo unilateralmente imposto, sendo, por isso, mais eficazes. De facto, é melhor apreender os bens que o réu tem em seu poder do que simplesmente condená-lo a não os alienar ou deteriorar.

IV. Em terceiro lugar, há uma *limitação funcional que também é comum a todas as acções declarativas*: o caso julgado. Este mecanismo liberta as partes das inconveniências da insegurança jurídica, revelando-se adequado para uma decisão que assente sobre um evento passado, como uma condenação não inibitória ou uma decisão constitutiva negativa. Contudo, é inadequado para uma decisão que assenta sobre um evento futuro. Neste tipo de decisão a imutabilidade surge como um espartilho já que aquela decisão corre o risco de rápida inadequação com a realidade, pois, *in casu*, o perigo de ingerência pode extinguir-se ou pode alterar-se.

Se a isto somarmos a já referida ausência de juízos de adequação entre perigo e medida o que conduz a uma imunidade à variação da intensidade do perigo, bem se pode concluir que a técnica da condenação em *non facere* — a acção inibitória — é, por isto, limitada, *para cumprir uma função preventiva concreta*.

Diversamente, as providências cautelares, sem prejuízo de gozarem de uma estabilidade mínima quer perante o mesmo tribunal, quer perante outros tribunais, dispensam o caso julgado absoluto, sendo sensíveis às vicissitudes que o *periculum* ou o direito venham a sofrer na sua existência e na sua intensidade, no caso do primeiro.

V. Este conjunto de limitações funcionais da tutela inibitória conduzem a que raramente ela promova as mesmas vantagens da tutela cautelar. Portanto, tendencialmente não há redundância ou concurso funcional entre inibição e cautela.

No entanto, esse concurso pode pontualmente ter lugar: *quando sendo as respectivas providências de tutela idóneas a evitar um mesmo resultado de não ocorrência de ilícito — o que é possível dada a já referida identidade parcial na causa de pedir — uma delas alcança esse resultado antes da outra*²¹⁴².

Isso sucede quando **a tutela cautelar antecede a tutela inibitória e, ao mesmo tempo, obviou não só ao dano, mas também à ocorrência do próprio ilícito**. Nesse caso o pedido de tutela inibitória deve ser indeferido porque falta da verificação de perigo de ilícito. Ao contrário, e finalmente, haverá ainda concurso **quando a tutela inibitória antecede a tutela cautelar e a sentença inibitória foi efectivamente cumprida ou executada**. Apenas nesse caso é que tutela cautelar parece ser redundante perante a tutela inibitória; em rigor: desnecessária por falta de *periculum*.

Mas, claramente, já não há concurso quando **a tutela cautelar antecede a tutela inibitória mas obviou só ao dano, mas já não a ocorrência do próprio ilícito** — v.g., o arresto evita o dano, mas não evita o incumprimento contratual. E também não há concurso quando **a tutela inibitória antecede a tutela cautelar e a sentença inibitória, não afastou a necessidade de uma sucessiva obtenção de uma cautela** em relação aos efeitos danosos não consumados e pendentes.

F. **Conclusão: dualismo formal. Função residual, mas necessária, das acções de simples apreciação**

I. Concluímos, assim, que o quadro dos instrumentos da função preventiva concreta revelou-se ser *formalmente dualista*, dadas as diferenças profundas que mostrámos existirem entre tutela inibitória plena e tutela inibitória cautelar.

De um lado um meio processual dirigido à prevenção do ilícito e que é *menos exigente nos seus requisitos*, mas *menos intenso na sua eficácia preventiva* — a tutela inibitória; do outro lado um meio processual dirigido à prevenção do dano e que é,

²¹⁴² Lembre-se que, uma vez que as providências cautelares não vinculam as medidas de tutela plena/antecipatória — cf. art. 383º, nº 4 —, i.e., no caso, as medidas de tutela inibitória, ter-se-á sempre de apurar se de facto a medida decretada esvaziou a necessidade da segunda tutela ou não.

frequentemente, *mais exigente nos seus requisitos* — exige uma irreparabilidade ou intensidade qualificada — e por isso de uso mais limitado, mas *mais intenso na sua eficácia preventiva* — a tutela cautelar.

A correcção desta afirmação ressalta até de modo claro se atentarmos ao facto de o legislador ter consagrado como *arma de último recurso* do sistema preventivo não antecipações inibitórias, mas sim providências cautelares. Ou seja: *as providências cautelares surgem aos olhos do legislador como um instrumento mais eficaz do que as acções inibitórias*, verificados os respectivos e exigentes requisitos, como é bom de ver.

Finalmente, vimos que, em regra, não há redundância por parte da tutela cautelar perante a tutela inibitória e que *a tutela cautelar preserva o seu espaço de autonomia e de utilidade*.

II. Uma segunda consideração se impõe, ainda: o **peso relativo** dado pela doutrina a estes dois instrumentos dentro da função preventiva não nos parece ser o adequado à sua efectiva importância.

Efectivamente, pensamos que não erraremos se dissermos que a uma **atribuição dominante da função preventiva às acções inibitórias** tem correspondido uma **frequente desvalorização das providências cautelares**. Estas continuam a ser vistas como um mecanismo de interesse meramente processual, como se não tivesse uma utilidade directa, *i.e.*, uma utilidade tutelar, para o direito subjectivo. Mesmo no caso das providências antecipatórias de uma acção inibitória elas surgem como seu instrumento de auxílio.

Só a título excepcional é que delas se pode fazer uso e, desse modo, lançar mão da possibilidade de *um exercício unilateral* do direito subjectivo, sem necessidade de colaboração intersubjectiva.

Desta forma ignora-se que as providências cautelares produzem uma tutela preventiva que é *claramente mais eficaz* a prevenir a concretização de ameaças aos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos: pode ser unilateral, de eficácia imediata e mutável. Além disso, o que *normalmente* caracteriza a necessidade de tutela preventiva concreta é, precisamente, prevenir os efeitos danosos de um ilícito cuja ocorrência se teme e não prevenir o ilícito.

Ou seja: de um ponto de vista de adequação entre meio e função não hesitamos em afirmar que **a centralidade da realização da função preventiva concreta reside nas providências cautelares pois estas apresentam uma maior idoneidade a provocar a interrupção do nexó de causalidade acto ingerente/violação quando comparadas com a tutela inibitória**.

O paradoxo é tanto maior quanto o próprio legislador, é mais pródigo em prever medidas cautelares do que medidas inibitórias, o que tem levantado dificuldades à aceitação generalizada da tutela inibitória, como começamos por referir. Mais: os próprios sujeitos da ordem jurídica mostram fazer um uso intenso e crescente das

providências cautelares, o que significa que ela é mais atraente e útil do que a tutela inibitória.

III. Por fim, no quadro global dos meios preventivos de tutela, pode dizer-se que se demonstrou que as *providências cautelares* são os meios de tutela admissíveis sempre que o perigo de ingerência na esfera jurídica do autor seja um perigo de dano. Diversamente, as *acções inibitórias* são os meios de tutela admissíveis sempre que o perigo de ingerência na esfera jurídica do autor seja um perigo de ilícito.

Alargando o esforço conclusivo, cada um dos *meios processuais avulsos* é admissível sempre que o perigo de ingerência seja aquele concretamente tipificado. Por exemplo, “qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro” (art. 337º, nº 1 CC), o perigo para a coisa empenhada de que “se perca ou deteriore” (art. 674º, nº 1 CC).

Não há, por conseguinte, redundância entre meios de tutela preventiva. A falta de cada um seria insuprível por outro meio de tutela, sem prejuízo de eventuais concursos de resultados: a acção inibitória é inadequada para afastar o perigo de dano, a providência cautelar é inadequada para afastar o perigo de ilícito, qualquer delas é inadequada para afastar “qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro”, como a legítima defesa.

IV. Porventura, dir-se-ia, que apenas as *acções de simples apreciação* poderiam ser substituídas, dada a sua residualidade, por qualquer outro meio cuja sentença implicasse também uma declaração de existência do direito, *maxime*, a acção inibitória. Mas assim não sucede: a declaração judicial de existência/inexistência de um direito/facto é em si mesma a medida de tutela idoneamente abstracta à produção do *resultado* de ausência de perturbação resultante da *incerteza jurídica* adveniente da actividade do sujeito passivo.

É, assim, um meio de tutela preventiva que se basta com uma utilidade no estrito *plano dos enunciados de direito*, porque é nesse mesmo e exacto plano que o perigo de ingerência está a ter lugar, sendo desnecessária a constituição de uma situação jurídica passiva para o réu.

Deste modo, as *acções de simples apreciação* são os meios de tutela admissíveis sempre que o perigo de ingerência na esfera jurídica do autor possa ser removido pelo mero efeito de “*restabelecer (...) [d] os limites* que separam as respectivas esferas jurídicas das partes” ²¹⁴³. Por isso, será sempre inadequado o uso de qualquer meio preventivo ou mesmo repressivo — *v.g.*, acção condenatória — pois eles produzem sempre uma utilidade maior do que aquela que é necessária — assim, para as acções de simples apreciação positiva — ou inclusive não produzem de todo essa utilidade —

²¹⁴³ RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atipica* cit., 108.

assim, para as acções de simples apreciação *negativa* e as relativas à existência/inexistência de um facto ²¹⁴⁴.

Também a simples apreciação é uma tutela cuja existência e conteúdos são determinados pelo perigo de ingerência ²¹⁴⁵.

V. Em conclusão: valem aqui as palavras de MINNEROP de que o processo cautelar é perante a situação jurídica material uma “forma de tutela jurídica tipicamente estabelecida, directa e eficaz”, com a “posição de tutela preventiva próxima e anterior à acção de simples apreciação e à acção inibitória” ²¹⁴⁶.

3. ***Distinção funcional específica do perigo de dano perante o periculum in mora***

3.1. **Posição tradicional**

I. Importa agora dar resposta ao **segundo problema** que enunciámos no ponto 2.1. deste parágrafo: ***pode identificar-se aquele perigo de dano, que é fundamento da cautela, com o periculum in mora, ou o perigo de dano e periculum in mora são coisas diferentes?***

Na visão tradicional, parece não haver espaço para uma diferenciação do perigo de dano cautelar em face do *periculum in mora*, pois as providências cautelares são tidas como remédios contra este *periculum*. Por outras palavras: na visão tradicional o perigo de dano da urgência extrínseca é rigorosamente o mesmo perigo de dano da urgência intrínseca ²¹⁴⁷.

O *periculum in mora* na clássica, e tantas vezes seguida, abordagem de CALAMANDREI é uma ameaça de a tutela não vir em tempo útil devido à alteração da situação litigiosa de facto ou de direito: o “*perigo de dano jurídico*, derivado da demora da providência jurisdicional definitiva” ²¹⁴⁸.

²¹⁴⁴ É algo que está, de todo, fora do âmbito declarativo de outras acções: o juízo de existência de um facto releva para o suporte probatório da decisão final, mas nunca é o objecto principal de uma decisão final, salvo, precisamente, em sede de acção da sua simples apreciação.

²¹⁴⁵ Neste sentido, associando a acção de simples apreciação negativa a um “interesse à integridade da esfera jurídica em questão contra pretensões (...) ilegítimas”, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 62.

²¹⁴⁶ *Ob. loc. cit.*..

²¹⁴⁷ Cf. esta distinção no § 6º 2.4.2., VI.

²¹⁴⁸ *Introduzione* cit., 15.

Na doutrina que foi construída sobre o pensamento de CALAMANDREI quanto aos caracteres do *periculum* ²¹⁴⁹, este traduzir-se-á nuns casos em *infrutuosidade* da acção principal (*pericolo di infruttuosità*: o perigo de que “a situação de facto se modifique” de tal modo que “a realização do direito não seja mais — total ou parcialmente — possível e/ou útil” ²¹⁵⁰), e em outros casos em *atraso* da acção principal (*pericolo di ritardo*: “perigo de que a satisfação do direito chegue, mas atrasada” ²¹⁵¹).

Não se tratará, pois, de uma autónoma urgência material, *i.e.*, de uma ameaça de incumprimento de obrigações ou de violação de deveres ou perigo de ingerência ilícita, *problema de que tratam a tutela inibitória e as acções de simples apreciação*, mas de uma *relação de inadequação entre o tempo que o cumprimento do modelo de tutela plena exige e o tempo que a real protecção do direito exige*. Esse atraso temporal na tutela é idóneo a causar prejuízo ao titular do direito subjectivo, como já atrás referimos quando escrevemos sobre a urgência ²¹⁵².

II. O *periculum in mora* seria assim, e daí a sua designação, um perigo **por causa** do processo, eventualidade em que a “necessidade de usar o processo em virtude da proibição de autotutela privada pode ser (...), em face da duração temporal do processo, causa ou concausa do dano para o autor que tenha razão” ²¹⁵³. E, portanto, um perigo intrínseco à duração do processo ou que é favorecido por este ²¹⁵⁴.

Na mesma visão dominante, como soluções para este perigo de raiz processual surgem como já escrevemos anteriormente, não apenas os procedimentos sumários que designámos por tutela antecipatória, mas também as providências cautelares.

E isto não apenas em Itália onde a matriz calamandriana ainda domina, mas mesmo na Alemanha. Aqui o pensamento corrente, como se sabe, é o de que as *einstweiligen Verfügungen* têm por função salvaguardar uma tutela jurisdicional efectiva ou célere e, assim, indirectamente, a “realização do direito material” ²¹⁵⁵, quando o credor corre perigo de prejuízos em resultado da passagem do tempo até à produção da tutela final

²¹⁴⁹ *Introduzione* cit., 55.

²¹⁵⁰ ATTARDI, *DPC* I cit., 152–153.

²¹⁵¹ E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 25. Distinção repetida, por exemplo, em: P. PISANI, *La nuova disciplina del processo* cit., 307 e 308 e *LDPC* cit., 600 e 601; M. DINI, *La denuncia* cit., 41; FRISINA, *La tutela anticipatoria* cit., 377 e 378; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 369.

²¹⁵² Cf. § 5º 1.3., III.

²¹⁵³ P. PISANI, *LDPC* cit., 593; cf. ainda, *idem*, 594.

²¹⁵⁴ CURA MARIANO, *A providência* cit., 19.

²¹⁵⁵ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

²¹⁵⁶. Claramente assim segue LEIPOLD quando escreve ²¹⁵⁷ que nas *einstweiligen Verfügungen* há “prevalentemente (...) um julgamento antecipado da situação jurídica final”.

Deste modo, a pretensão processual à segurança que, como já vimos, é para a doutrina alemã o objecto da providência cautelar, **seria uma pretensão à segurança contra o perigo de mora processual.**

III. Ainda nesta visão dominante não se nega que não possa haver perigo de dano derivado de uma actuação privada da parte; o que se nega é que este seja o objecto, i.e., o perigo, a que se referem as providências cautelares. Estas lidariam com um *perigo especial*, no dizer de ALBERTO DOS REIS ²¹⁵⁸: o referido *periculum in mora* ²¹⁵⁹.

Efectivamente, a visão clássica reconhece que só pela sua função preventiva não se distinguiria a tutela cautelar, pois existiriam também as antigamente designadas *acções conservatórias* — *maxime*, a acção de prevenção contra o dano, a acção de prevenção de posse ²¹⁶⁰ — que teriam essa função ²¹⁶¹ e o mesmo sucederia através das acções inibitórias: enquanto a tutela inibitória se dirigia contra um “perigo genérico de dano”, a tutela cautelar atalhava o “ulterior dano marginal” que decorre do atraso na produção da providência de mérito definitiva ²¹⁶².

Relembremos a este propósito a afirmação de CALAMANDREI ²¹⁶³ de que se qualquer forma de tutela cautelar prossegue uma função preventiva — algo que nós já constatámos e defendemos — nem toda a função preventiva é prosseguida por aquela, existindo formas de tutela preventiva plena, i.e., sem função e estrutura cautelar. Entre nós, tal ecoa na afirmação de ALBERTO DOS REIS de que “todas as acções conservatórias se propõem acautelar um prejuízo; e todavia nem todas as acções conservatórias merecem a qualificação de cautelares” ²¹⁶⁴.

²¹⁵⁶ Assim, com cambiantes entre si: GRUNSKY, *Grundlagen* cit., 227; LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 259–260; TEPLIZTKY, *Arrest* cit., 883; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 65.

²¹⁵⁷ *Strukturfragen* cit., 266.

²¹⁵⁸ *A figura* cit., 13.

²¹⁵⁹ *A figura* cit., 19 ss.

²¹⁶⁰ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 20.

²¹⁶¹ ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 17.

²¹⁶² CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 16. Identicamente, M. DINI, *La denuncia* cit., 40 e E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 19 e 23.

²¹⁶³ *Introduzione* cit., 16.

²¹⁶⁴ *A figura* cit., 20.

IV. Esta recondução do objecto cautelar ao perigo de dano resultante da produção da medida jurisdicional definitiva, poderia ser tida por correcta já que encontrámos nos procedimentos que conduzem à produção de providências cautelares restrições às garantias processuais no plano da cognição e do valor da decisão. Ora sabemos que estas são justificadas por uma necessidade de reposição de uma igualdade entre as partes, que por via ordinária se perderia, em ordem a evitar aquele dano de causa processual.

Poder-se-ia, assim, concluir que, se o *periculum in mora* não existisse como problema não haveria justificação constitucional para a existência da tutela cautelar.

Terá de ser mesmo assim? Pensamos que **não**.

Ao contrário do que CALAMANDREI afirmava, o objecto das acções inibitórias não é, claramente um “perigo genérico de dano”, mas, sim, o perigo de ilícito, o que é bem diferente. Por seu lado, e quanto às acções conservatórias, a acção de prevenção de posse é uma acção inibitória de um perigo de ilícito, algo completamente diverso do perigo de dano. A sua relevância para o nosso objecto de estudo é aquela que temos descoberto.

Mas, por seu turno, já a prevenção do dano mediante caução *damni infecti* que existia ainda no art. 487º CPC/1876 tem precisamente por objecto o perigo de dano, sendo muito revelador que ela ainda se mantenha em Itália como providência cautelar de *denunce di danno temuto* (art. 1172º CC/It) e no Brasil como acção cautelar autónoma para os arts. 1280º e 1281º CC/Br.

Ou seja: o mínimo que se pode desde já dizer é que não está excluída que a tutela cautelar também possa lidar com o perigo de dano não imputável à mora processual.

V. Mas isto são aspectos meramente formais e, com o devido respeito, menores.

O centro do problema é bem diverso e é de natureza material: *se apurámos que existe uma obrigação genérica de não ingerência no direito alheio, carece-se de uma acção adequada à sua protecção*, sendo certo que a tutela inibitória é insuficiente, como demonstrámos.

Esta obrigação nada tem a ver com a mora processual: respeita às relações entre os sujeitos da ordem jurídica e não à qualidade da prestação jurisdicional pelo Estado. Ou seja: alterando os termos da doutrina alemã, o objecto cautelar não é a *pretensão à segurança contra o perigo de mora processual*, mas a pretensão à segurança contra o perigo de dano por actuação dos sujeitos obrigados nos termos do princípio *alterum non laedere*.

Deste modo, bem pode perguntar-se onde está a tutela contra as *causas de perigo de dano, que são extraprocessuais*. *Difícilmente se poderá afirmar que o modelo supranacional de garantias processuais não exige, ele mesmo, uma tutela própria*. Essa tutela é a cautelar: a tutela cautelar terá sempre de existir, independentemente da questão do *periculum in mora*.

Passemos a demonstrar a correcção desta nossa tomada de posição.

3.2. **Propostas doutrinárias de separação entre *periculum in mora* e perigo de dano**

3.2.1. **Critério da anormalidade circunstancial**

A. **Enunciação; dados históricos: *periculum in mora* foret versus perigo de *damnum alias irreparabile emersurum sit***

I. A construção tradicional foi objecto de forte crítica por parte de OVÍDIO BAPTISTA, AUTOR brasileiro cuja rica e laboriosa visão importa trazer para o nosso meio.

Relembramos que o ponto central na doutrina ovidiana é a oposição entre *execução para segurança* ou *execução provisória* e a *segurança de execução*. A *execução para segurança* realiza a pretensão jurídica do autor que, assim, beneficia necessariamente da “satisfação antecipada” ²¹⁶⁵, sendo antecipação satisfativa “toda a liminar que conceda ao demandante algum resultado prático que o mesmo somente poderia obter se a demanda fosse, afinal, procedente” ²¹⁶⁶. A *segurança de execução* é prosseguida pelas providências cautelares que *não são uma satisfação antecipada* mas uma “forma de proteção jurisdicional da aparência, enquanto tutela de um eventual direito subjectivo, ou de algum interesse legítimo, não-subjectivado, contra o risco de dano iminente” ²¹⁶⁷.

Ora, para OVÍDIO BAPTISTA a **tutela antecipatória** serve para afastar o *periculum in mora*, o qual consiste numa “urgência (...) **inerente à própria lide**”, de modo que (...) “independentemente de qualquer anormalidade, é uma **causa urgente**” ²¹⁶⁸. Nela está ausente qualquer “anormalidade circunstancial” ²¹⁶⁹. Essa urgência e as “demais circunstâncias determinantes da celeridade procedimental passam a ser avaliadas e aceitas *abstractamente* pelo legislador para uma classe inteira de demandas”.

Muito diversamente, a **tutela cautelar** serve para afastar um “estado de perigo e urgência não previsto pelo legislador, capaz de por em risco a incolumidade de uma situação de direito material ou mesmo de direito processual” ²¹⁷⁰. A “avaliação

²¹⁶⁵ *Do processo* cit., 13.

²¹⁶⁶ *Idem*, 65.

²¹⁶⁷ *Idem*, 10.

²¹⁶⁸ *Idem*, 15.

²¹⁶⁹ *Idem*, 15.

²¹⁷⁰ *Idem*, 23.

circunstancial” dessa urgência “será sempre e necessariamente atribuída ao *magistrado*, que poderá livremente avaliar a ocorrência da *situação perigosa* (sic)” ²¹⁷¹.

Em suma: enquanto no caso de *periculum in mora* se dá um “tratamento sumário à causa urgente [por *facto interno*]”, no caso de “*damnum irreparabile*” ²¹⁷² surge uma “resposta jurisdicional determinada por algum *fato externo* à demanda” ²¹⁷³.

II. Esta oposição funcional tem raízes históricas sólidas, segundo aquele AUTOR brasileiro. As providências cautelares radicariam nos *interditos* ou *ordens* que eram decretados pelo *praetor*, magistrado que era dotado de *ius imperii*, muito diversamente das *actiones* tratadas pelo *judex* ²¹⁷⁴. Este último era um simples cidadão romano, sem *ius imperii* ²¹⁷⁵.

Por sua vez, no direito germânico medieval em sede de procedimentos sumários dos *Mandatos sem cláusula*, havia dois casos particularmente significativos, notados entre nós por LOBÃO ²¹⁷⁶ e para os quais OVÍDIO BAPTISTA chama a atenção: os casos de *damnum alias irreparabile, emersurum sit* ²¹⁷⁷ ou “iminência de dano irreparável” ²¹⁷⁸ e os casos de *periculum in mora foret*, em que o “direito não se concilia com a demora” ²¹⁷⁹ e por isso essa “urgência impunha a aceleração da tutela satisfativa” ²¹⁸⁰.

Nos casos *damnum alias irreparabile, emersurum sit* a resposta jurisdicional “nada tinha a ver com a *natureza da causa*, mas com a irrupção de um elemento *ocasional* de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer causa” ²¹⁸¹. Tratava-se, assim, da “outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado

²¹⁷¹ *Idem*, 23.

²¹⁷² *Idem*, 15.

²¹⁷³ *Idem*, 15. Esta distinção e a respectiva doutrina subjacente, foram recebidos em Itália por VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 60.

²¹⁷⁴ *Idem*, 38 ss.

²¹⁷⁵ *Idem*, 39.

²¹⁷⁶ *Tractado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral, e em especial: das summarias, summarissimas, preparatorias, provisionaes, incidentes, preceitos, comminatorios, etc.*, 1825–1826, §§ 542 ss. e *Tractado encyclopedico, compendiario, pratico, systematico dos interdictos, e remedios possessorios geraes, e especiaes, conforme o direito romano, patrio e uso das nações*, 1829, §§ 101 e 102.

²¹⁷⁷ *Do processo* cit., 13

²¹⁷⁸ *Idem*, 83.

²¹⁷⁹ *Ob. loc. cit.*

²¹⁸⁰ *Idem*, 81.

²¹⁸¹ *Idem*, 14.

emergencial, surgido em razão de *circunstâncias extraordinárias*²¹⁸² ou “*anomalia circunstancial*”²¹⁸³ e que permitiam que se protegesse o direito, sem que a provisão judicial o realizasse antecipadamente”²¹⁸⁴. Exemplos disso eram devastação de um bosque, derrube de árvores antigas, evento perigoso para a vida, fama ou honra²¹⁸⁵.

O *periculum in mora foret* dizia respeito a “casos em que a urgência de pronta e eficaz tutela jurisdicional decorria não de um evento extraordinário, capaz de por em perigo o direito da parte, mas da natureza da causa”²¹⁸⁶. Exemplos eram a prestação de alimentos, as situações de doença e de encarceramento²¹⁸⁷.

III. A (con) fusão entre os dois conceitos ter-se-ia iniciado, no plano legislativo, quando CARNELUTTI propôs o art. 324º do *Progetto* de 1924, inspirador do art. 700º CPC/It de 1942, foi beber às medidas inibitórias de execução provisória vigentes nos códigos italianos anteriores ao Código unitário de 1865²¹⁸⁸ que para OVÍDIO BAPTISTA nunca são cautelares²¹⁸⁹. Daqui resultou que a separação entre as duas figuras desapareceu: as providências cautelares passam *também* a ser justificadas no *periculum in mora*, admitindo-se sem dificuldade providências antecipatórias²¹⁹⁰.

Correlativamente à fusão definitiva dos dois conceitos através do nascimento do art. 700º CPC/It, a doutrina de CALAMANDREI teria *confundido*²¹⁹¹ os dois perigos, i.e., reconduzido o perigo que pode ser afastado por via cautelar com o mesmo o perigo que pode ser afastado por antecipação temporal (execução provisória). Daqui resultou a atribuição da função de salvaguarda do efeito útil ou de polícia judiciária às providências cautelares, o que era próprio da execução provisória²¹⁹².

Para OVÍDIO BAPTISTA é um “evidente anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar”, sob pena de não se conseguir distinguir entre execução provisória e uma medida cautelar²¹⁹³. A doutrina dominante dá por adquirido que seja o *periculum in mora* o fundamento cautelar e, por isso, nunca afere da “eficácia da sentença que julga procedente a ação cautelar, de

²¹⁸² *Idem*, 15.

²¹⁸³ *Idem*, 15.

²¹⁸⁴ *Idem*, 14.

²¹⁸⁵ LOBÃO, *Tractado pratico* cit., § 542.

²¹⁸⁶ *Ob. loc. cits.*

²¹⁸⁷ LOBÃO, *Tractado pratico* cit., § 542.

²¹⁸⁸ *Idem*, 62.

²¹⁸⁹ *Ob. loc. cits.*

²¹⁹⁰ *Idem*, 63.

²¹⁹¹ *Idem*, 29 e 30.

²¹⁹² *Ob. loc. cits.*

²¹⁹³ *Idem*, 81.

modo a descobrir as peculiaridades que a fazem distinta das formas jurisdicionais *satisfativas*”²¹⁹⁴.

B. Aproveitamento e apreciação crítica

I. Temos para nós que, no essencial, as observações críticas de OVÍDIO BAPTISTA são correctas, bem como parte da sua solução. Elas confirmam as nossas categorias fundamentais de tutela antecipatória e de tutela cautelar.

Quanto à tutela antecipatória, em si mesma, pareceu-nos seguro que o perigo que justificava a relevância legislativa era a *inadequação entre o tempo que o cumprimento do modelo de tutela plena exige e o tempo que a real protecção do direito exige*, com o consequente dano para o direito subjectivo ou para o interesse legalmente protegido. A análise subsequente e as conclusões que sobre elas erguemos confirmaram essa qualificação²¹⁹⁵. Por isso, falámos de urgência *extrínseca*, a seu respeito.

Agora, a visão de OVÍDIO BAPTISTA vai nesse mesmo sentido: a tutela satisfativa é justificada por um *periculum in mora* que leva a que o legislador opte por fazer com que um “*pedaço do processo que se desloca no tempo*” como diz OVÍDIO DA SILVA²¹⁹⁶, aludindo à inversão ou diferimento do contraditório ou, diríamos ainda, leva a que haja uma *concentração de um pedaço do processo*, se quisermos aludir à *summaria cognitio*.

Quanto à tutela cautelar começámos por deixar em aberto se tal justificação seria também válida: apenas notámos ser entendimento prevalecente na doutrina a justificação da cautela como segundo remédio contra o *periculum in mora*, a par da tutela antecipatória, entendimento prevalecente que atinge mesmo o nível da justificação constitucional das providências cautelares, *in casu* através do art. 268º, nº 4 CRP. Depois concluímos, preliminarmente, que o *periculum* parecia integrar o próprio objecto processual ou, em qualquer caso, era por sua causa que se pedia protecção judicial. Falámos então de urgência *intrínseca*, a seu respeito.

Agora que já apurámos que a tutela cautelar é o meio judicial adequado ao afastamento de um perigo de dano — variante do perigo de ingerência ilícita — falta saber se este perigo de dano é aquele *periculum in mora*.

II. Preliminarmente, não pudemos deixar de concordar e fazer nossa a opinião ovidiana de que a doutrina calamandriana confundiu o perigo que levava à antecipação e o perigo que levava à cautela. Confusão, essa, que não apenas ignorou as fontes

²¹⁹⁴ *Idem*, 10.

²¹⁹⁵ Cf. o § 6º 2.2.

²¹⁹⁶ *Do processo cit.*, 64.

históricas, como se exprimiu numa imprecisão de conceitos, patente nas leituras sucessivas que CALAMANDREI, ALBERTO DOS REIS e, em menor grau, BARBOSA DE MAGALHÃES, faziam da *função preventiva*.

Efectivamente, esta era apresentada fosse sob a capa da terminologia *acções conservatórias* e *processos conservatórios* de ALBERTO DOS REIS ²¹⁹⁷, fosse sob a terminologia *acções conservatórias* e *processos preventivos* de BARBOSA DE MAGALHÃES ²¹⁹⁸. Por esta via eram misturados, e mal se distinguiam, instrumentos processuais diversos entre si.

Uns eram apenas, em rigor, soluções de antecipação da tutela — a execução provisória de sentença por perigo de dano ²¹⁹⁹ —, outros tinham uma função preventiva concreta mas não se referiam a um *periculum in mora* — a acção de prevenção de posse referia-se ao perigo de ilícito e a acção de prevenção contra o dano a uma actuação extraprocessual ²²⁰⁰ —, outros, pura e simplesmente, eram simples garantias constituídas judicialmente, cumprindo uma função preventiva abstracta — a prestação de caução como condição ou segurança de uma medida de tutela como um pagamento executivo provisório ou a própria obtenção de uma providência cautelar ²²⁰¹, mas também a prestação e reforço de caução previstos na lei substantiva ²²⁰².

Mas, mesmo as sobranter providências cautelares, *i.e.*, os processos conservatórios de BARBOSA DE MAGALHÃES caracterizados por pressuporem necessariamente a existência de uma acção principal, cumpririam um papel de antecipação da apreciação judicial principal, de modo que a “providência cautelar está para com a sentença a

²¹⁹⁷ *A figura cit.*, 18, no quadro mais lato da distinção que recebe de CONIGLIO entre providências cautelares autónomas (*i.e.*, as acções conservatórias), incidentais e *proprio sensu* (*i.e.*, os processos conservatórios).

²¹⁹⁸ *Natureza cit.*, 15 ss, pois nem sempre estas acções e processos visam conservar o *status quo*, antes “tendem à mudança desse estado, à criação duma situação nova, e são, portanto, inovadores” (*idem*, 15).

²¹⁹⁹ Tida como *providência cautelar incidental*, por ser “acto ou termo de processo pendente” (ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 18).

²²⁰⁰ Tidas como *processos cautelares autónomos* para ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 18 ou, em sinonímia, *acções conservatórias* para BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza cit.*, 21.

²²⁰¹ Assim fazia CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, 44–46, vendo nestas cauções uma contra-cautela: garantir a eventual reparação dos danos causados pela execução de uma tutela célere. Contra: ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 43 ss., por estarem ausentes os caracteres da remoção do *periculum in mora* e da instrumentalidade com uma acção principal.

²²⁰² BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza cit.*, 21, qualificando-as como acções conservatórias. Contra: ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 43 ss, por ausência dos caracteres referidos.

proferir no processo principal na mesma relação em que um juízo provisório sobre determinada matéria está para com o juízo definitivo sobre a mesma matéria” ²²⁰³. Tal fora já o entendimento de CALAMANDREI quanto à utilidade cautelar: “antecipação provisória de certos efeitos da providência definitiva” ²²⁰⁴.

Ora pensamos já ter demonstrado que a tutela cautelar não é antecipatória no sentido rigoroso também por nós já referido: o seu objecto não é uma parte do objecto da acção principal — é outro objecto. A antecipação a existir é no plano prático o que é algo absolutamente diverso.

Enfim, remetemos para as nossas conclusões expendidas nesse ponto deste trabalho.

III. A nossa concordância com as observações de OVÍDIO BAPTISTA poderia parecer turvada por termos concluído que no estrito *plano formal* dos caracteres procedimentais a tutela antecipatória e tutela cautelar comungam de uma mesma *plataforma* tipicamente de *urgência* ²²⁰⁵. É inegável que isso significa uma *adaptação procedimental a um ambiente de urgência*, i.e., de um perigo para o direito subjectivo, único fundamento constitucionalmente aceitável de tais restrições. Era, aliás, o que sucedia nos *Mandatos sem cláusula* referidos por OVÍDIO BAPTISTA, na esteira de LOBÃO: eram procedimentalmente sumários ²²⁰⁶, algo que o AUTOR brasileiro não nota.

Não obstante, falta saber realmente se no *plano material* isso corresponde também a uma mesma *plataforma de perigo* que seja comum a toda a urgência para o direito subjectivo, *maxime*, se a tutela formal de urgência se funda sempre em *periculum in mora*. Pensamos que não, mas também não cremos que o critério que nos permita demonstrar essa afirmação seja o pugnado por OVÍDIO BAPTISTA.

Na verdade, para OVÍDIO BAPTISTA, a tutela cautelar refere-se historicamente a um perigo resultante de uma *anormalidade circunstancial* ou *perigo excepcional* não previsível pelo legislador, por oposição ao *perigo ordinário*, previsível pelo legislador, e que seria o *periculum in mora*. Se para este bem se poderia dizer que *onde está a causa está sempre a urgência*, para o primeiro o brocardo seria *onde está a causa não está sempre a urgência*. Assim, se uma causa de alimentos seria sempre urgente por si mesma, já uma causa de reivindicação de bens não é urgente por si mesma, pelo que pode nunca precisar de aceleração processual, como pode vir precisar de tutelar cautelar.

²²⁰³ ALBERTO DOS REIS, *A figura cit.*, 26.

²²⁰⁴ *Introduzione cit.*, 15 ss.

²²⁰⁵ Cf. § 6º 1.

²²⁰⁶ Pois eram *Preceitos cominatórios*: com prazo de oposição breve e cominatório pleno na falta de oposição (cf. LOBÃO, *Tractado encyclopedico cit.*, §§ 100 e 101).

Somos muito críticos deste modo de distinguir e justificar os *pericula* subjacentes à tutela de urgência antecipatória e à tutela de urgência cautelar, tanto no plano prático, como no plano teórico.

IV. No *plano prático*, e voltando aos exemplos do direito medieval, não é possível distinguir intrinsecamente um “*periculum in mora foret*”, como a prestação de alimentos, as situações de doença e de encarceramento, do *damnum alias irreparabile emersum sit* como a devastação de um bosque, derrube de árvores antigas, evento perigoso para a vida, fama ou honra; ou seja: não é possível associar sempre a uma dada causa de perigo uma dada qualificação de *normalidade/anormalidade* circunstancial como parece fazer OVÍDO BAPTISTA.

Assim, não pode dizer-se que uma situação de doença releve sempre processualmente como *periculum in mora*, tal como não pode afirmar-se que uma situação de perigo para a honra do autor redunde sempre como *damnum irreparabile emersum sit* — pelo contrário, a primeira pode ser súbita, a segunda pode ser o objecto da causa. Quando muito pode usar-se um critério de *normalidade/anormalidade* como faz OVÍDO BAPTISTA, mas que, no limite, pode levar-nos a fazer depender a qualificação de prévia e expressa preocupação e previsão legislativas: será anormalidade circunstancial todo o evento a que a lei, prévia e abstractamente, *não* associe um procedimento de tutela antecipatória. Tal é inaceitável.

Mas, na verdade, a dificuldade prática em distinguir os dois *pericula* radica em problemas que se situam no *plano teórico*. No plano teórico, a tese ovidiana não consegue mostrar porque é que a diferença que reputa ser importante da normalidade/anormalidade do perigo corresponde depois uma diferença tutela antecipatória/tutela cautelar. Ou seja: não se esclarece porque é que na tutela cautelar o perigo é elemento do objecto do processo, e como na tutela antecipatória o perigo só releva abstractamente ou, em certos casos, como elemento do pressuposto processual do interesse em agir. Tampouco se esclarece porque é que na tutela cautelar a invocação e demonstração do perigo em vez de conduzir à produção de uma providência de tutela idónea a adquirir a qualidade de caso julgado, ao invés conduz à produção de uma providência de tutela que não é idónea a adquirir essa qualidade.

Mais: a ser assim, não se vê razão para que todo o perigo não seja abstractamente presumido, deixando-se apenas uma cláusula geral de perigo de dano; *i.e.*, não se vê razão para que toda a tutela de urgência não haja de ser antecipatória.

V. Finalmente o entendimento ovidiano, atrás citado, de que no caso de *periculum in mora* se dá um “tratamento sumário à causa urgente [por *facto interno*]” e no caso de “*damnum irreparabile*” surge uma “resposta jurisdicional determinada por algum *fato externo* à demanda”, faz aumentar a confusão pois dir-se-ia que o primeiro perigo, sendo interno, até integraria o objecto da demanda — a urgência intrínseca — e o

segundo perigo, sendo externo, valeria como pressuposto processual, do objecto da demanda — a urgência extrínseca.

No entanto, esta última afirmação de OVÍDIO BAPTISTA pode ser útil se for interpretada de outra forma: o *periculum in mora* assenta num facto interno no sentido de não alterar a substância da causa a que se refere — é a mesma que poderia ser objecto de uma tutela plena; o perigo de *damnum alias irreparabile emersurum sit* assenta num facto externo no sentido de alterar a substância da causa a que se refere — é outra, diferente da que poderia ser objecto de uma tutela plena.

Esta nota de interpretação da doutrina ovidiana é absolutamente essencial para ser coerente com o quadro global da visão de OVÍDIO BAPTISTA: há claramente — e com boa fundamentação histórica — uma diferença suficiente para no *periculum in mora* radicar a execução para segurança e para o *periculum* de dano radicar a segurança de execução; uma diferença que leva a que a primeira seja satisfativa ou antecipatória da mesma solução que se obtém por via de tutela plena e a segunda seja uma tutela mas de outro objecto que o AUTOR indica como tutela contra um estado de emergência.

Continua, por isso, a subsistir a questão inicial: pode-se distinguir um perigo de mora processual de um perigo de dano ao direito, sendo certo que o primeiro é também um perigo de dano ao direito subjectivo?

Há que buscar outro critério de distinção.

3.2.2. Critério da iminência ou perigo urgente. Crítica

I. Porventura talvez se pudesse dizer que a especialidade do perigo de dano reside na **iminência**, requisito expressamente consagrado no art. 700º CPC/It.

No dizer de CALVOSA, dever-se-ia atentar ao “espaço *temporis* que decorre entre o momento em que se teme a verificação do evento prejudicial e a realização concreta do próprio evento” de modo a que o juiz, na sua apreciação discricionária, possa concluir estar perante um intervalo de tempo breve²²⁰⁷. *A contrario*, dizemos nós, não haveria iminência de perigo se o mesmo juiz concluísse estar-se perante um intervalo de tempo longo entre o momento da alegação do receio e a sua concretização.

Por seu lado, e repisando doutrina que já citámos, também RAPISARDA aponta essa mesma especificidade à tutela cautelar — uma particular brevidade do “intervalo de tempo que decorre entre o momento em que se teme pela verificação do evento danoso e a sua efectiva realização”²²⁰⁸ — mas com um limite temporal *final* que já referimos: “o perigo de realização do evento danoso deve reportar-se temporalmente ao

²²⁰⁷ *Provvedimenti* cit., 450.

²²⁰⁸ *Profili* cit., 138.

momento em que, presumivelmente, se verá emanada a sentença definitiva de mérito”²²⁰⁹.

II. Impõe-se algum cuidado na compreensão do papel desempenhado pelo requisito da iminência.

É que na acepção referida ela acaba, em bom rigor, por se reconduzir também a um *periculum in mora* ou seja, a uma mera relação quantitativa de *inadequação ou de não cabimento temporal entre o momento de ocorrência do dano e o momento da realização da tutela plena: iminente seria o perigo cuja concretização se teme que ocorra antes da concretização da providência de tutela plena*. Já precisamente ALBERTO DOS REIS escrevera que na “substância da pretensão cautelar (....) o direito está ameaçado de *dano iminente* em consequência de determinados factos, que não permitem esperar pela solução definitiva do litígio”²²¹⁰.

A ser assim, a tutela antecipatória e a tutela cautelar apenas se poderiam distinguir entre si pela intensidade do *periculum*, um pouco à maneira do critério de OVÍDIO BAPTISTA quando lido apenas *prima facie*. E efectivamente é isso mesmo que correntemente se afirma: se houver uma necessidade de tutela em tempo útil pode lançar-se mão de um instrumentro de tutela antecipatória; porém, se essa necessidade for muito premente, *i.e.*, se o perigo for *iminente* então tal mecanismo já não será adequado²²¹¹: “a execução [provisória] desaparece para dar lugar à tutela cautelar” afirma OVÍDIO BAPTISTA criticamente²²¹²).

Este tipo de raciocínio surge, a nossos olhos, como uma contradição *lógica* e como um *equivoco*.

Uma contradição lógica, pois *em vez de se antecipar a tutela quando mais dela se carece, dá-se uma tutela de conservação ou cautelar* cujos efeitos não são, por conseguinte, os mesmos da tutela de que se carece.

Um *equivoco*, pois continua a colocar a causa da diferenciação processual fora do litígio em si mesmo: nos tempos processuais, na mora processual. Ora, se o *periculum in damnum* apenas se caracterizasse pela *inadequação temporal ou pressa* não se vê porque não se haveria de dar, mais cedo, a tutela final, ou seja, *não se vê porque não haveria de se prever uma tutela antecipatória que desse a providência mais cedo*. Foi o que já vimos ser passível de ocorrer nas soluções legais em que o perigo de dano deve ser alegado para conduzir à antecipação da *mesma e própria tutela declarativa* que seria obtida em via plena, *v.g.*, da condenação — assim, as já referidas *condenações in*

²²⁰⁹ *Profili* cit., 137 e 138.

²²¹⁰ *A figura* cit., 25.

²²¹¹ Algo parecido com uma tal abordagem gradualista da urgência surge em I. CELESTE FONSECA, *Dos novos processos* cit., 43 ss., 56 e 57.

²²¹² *Do processo* cit., 82.

futurum previstas no art. 472º e para a doutrina brasileira majoritária a antecipação de condenação admitida pelo art. 273º/II CPC/Br.

Afinal, bem poderiam esses mecanismos de invocação concreta de *periculum* serem usados como solução fundante de uma via de tutela antecipatória. Nisso o já referido art. 121º, nº 1 LPTA é modelar: autoriza o tribunal a “*antecipar o juízo sobre a causa principal*” para casos de “*a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos*”.

E isto bem poderia ser válido tanto para a tutela necessária para *antes do cometimento do ilícito*:

Exemplos anteriores: se a ameaça de esbulho é para o dia seguinte a solução seria de dar logo a inibição; se a estrada já está a ser feita a solução seria ordenar a inibição dessa actividade de imediato; se o início da actividade concorrente está iminente que se decretasse a inibição; se o vencimento de uma obrigação é em 24 horas que se proíba de imediato o não pagamento; ou, em qualquer caso, se o meio que o autor preferiu usar é a simples apreciação não se vê porque é que não se anteciparia esta, eventualmente a título provisório, em qualquer das situações.

Como para a tutela necessária para *depois do cometimento*:

Exemplos anteriores: a injunção para a falta de pagamento; uma condenação com reservas na procedência de um pedido de anulação contratual.

Em suma: *a sumariedade do procedimento só por si não é um óbice à produção de uma tutela declarativa seja de simples apreciação, seja constitutiva, seja condenatória*.

Contudo, assim não sucede: o que se constata no direito positivo é que se o legislador prevê tipicamente e amiúde soluções de tutela antecipatória, seja por perigo presumido, seja por perigo concreto, também e ao mesmo tempo dispõe de cláusulas de uso residual ou subsidiário a utilizar quando essas soluções típicas de antecipação, assim como as soluções de tutela plena, não são as adequadas para certas situações de perigo. Essas cláusulas não são *acções ou soluções antecipatórias atípicas* mas são *providências cautelares atípicas*, o que apenas pode ser explicado por falta de adequação *funcional* — não temporal — ao objecto do litígio, por parte das demais opções de tutela.

III. Contra o nosso arrazoado, poder-se-ia argumentar que as razões para o legislador preferir a via cautelar à via antecipatória são vantagens de natureza formal e não material: são procedimentos sumários dotados de provisoriedade, logo reversíveis em caso de injustiça; bastam-se com um conhecimento superficial da matéria de facto (*summaria cognitio*); dispensam a declaração do direito, bastando a sua mera aparência

(*fumus boni iuris*). Em suma: *as providências seriam formalmente a melhor via para atalhar uma situação de perigo ou urgência enquanto ao mesmo tempo teriam mecanismos que minorariam o risco de injustiça, inerente a uma tutela apressada.*

É esse o pensamento constantemente subjacente às teses dominantes sobre a tutela cautelar: esta dá o que pode, mas é melhor do que nada ²²¹³, sob pena de inconstitucionalidade, atentas aquelas especialidades formais que acarretam restrições às garantias constitucionais. Nesta visão *cândida* do processo cautelar, visto que esses limites o impedem de antecipar a solução para o litígio de modo definitivo, ele apenas pode conservar ou quando muito antecipar de modo reversível essa tutela, o que *já é muito bom* para se salvaguardar o efeito útil da acção final e, em geral, cumprir a exigência constitucional de efectividade da tutela jurisdicional.

Estas objecções não procedem e são inaceitáveis, com o devido respeito: nem a provisoriedade, nem a reversibilidade, nem a *summaria cognitio* são exclusivas da tutela cautelar.

Efectivamente, já atrás notámos que a análise do direito positivo revelou a existência no *plano* formal dos caracteres procedimentais de uma mesma *plataforma* tipicamente de *urgência*, comum à tutela antecipatória e à tutela cautelar.

Assim, a provisoriedade tanto surge na via cautelar, como em alguns modelos de sumariedade antecipatória, *i.e.*, *a provisoriedade não é exclusiva da tutela cautelar* ²²¹⁴. Por inerência, a *reversibilidade de efeitos* também não pode ser exigida apenas às providências cautelares.

Igualmente, também a *summaria cognitio* surge nos nossos três modelos de sumariedade ²²¹⁵: como escrevemos, toda e qualquer tutela de urgência redunde, na sua essência, numa *summaria cognitio* tanto do ponto de vista quantitativo dos meios de prova nuns casos — declara-se o direito com menos elementos de prova —, como mesmo do ponto de vista qualitativo do resultado da prova, noutros casos — basta a mera aparência do direito ou *Glaubhaftigkeit*. Neste sentido, corrigido quanto ao sentido de *fumus*, vai OVÍDIO BAPTISTA, quando escreve o *fumus boni iuris* “não é característico das tutelas cautelares, porquanto se apresenta ou deve se apresentar em todas as formas de tutelas sumárias” ²²¹⁶. Identicamente, em nosso favor pode

²²¹³ As vantagens tradicionais seriam limitar-se “preparar terreno, a tomar precauções para que o processo principal possa realizar completamente o seu fim”, sem que satisfaça “por si mesmo, o interesse da justiça” (ALBERTO DOS REIS, *A figura* cit., 21).

²²¹⁴ Neste sentido, M. DINI, *La denunzia* cit., 60, que conclui que, por isso, a tutela cautelar não se distingue pela provisoriedade, mas pela instrumentalidade.

²²¹⁵ Cf. § 6º 1.

²²¹⁶ *Do processo* cit., 82. No mesmo sentido, LANFRANCHI, *Profili* cit., 101 e P. PISANI, *L’istruzione* cit., 21 e 22: a cautela e a tutela antecipatória não se distinguem pela cognição, a qual é identicamente sumária em ambas; contra, MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, RDP 54/2(1999), 309–316.

aproveitar-se a análise de WALKER de que a suficiência de uma *Glaubhaftmachung*: é um dos aspectos regimentais que “fazem do procedimento de urgência um processo sumário” ²²¹⁷.

IV. Portanto, a funcionalidade do conceito de *iminência* tem de ser outra, sob pena de não justificar ou explicar a existência de providências cautelares. Essa utilidade ter-se-á de procurar fora da questão temporal do processo.

3.3. Construção pessoal

3.3.1. Sinais externos da natureza extraprocessual do perigo de dano

A. Autonomia do mérito e transversalidade do âmbito

I. O nosso entendimento é, no essencial, idêntico ao de OVÍDIO BAPTISTA: tudo aponta no sentido de que a *prevenção cautelar diz respeito a um perigo independente do processo e da sua morosidade, nada tendo, por conseguinte, a ver com a garantia do prazo razoável e a morosidade processual*. Ou seja: o perigo de dano não é um *periculum in mora*. É um perigo cuja causa é de natureza extraprocessual, não imputável ao Estado, mas imputável ao sujeito passivo.

Daqui resultará que, posta a questão num plano mais vasto, se no *plano formal*, das restrições às garantias, há uma plataforma comum às tutelas fundadas na urgência, seja no *periculum in mora*, seja no perigo de dano, já no plano material essa plataforma é inexistente, pois o fundamento nem sempre é o *periculum in mora*. A ligação entre tutela antecipatória e tutela cautelar é apenas casual: estamos perante duas realidades que se aproximaram por irem fazer uso dos mesmos instrumentos formais mas para problemas materiais diferentes.

Demonstremos estas afirmações.

II. Há um conjunto de *sinais externos* que vão no sentido da nossa tese, uns que foram surgindo ao longo desta investigação e que devem ser agora revisitados, e outros que devem ser agora trazidos à luz. Esses dificilmente poderão ser explicados por um fundamento processual do perigo.

²²¹⁷ Vor § 916 cit., Rdn. 37.

Esses sinais externos são: a *autonomia do objecto processual*, a *natureza material do objecto de tutela*, a *transversalidade ou universalidade da prevenção* e a *independência temporal perante a acção principal*.

Primeiro sinal: já tivemos ocasião de concluir que a providência cautelar tem um **objecto processual autónomo centrado sobre o perigo de dano**, ou seja, o próprio perigo parece surgir como causa de pedir da providência de tutela e não apenas como um pressuposto processual, como sucede nas condenações *in futurum*, ou como um factor de política legislativa, como sucederia nas soluções antecipatórias por perigo presumido²²¹⁸.

Este carácter é em parte diferente do que sucede na tutela antecipatória, *i.e.*, na tutela fundada no *periculum in mora*. Nesta o perigo justifica uma simplificação procedimental que já referimos várias vezes, mas não há alteração do objecto processual: este é o mesmo que seria apreciado em tutela plena. Esta é a utilidade inerente à relevância processual de um *periculum in mora*: se o processo toma tempo a produzir uma providência de tutela, encurta-se-lhe o tempo.

Porque é que, então, as providências cautelares têm um objecto autónomo? Insiste a posição dominante que esse objecto surge estruturado em termos diferentes precisamente em ordem a afastar o *periculum in mora*, através da salvaguarda do efeito útil da acção final. Já tivemos oportunidade de criticar essa posição²²¹⁹ e de concluir, após nossa reflexão, que ao objecto processual autónomo da providência cautelar corresponde um **problema material específico**: a necessidade de afastar o perigo de dano e *não de ilícito* — diferença aparentemente óbvia mas central na dogmática da prevenção realizada pela tutela cautelar — ao direito subjectivo ou interesse legalmente protegido através do exercício da função preventiva em concreto.

Pois, se assim não for, como se conseguirá explicar porque é que a medida do dano que se teme, e contra o qual se pede uma providência cautelar, *não é dada pelo tempo que decorrerá até à sentença na acção principal*, mas pela *própria actividade perturbadora* do requerido²²²⁰?

III. *Segundo sinal*: resulta dos dados da nossa análise do direito positivo que o *papel preventivo* que está acometido à tutela cautelar é **transversal a todos os tipos de processos e universal quanto ao espectro de situações jurídicas tuteláveis**²²²¹.

Efectivamente, as acções inibitórias, que são o outro instrumento, por excelência, de tutela preventiva, *não proporcionam tutela* — e *passe o ilogismo dos termos envolvidos* — *para uma acção condenatória, de simples apreciação ou constitutiva, mas, ao*

²²¹⁸ Cf. § 6º 2.3.1. e 2.4.

²²¹⁹ Cf. § 3º 1 e § 6º 2.4.2., por exemplo.

²²²⁰ Neste sentido, TOMMASEO, *I provvedimenti cit.*, 137–138.

²²²¹ Notando também esta transversalidade, F. VERDE, *I provvedimenti cit.*, 17.

contrário, há tutela cautelar para todas elas, incluindo para as próprias acções inibitórias. Tendo em conta o objecto de cada um dos tipos de tutela, pode dizer-se que à *especificidade* do problema que é resolvido pela tutela inibitória — o perigo de ilícito — opõe-se a *transversalidade* do problema que é resolvido pela tutela cautelar — o perigo de dano. Correlativamente ao âmbito restrito da função preventiva acometida à tutela inibitória, opõe-se o âmbito universal da função preventiva acometida à tutela cautelar.

Ainda assim, qual possa ser a razão destas transversalidade e universalidade do perigo de dano é questão que aqui não acha resposta, sendo certo que bem se poderia dizer que ela seria o *periculum in mora*, perigo claramente passível de ser também transversal e universal.

B. *Independência temporal*

I. *Terceiro sinal*: o perigo de dano é *temporalmente autónomo do procedimento*, pois, resulta dos direitos positivos, maxime do nosso art. 383º, nº 1, que esse perigo tanto pode ocorrer **antes** da pendência de uma acção dita principal, como pode ocorrer **durante** a pendência de uma acção dita principal; mas, sobretudo, aquele perigo de *damnum* pode ocorrer **depois** do termo de uma acção dita principal.

Exemplo: A pretende passar em terreno de B, exercendo uma servidão de passagem, mas B impede-o constantemente. *Antes da acção principal* o melhor que A tem a fazer não é instaurar logo uma acção confissória de servidão ou mesmo uma acção inibitória do comportamento impeditivo, mas pedir uma providência cautelar em que B seja intimado a deixar passar B, verificados os requisitos das providências cautelares. *Estando pendente a acção confissória de servidão ou a acção inibitória*, o autor pode deduzir idêntico pedido de providência cautelar que intime B a deixá-lo passar, caso ainda o não tenha feito. *Mesmo depois do trânsito em julgado* da acção confissória pode ser requerida uma providência de igual conteúdo se B continuar a não deixar passar A, o mesmo sucedendo se tiver transitado em julgado uma condenação inibitória e a respectiva execução não for adequada a evitar a produção de um dano irreversível, v.g., a passagem de máquinas para terraplenagem, prévia a uma futura construção.

Identicamente sucede com uma providência dita conservatória de arresto, que pode ser decretada antes da acção condenatória, manter-se na pendência desta e durará até à conversão em penhora, ao abrigo do art. 846º.

Em suma: quer nas alegadas providências cautelares antecipatórias, quer nas alegadas providência cautelares conservatória, a ocorrência da causa do dano é absolutamente independente do litígio que é objecto de tutela processual dita principal.

Um mesmo e idêntico perigo de dano pode carecer de solução processual cautelar antes, durante e depois da acção principal, pois basta que permaneça.

Como defende OVÍDO BAPTISTA ²²²², a tutela cautelar constitui-se e dura enquanto durar a situação perigosa *i.e.*, **a sua provisoriedade mede-se pelo tempo do perigo de dano e não pelo tempo da acção principal.**

Foi isso que vimos no direito alemão: o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* caducarão **quando** e **se** desaparecer o *Grund* da Dringlichkeit, ou **quando** e se a *Anspruch* se realizar ²²²³.

Foi, enfim, o que descobrimos com expressa consagração legal nos arts. 427º, nº 1 e no art. 708º, 2ª al. CPC/It.

II. No entanto, na matriz cautelar italiana, desde CALAMANDREI ²²²⁴ que se impõe uma *barreira cronológica* ao acesso às providências cautelares: estas podem-se utilizar até à sentença final, mas não depois desta, *maxime*, durante a execução. Na síntese de COMOGLIO/FERRI/TARUFFO ²²²⁵ a tutela cautelar não pode “relacionar-se instrumentalmente com (...) o processo executivo”. É essa a conclusão a que se deveria chegar, segundo estes AUTORES, feita a leitura do requisito do art. 700º CPC/It de se invocar um “*fundado motivo de temer* que, durante o tempo a decorrer para fazer valer o seu direito em *via ordinária*...” ²²²⁶. A parte activa não sofreria nenhuma diminuição de tutela já que a própria execução conheceria formas de garantia do direito do credor como sejam a penhora, a dispensa de citação prévia ou a venda urgente de coisas perecíveis ²²²⁷. Em suma: uma decisão favorável ao beneficiário de uma cautela tornaria desnecessária daquela manutenção ²²²⁸.

Nesta visão, a acção principal é sinónimo de acção declarativa e, por isso, *obtida esta nada mais haveria a servir*. Assim está parcialmente expressamente previsto na lei, nos regimes de instrumentalidade necessária: a providência ou caduca ou é absorvida pela decisão final, contrária ou concordante, respectivamente.

²²²² *Do processo* cit., 205. Deste modo, “enquanto a medida cautelar for idónea para tutelar o interesse que com ela se protege (...), sua eficácia deve persistir” (idem, 205).

²²²³ SCHUSCHKA, § 935 cit., Rdn. 27.

²²²⁴ Pois, com a sentença favorável ao autor a relação material entre as partes passa a estar regulada pela acção principal, como CALAMANDREI pretende *cf. Introduzione* cit., 83–84.

²²²⁵ *LDPC* cit., 207.

²²²⁶ COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 407.

²²²⁷ Argumento utilizado por COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 407 e P. PISANI, *LDPC* cit., 594.

²²²⁸ Neste sentido, MONTESANO, *Sulla durata dei provvedimenti d’urgenza*, RDP 11/2 (1956), 2; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 277–278 e ARIETA, *I provvedimenti* cit., 170 ss.

Mas também na própria Alemanha se entende que havendo trânsito em julgado — e assim título executivo — o autor perde, em regra, todo o interesse processual em colocar ou manter uma providência cautelar ²²²⁹.

III. Todo este entendimento vive num postulado cuja validade já pusemos em causa: o de que a tutela cautelar antecipa a eficácia da acção, pelo que uma vez esta transitada esgotou-se a sua utilidade.

Ora, tal entendimento levanta problemas de coerência no plano funcional, que são, em si mesmos, desconformidades com o modelo supranacional de garantias processuais.

É que mesmo que se seguisse a tese da função de salvaguarda do efeito útil ou da efectividade da tutela, esta mesma imporia sempre o uso de providências cautelares após a sentença final, *sempre que a execução não fosse adequada a essa efectividade*. Isto porque, no plano do modelo supranacional a tutela, e por isso a necessidade da sua efectividade, só termina com a *satisfação concreta* da pretensão processual do autor seja em via executiva, para as acções condenatórias, seja em via não executiva para as acções constitutivas ²²³⁰.

Façamos uso de dois exemplos.

Exemplo (1): mesmo depois de condenado, B continua a violar uma cláusula de não concorrência com A: não se vê por que razão não possam decretar-se ou manter-se medidas que não passem por uma execução daquela obrigação de *non facere*, como a dispensa de cumprimento de um contrato de fornecimento de A a B de matérias essenciais para a laboração de B.

Exemplo (2): C, obrigado a prestar informações a D, é condenado a fazê-lo, mas não o faz; novamente, não se vê por que motivo não possa obter-se uma providência de autorização de D a entrar nas instalações de C para consultar ele próprio documentos, havendo perigo de dano irreversível.

Em ambos os exemplos, *do ponto de vista não cautelar, i.e., da declaração e da subsequente execução, nada mais pode fazer-se*, pois o obrigado já foi condenado como se impunha e será executado em conformidade, sendo certo porém que se ele não colaborar só resta a opção do ressarcimento pecuniário. Novas condenações esbarrarão sempre na parede do limite negativo do caso julgado: o sistema processual declarativo não aceita mais discussão sobre o assunto.

²²²⁹ LÜKE, ZVR cit., 355 e 356; GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 8; WALKER, § 927 cit., Rdn. 12.

²²³⁰ Cf. § 4º 2.1.

Contudo, *do ponto de vista cautelar a via de tutela mantém-se aberta* ²²³¹ sempre que sobrevir à sentença um perigo de dano, *maxime*, o perigo de dano que já lhe era anterior, pois também para ele a tutela executiva nada terá de útil, dada a urgência. Deste modo *todo o sistema processual suporta e pede a existência de uma sobrevida da providência cautelar*. Dai o nosso art. 383º, nº 1 aceitar que o procedimento cautelar “pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva”, o que é suportado doutrinamente ²²³². O que apenas falta nele é evitar a caducidade na *passagem do testemunho* da acção declarativa para a acção executiva.

De outro modo, num sistema de instrumentalidade necessária, esta caducidade obriga o autor a pedir nova cautela para o mesmo perigo ou seja obriga o sujeito carente de uma tutela constante contra o perigo a renová-la em sucessivas acções, o que pode colocar dificuldades atentos os limites à repetição de providência cautelar ²²³³. Mais: como MERLIN mostra bem pode suceder que a segunda medida seja recusada com o argumento de que a decisão principal absorveu qualquer necessidade de uma cautela, o que deixa o autor, ex-beneficiário de uma cautela, completamente dependente do sucesso da execução ²²³⁴.

²²³¹ Sem possibilidade de algum tipo de objecção no plano do caso julgado, dada a diferença de objecto perante a acção principal.

²²³² Por todos, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 8–10, 16 e 17.

²²³³ Um bom exemplo, embora não totalmente idêntico, desta limitação sistémica é a situação julgada pelo ac. STJ de 25/5/2000 em que um sujeito obtivera já restituição provisória da posse sobre um imóvel, vira-a caducar por absolvição da instância — ou seja, o direito de fundo não foi, sequer, negado — na acção principal, obtivera depois uma sentença condenatória na entrega do dito imóvel, a qual não é espontaneamente cumprida pelo réu. Aí concluiu-se que apesar de continuar a haver perigo de dano “apenas restará à parte vencedora a execução do julgado”, pois seria certo que, dada a cominação legal do art. 389º, nº 1, al. d), já não se poderia “ver ressuscitada a eficácia de uma providência cautelar de restituição de posse desse mesmo imóvel”.

²²³⁴ *Variazioni sui rapporti tra misure cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nela L. 353/1990*, RDP 47/4 (1992), 957. No entanto, MERLIN apenas defende uma prorrogação da cautela durante a pendência de um recurso, até ao trânsito em julgado.

Uma solução semelhante, mas mais consistente, surge na doutrina alemã onde se defende que após a produção da sentença as providências cautelares serão de excluir se os termos desta garantirem que o “autor pode alcançar aquilo a que aspirava pela via cautelar” (F. BAUR, *Studien* cit., 77–78) Em caso contrário, poderão ter lugar, pois o objecto processual é diverso, na providência cautelar e na acção principal pendente; tem toda a razão (F. BAUR, *idem*, 79).

V. Mas este dado, sendo importante, não é, só por si, decisivo para concluirmos por uma fundamentação extra-processual do perigo de dano, pois sempre se poderia contralegar pela permanência de um mesmo *periculum in mora*, antes atinente à acção declarativa e, depois, atinente à acção executiva.

O mesmo já não pode dizer-se, pensamos, de um *quarto sinal* que é congruente com o anterior: concluímos atrás ²²³⁵, após a análise dos sistemas de direito positivo, que **não está na essência da providência cautelar a colocação sucessiva da designada acção principal**. Este aspecto é absolutamente decisivo para a nossa busca da fonte do perigo de dano.

Repare-se que a doutrina dominante que reconduz a função cautelar a uma resposta ao *periculum in mora* aceita a diferença de objectos entre providência cautelar e acção principal, porque vê-a como necessária precisamente para salvar a acção principal dos efeitos da mora através da instrumentalidade formal necessária.

O caso muda de figura quando se constata que a instrumentalidade formal não é essencial ao regime cautelar: é que se a providência cautelar fosse ainda uma resposta ao *periculum in mora*, ou seja, à incapacidade de resposta do processo ao problema

Assim, por exemplo, em sede de execução provisória, SCHMUKLE, *Kap. 44 cit.*, Rdn. 15 e *Kap. 45 cit.*, Rdn. 16, após afirmar que se, em regra a emissão de um título executivo retira *periculum/Grund* ao sujeito que beneficiava de uma *einstweilige Verfügung*, concede que diferentemente sucede “quando o autor poder alegar (...) que precisa de uma segurança provisória em tutela de urgência para a sua pretensão”, porque “não lhe é possível ou exigível a prestação de caução” para poder instaurar execução (*Kap. 45 cit.*, Rdn. 16). No mesmo sentido, além de F. BAUR, *Studien cit.*, 77–78, cf. BERNEKE, *Die einstweilige Verfügung cit.*, Rn. 57, GRUNSKY, § 917 *cit.*, Rdn. 25 e VOLLKOMMER, § 917 *cit.*, Rdn. 13.

Mas pode ir-se mais longe: sempre que existirem dúvidas sobre a validade e alcance do título executivo — *v.g.*, o réu vai impugnar, em sede executiva, a existência de título executivo para a dívida (SCHMUKLE, *Kap. 45 cit.*, Rdn. 16) — também se poderá salvaguardar o direito, entretanto (BERNEKE, *idem*, Rn. 58 e SCHMUKLE, *Kap. 45 cit.*, Rdn. 16).

Não cremos que o trânsito em julgado mude o cenário: a sentença condenatória, *i.e.*, da acção principal, certifica o direito acautelando, mas não o perigo a esse direito — este é uma matéria excluída do seu objecto processual. Além disso é um mero efeito jurídico-formal que se a execução ainda for necessária bem pode ser esvaziado. É isso que, justamente, está em causa nesta segunda hipótese.

Só quando aquela for improcedente é que a absolvição do pedido, transitada em julgado, conduzirá necessariamente à caducidade da cautela, nos termos do art. 389º, nº 1, al. c). Voltaremos à questão no ponto 2 do *Epílogo*.

²²³⁵ § 6º 3.

que lhe é colocado a providência cautelar, então para se poder admitir uma providência que se mantém por si o *objecto processual haveria de ser o mesmo do objecto da acção principal*. Isto é: comportar-se-ia como se fosse uma verdadeira tutela antecipatória, cristalizada pela não abertura da acção principal.

Ora, assim não sucede: pelo contrário, a referida ausência de instrumentalidade formal é acompanhada de uma permanência da diferença de objectos entre providência cautelar e acção principal. Isso revela que estamos perante litígios diferentes, surgindo aquela com um instrumento idóneo a produzir tutela por si mesma.

Ao contrário dos outros sinais externos, a independência da tutela cautelar em face da acção principal é um sinal estrutural que apenas pode ser explicado pela exclusão do *periculum in mora* como causa do perigo de dano. Mas então qual é essa causa e como se diferencia daquele *periculum*?

3.3.2. Separação material

A. *Periculum in mora como perigo de incumprimento da obrigação de tutela jurisdicional temporalmente eficaz*

I. Vimos até agora que há sinais externos indirectos e um sinal externo directo de que a identificação entre *periculum in damnum* e *periculum in mora* não pode ser feita: o perigo de dano diferencia-se por razões materiais, *i.e.*, corresponde a uma necessidade própria de tutela civil do direito subjectivo ou do interesse legalmente protegido, e não por razões processuais.

Em nossa opinião, para apurarmos essa necessidade devemos ir ao direito substantivo e procurar se aquela diferença tem correspondência em diferentes direitos tutelados. Sobre isto a nossa tese é a seguinte:

- 1º) No **plano substantivo** o *periculum in mora* é um perigo de dano por incumprimento da obrigação de tutela jurisdicional temporalmente efectiva que incumbe ao Estado; o perigo de dano é já referido perigo de ingerência do réu na esfera jurídica do autor, através da produção de um dano;
- 2º) correlativamente, no **plano processual**: o *periculum in mora* é um perigo de dano que não funda pretensões de providências de tutela preventiva, mas sim pretensões de tutela de remédio dirigidas contra o Estado; o perigo de dano funda pretensões de providência de tutela preventiva dirigidas contra o sujeito obrigado.

Ambos os grupos de afirmações são decisivas e carecem de uma cuidada e separada demonstração da sua correcção.

II. Começemos pelas afirmações atinentes ao *periculum in mora*.

Este é absolutamente formal na sua génese: é uma inadequação entre o tempo de produção da tutela, e o tempo que esta admite para se manter eficaz, ou entre o tempo que o objecto processual fixado pede e o tempo que o processo exige. E por isso pode surgir para *qualquer objecto processual* e para *qualquer função processual*.

Efectivamente, pouco se terá, porventura, notado que sempre que se deduz um pedido de **tutela de remédio a questão da relevância jurídica do dano está**, para efeitos de objecto processual, *i.e.*, de causa de pedir e de pedido, **colocada no plano temporal do passado**. Por seu lado, também do ponto de vista subjectivo a questão do dano entre aquelas partes está **fechada: nada mais o autor pode pedir ao réu a partir dos factos já apresentados pois o ilícito e o respectivo efeito danoso estão consumados**.

Deste modo, para **esse mesmo objecto processual, assim isolado**, de tutela repressiva ou de remédio, qualquer outro dano que possa sobrevir apenas pode ser o *dano da própria ausência de tutela imediata à dedução do pedido de providência*, consequência colateral da impossibilidade e inconstitucionalidade de uma tutela não diferida no tempo. Esse novo dano — o “ulterior dano marginal” a que se referia CALAMANDREI²²³⁶ — já é **exterior ao objecto do litígio**, não sendo imputável ao réu a partir dos factos que integram a causa de pedir. Apenas pode relevar como pressuposto para uso de um procedimento acelerado, ou seja, como interesse processual²²³⁷.

Exemplo: no caso do 472º, nº 2 o que pode causar o prejuízo ao direito do autor *para o quadro em que foi fixado*, e que se pretende atalhar através da condenação *in futurum*, não é o incumprimento da obrigação por parte do devedor, mas a falta de título executivo para obter-se o pagamento ou um despejo, nomeadamente; ou seja: a falta de resposta temporalmente adequada àquela pretensão — *v.g.*, a desvalorização comercial do imóvel evitável por um despejo rápido. Aqui o perigo de prejuízo opera como interesse processual para se obter uma condenação *in futurum*²²³⁸.

Idêntico raciocínio pode ser repetido para qualquer outro objecto processual. Assim, também em sede de **tutela preventiva** de dano se pode percepção de modo muito

²²³⁶ *Introduzione cit.*, 18.

²²³⁷ Daí FINZI, *Questioni controverse in tema de esecuzione provvisoria*, RDP 3/II (1926), 50, concordar que o *periculum in mora* — que define, precisamente, como “dano marginal” derivado do atraso na execução — deve ser exigido para que possa ter lugar uma execução provisória de sentença.

²²³⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse cit.*, 25.

claro a existência desse dano processual e o perigo da sua ocorrência, como algo que é exterior ao litígio e não reconduzível ao próprio objecto do litígio.

Assim, é indiscutível que em sede de acções inibitórias estas tanto podem surgir estruturadas em procedimentos de tutela plena quando nada se diga, como estruturadas em procedimentos de tutela plena com aceleração quantitativa, de que é exemplo o art. 29º, nº 1 CCG.

Mas mais importante, e consistindo num aspecto também não relevado pela doutrina, as **próprias providências cautelares podem também ser vítimas de *periculum in mora***, i.e., de procedimentos não adequados à produção e ulterior execução de uma medida de cautela adequada em tempo útil. Assim, no exemplo alemão de *Leistungsverfügungen* justificadas em *akute Notlage/dringenden Bedürfnisse* se é o perigo de dano que justifica a imediata exigibilidade da realização de prestações como ao salário ou a cuidados de saúde, pode haver perigo *in mora* se o Estado não produzir a medida cautelar em tempo.

Contra esse *periculum in mora*, laboram normas contendo estatuições de aceleração quantitativa, como é o caso das constantes do art. 382º — “os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente” e “devem ser decididos, em 1ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias”²²³⁹.

Enfim, exemplos se poderiam dar na **tutela constitutiva**.

III. Deste modo, **dizer-se que há *periculum in mora*, maxime** nos casos em que deve ser alegado em concreto — v.g. que a falta de título executivo na data do vencimento da prestação “possa causar grave prejuízo ao credor” (art. 472º, nº 2) ou quando haja urgência imposta pelo interesse público (§ 85/1 PatG) — não é o mesmo que dizer-se que é **a actuação do réu** que é a causa adequada à produção desse dano. Não: é dizer-se, sim, que o litígio que é objecto da acção — o **quadro** de facto e de direito **fixado no objecto processual**, i.e., o ilícito já ocorrido ou mesmo o ilícito/dano que se pretende prevenir — vai sofrer prejuízo em consequência de um facto que é externo a esse objecto processual: o decurso do tempo que se desenvolverá até ao cumprimento da utilidade geral das normas de processo.

A actuação, normalmente negativa, que é a causa adequada à produção desse dano é, obviamente, de quem está constitucionalmente obrigado a alcançar o resultado da produção de tutela em tempo adequado à respectiva efectividade, i.e., **do Estado**, como vimos no início deste trabalho²²⁴⁰. Não apenas o réu é alheio a este nexo de causalidade, como a necessidade da tutela em mora nada tem a ver com esse

²²³⁹ RE 16/12//2003.

²²⁴⁰ Cf. 4º 1.2.1., I.

periculum: se este perigo não existisse *haveria, ainda assim*, recurso ao tribunal pelo sujeito — a já referida urgência extrínseca ao *objecto processual*.

É esse perigo que justifica constitucionalmente a tutela antecipatória, enquanto tutela de urgência com restrições às garantias processuais o qual, juntamente com o princípio da celeridade processual, é um instrumento de salvaguarda da efectividade temporal da tutela, *i.e.*, do direito à tutela em prazo razoável. Por outras palavras: **o *periculum in mora* está consignado às soluções de celeridade processual tanto quantitativa, como qualitativa ou de tutela sumária**; sempre que ele surja, são estes os meios adequados. É a estas que deve ser associado o “ulterior dano marginal”.

IV. Esse *periculum in mora* pode, assim, ser redefinido, combinando estes novos resultados com o conceito clássico de CALAMANDREI.

Trata-se do *perigo de dano para o direito substantivo do autor imputável ao Estado, resultante de ser objectiva e razoavelmente previsível que o cumprimento do tempo da tutela processual disponível levará à violação do direito à tutela efectiva, na vertente do prazo razoável*²²⁴¹.

B. Perigo de *damnum alias irreparabile emersum sit* como perigo de *ingerência ilícita*

I. Contudo, fazendo já a ponte para as afirmações atinentes ao *perigo de damnum emersum sit*, **aquele dano por mora e imputável ao Estado não é**, ao contrário do que se pretende correntemente, **o dano cujo perigo as providências cautelares procuram exconjurar**.

O dano cujo perigo as providências cautelares procuram exconjurar é diferente: é um dano resultante de uma ingerência ilícita na esfera jurídica alheia, em violação de uma norma de proibição. Por isso aqui não se trata de **produzir a tempo** uma

²²⁴¹ É duvidoso que esse perigo possa ser objecto de uma tutela judicial preventiva, pois ter-se-ia de admitir que o tribunal pudesse produzir ordens e medidas cautelares adequadas ou apenas sentenças inibitórias, ingerentes nos poderes legislativo, judicial ou executivo do Estado, em tutela de um direito fundamental ou de semelhante natureza que implique uma obrigação de resultado do Estado, seja do Estado-legislador, seja do Estado-julgador, seja do Estado-administração. Não sendo este o objecto da nossa investigação o que podemos dar como certo é que em caso de dano por mora processual há lugar à *responsabilidade civil do Estado*, medida pela intensidade do não cumprimento da garantia constitucional do prazo razoável — cf., por todos, PAPIER, [*Staatshaftung*], Isensee/Kirschhof VI cit., 1353–1391.

providência de tutela — qualquer uma: preventiva, constitutiva, de remédio — mas sim de **produzir** a providência de tutela **pela qual se exerce a dimensão preventiva das situações jurídicas activas**.

Aqui a necessidade da tutela em falta reside no *periculum*: se este *periculum* não existisse *não haveria* uso dos meios judiciais pelo sujeito — a já referida urgência intrínseca.

Exemplo, em sede de art. 472º, nº 2: além do perigo de prejuízo que o direito do autor, *no quadro em que foi fixado*, pode sofrer por falta de produção em tempo útil de título executivo — obrigação que cabe ao Estado — pode, adicionalmente ou independentemente, o autor estar perante um perigo que, por seu turno, configura já outro quadro litigioso: o devedor arrendatário estar já a realizar actividades que deterioram o imóvel. Este apenas colateralmente pode ser afastado pelo despejo, cabendo às providências cautelares darem a resposta adequada.

E por estarmos em plena função processual preventiva vale o que atrás se disse ²²⁴² sobre as relações no plano do mérito entre os binómios *perigo de ilícito/sentença condenatória* e *perigo de dano/medida adequada*: a mesma matéria de facto do perigo que as providências cautelares procuram exconjurar pode, obviamente **radicar o objecto processual de uma providência cautelar**, *i.e.*, pode ser relevado no *plano normativo material concreto*.

Exemplos: pode ser decretada uma ordem para o réu proprietário de prédio serviente deixar passar o autor proprietário de prédio dominante para evitar o dano que adviria da manutenção do impedimento à passagem; pode ser obtido um arrolamento de bens da herança, por perigo do seu extravio.

Também **pode radicar o objecto processual de uma acção inibitória**, *i.e.*, pode ser relevado no *plano normativo material abstracto*.

Exemplos: o réu proprietário de prédio serviente não deixa passar o autor proprietário de prédio dominante; um herdeiro que se arroga proprietário de um bem móvel da herança contra o entendimento de outro herdeiro. Em qualquer destes casos, poderia-se-ia pedir uma condenação inibitória proibindo tanto a obstaculização como proibindo a venda ou a retirada do bem, porque se visa prevenir um ilícito futuro, ainda que já iniciado no primeiro caso.

Mais: esta dupla via de tutela tanto pode ser accionada antes da propositura de uma acção, com função necessariamente repressiva ou constitutiva, como na pendência da mesma ou até depois desta desde que não haja sido proferida uma decisão final nessa

²²⁴² Cf. § 10º 2.2.2., E.

acção que possa fazer caso julgado em face da condenação inibitória ou necessidade de tutela em face da medida cautelar adequada.

Exemplos: pode ser decretada uma ordem cautelar para o réu proprietário de prédio serviente deixar passar o autor proprietário de prédio dominante em ordem a evitar o dano que adviria da manutenção do impedimento à passagem ou pode, em alternativa ser, o mesmo réu condenado a dar passagem antes da acção confissória, na pendência desta e mesmo depois do seu trânsito se o incumprimento se mantiver e não houver a dita excepção de caso julgado.

Esta possibilidade de uma dupla via preventiva, tem passado despercebido à doutrina, devido à incipiência da dogmática dos instrumentos de tutela preventiva e à associação que correntemente se faz do perigo de dano à salvaguarda do efeito útil da acção principal, desvalorizando-se, por completo, o litígio preventivo que existe no plano material. Exemplar, desta falta de visão é o próprio CALAMANDREI ter notado que a tutela inibitória se dirigia contra um “perigo genérico de dano” ²²⁴³, e não ter estabelecido qualquer ponto entre esse mesmo perigo e as providências cautelares.

II. Esta identificação do perigo tratado pela cautela com o objecto da função preventiva significa que, ao contrário do que sucedia nas acções de tutela repressiva, aqui **a questão da relevância jurídica do dano está**, para efeitos de objecto processual, *i.e.*, de causa de pedir e de pedido, **colocada no plano temporal do futuro**. Por isso, também do ponto de vista subjectivo a questão do dano entre aquelas partes não está fechada: **o autor pode muito bem vir a pedir contra o réu novas medidas adequadas, correndo factos novos, pois o ilícito e o respectivo efeito danoso ainda não estão consumados**.

Deste modo, o perigo de dano que é relevado cautelarmente é um perigo que é imputável ao réu e que constitui a própria razão para se pedir uma providência de tutela. Aqui é o réu e não o Estado que vai incumprir ou vai continuar a incumprir uma obrigação ou um dever perante o autor.

Adaptando e corrigindo o dito de CALAMANDREI, bem se pode concluir dizendo que enquanto a tutela cautelar se dirige contra um “perigo genérico de dano”, a tutela antecipatória atalha o “ulterior dano marginal” que decorre do atraso na produção da providência de mérito definitiva.

III. De tudo isto, em termos muito simples, bem se pode dizer algo que é óbvio, quase lapalissiano: o perigo de dano em causa nas providências cautelares não é passível de ser objecto de apreciação e correlativa condenação em indemnização

²²⁴³ *Introduzione cit.*, 18.

pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. E se é assim, então, claramente não é um perigo por mora processual.

Deste modo, **mesmo que o *periculum in mora* não existisse como problema, haveria sempre justificação constitucional para a existência autónoma da tutela cautelar.**

C. Demonstração: condenação in futurum e tutela antecipatória por perigo concreto como meios não adequados ao perigo de dano

I. A validade deste nosso raciocínio pode ser posta à prova nos casos que designámos de tutela antecipatória por perigo de mora *demonstrado* — os casos dos arts. 121, nº 1º LPTA, art. 472º, ou da já revogada concessão de efeito meramente devolutivo ao recurso por perigo de inutilidade.

Escrevemos atrás que nestes exemplos o legislador mostra que distingue muito bem entre, de um lado, **o perigo de mora concreto que conduz à *antecipação*** e, do outro, **o perigo de mora concreto que conduz à *cautela***. Agora já sabemos que este segundo não é, em rigor, um perigo de dano por mora processual.

Contudo, uma postura céptica perante a nossa tese rapidamente perguntará: porque é que a urgência justificativa desses regime não é uma urgência material? Assim, quando a lei enuncia que “pode pedir-se a condenação em prestações futuras quando se pretenda obter o despejo de um prédio no momento em que findar o arrendamento e nos casos semelhantes em que a falta de título executivo na data do vencimento da prestação possa causar grave prejuízo ao credor” estamos perante *periculum in mora* ou perante *periculum de damnum emersum sit*?

Claramente é um *periculum in mora*: o facto potencialmente adequado à produção do dano é a falta do título executivo em tempo — *lege dixit*. É por esse facto que o Estado poderá ser responsabilizado, pois a ele está devida a sua produção. Correlativamente, vimos já que não há *uma mudança nem de objecto, nem de partes e por isso há uma **identidade com o mérito da tutela plena***.

Também nos casos de admissibilidade de execução provisória por perigo — o já revogado art. 692º, nº 2, al. d) — o facto potencialmente adequado à produção do dano é a “suspensão da execução”, tal como no caso inverso de admissibilidade de efeito suspensivo por perigo — o actual art. 692º, nº 4 — o facto perigoso é ainda processual, *i.e.*, a execução.

Generalizando: na tutela antecipatória **a fonte do dano são os termos do próprio processo**, justificados por ter-se de seguir os tempos e vias adequados às exigências do modelo supranacional de garantias processuais. **É a omissão de justiça em tempo útil que causa o dano. O réu é alheio a este nexos de causalidade.**

II. Afora as dúvidas que a aproximação entre as funcionalidades cautelar e inibitória possa colocar, este nosso entendimento é passível de várias objecções — nenhuma delas procedente.

Em *primeiro* lugar poder-se-ia perguntar se, *nestes casos de verdadeiro e próprio periculum in mora, o autor poderia obter uma providência cautelar se alegasse que a ausência de obtenção de título executivo — ou genericamente, uma medida final — é idónea a causar-lhe dano.*

Exemplo: o autor alega que uma condenação tardia retardará a entrada do bem litigioso no comércio e, por aí, terá um dano.

A resposta é negativa: as providências cautelares são *uma defesa perante uma actuação da contraparte*, pois laboram em caso de “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito”; estão claramente no plano da relação material controvertida. Não estão no plano das condições temporais de produção de respectiva tutela e estas não podem ser imputadas ao réu — é absolutamente despicienda e improcedente uma alegação de que o atraso na condenação é da responsabilidade do réu.

Para que o autor que espera pelo título pudesse usar de uma providência cautelar teria de suceder o que já dissemos a título de exemplo: além do perigo de prejuízo que o direito do autor, **no mesmo quadro fáctico e jurídico em que foi fixado**, pode sofrer por falta de produção em tempo útil de título executivo deveria sobrevir um **perigo adicional da parte do réu** que, por seu turno, configuraria já **outro e superveniente quadro litigioso fáctico e jurídico** — v.g., o devedor arrendatário estar já a realizar actividades que deterioram ou podem vir a deteriorar o imóvel.

Nesse caso **haveria uma mudança de objecto e, por isso, não haveria uma identidade com o mérito da tutela plena.**

III. Em *segundo* lugar, poder-se-ia ainda arguir que se, por hipótese académica, o título executivo fosse produzido de imediato, i.e., naquele tempo razoável não conduz a um dano imputável ao Estado, pura e simplesmente, não haveria que falar em providências cautelares. Ou seja: havendo título executivo em tempo, o problema do novo quadro fáctico não se colocaria.

Em suma: poderia ainda ser-nos colocada a pergunta inicial de se a **tutela cautelar teria de existir mesmo que, por hipótese, não houvesse a insuficiência temporal da tutela plena.**

A resposta é afirmativa quanto a esta questão: **haveria uma violação do art. 20º CRP** se o devedor arrendatário estivesse a realizar actividades que deteriorassem o imóvel e o seu dono não pudesse obter dos tribunais resposta adequada contra elas, mesmo depois de já ter uma decisão de despejo a seu favor. E isto estranhamente

quando é certo, ainda por cima, que o senhorio poderia, verificados os pressupostos, usar de legítima defesa ou de acção directa.

Mas não seria a acção de despejo e a obtenção do respectivo título o meio adequado para por termo à actividade danosa, precisamente ²²⁴⁴, perguntar-se-ia em terceiro lugar? Sabe-se bem que não: o despejo é uma tutela para uma dada necessidade e para o exercício de um dado direito — colocar termo ao contrato e fazer valer o direito à desocupação — cuja execução apenas colateral ou reflexamente pode eventualmente ²²⁴⁵ satisfazer uma outra necessidade e correlativo exercício de outro direito — ressarcir o dano já causado e/ou evitar novo dano.

Por outras palavras e generalizando: **de nada serve condenar o requerido no pedido de fundo** de uma acção principal — v.g., pagar ou declarar-se nulo um contrato ou dividir-se um bem comum — **pois tal providência não afasta a concreta actuação perigosa**.

Exemplo: a constituição de uma servidão só por si não afasta os efeitos danosos entretanto ocorridos; a anulação de um contrato não afasta o prejuízo ao trabalhador; a procedência de uma acção de reivindicação não afasta o perigo de dano aos actos de fruição do bem reivindicado, apesar do seu registo garantir a sua anterioridade temporal, como já foi expressamente declarado jurisprudencialmente ²²⁴⁶.

E não afasta seja porque já se deram esses efeitos, seja porque eles não formam o *thema decidendum* do processo respectivo.

Alguns diriam: pois então nesse caso teríamos de pedir uma nova providência cautelar porque a acção que é efectivamente adequada — v.g., a reivindicação, a restituição de posse, ainda que provisória, a declaração de nulidade — não virá a tempo. Discordamos, de modo definitivo: pensar assim é não abandonar o postulado calamandreiano de onde há uma cautela há um processo muito lento para o litígio. É uma leitura possível mas que no limite nos conduz a responder deste modo: se a acção

²²⁴⁴ E deste modo a questão da relevância processual da actividade danosa do réu ainda acabaria por se reportar à falta de título em tempo, i.e., ao *periculum in mora*.

²²⁴⁵ Pois pode nem sequer ter tal efeito reflexo: no caso dos danos já causados.

²²⁴⁶ No ac. RP 9/2/1998 “Tendo o requerente de providência cautelar não especificada intentado contra os pais dos requeridos acção pedindo que sejam condenados a reconhecer que é proprietário de 6/10 de determinado prédio, o registo dessa acção não coloca o requerente da providência apenas a essa mesma acção, a coberto de qualquer prejuízo por facto cometido pelos requeridos que entretanto outorgaram escritura de partilhas dos bens dos pais nela incluindo aquele prédio. É que no caso concreto o pedido de providência não tem a ver apenas com o direito de propriedade sobre o imóvel mas também com actos de fruição que como comproprietário virão a ser eventualmente concedidos ao requerente da providência”.

dita como adequada sofre ela mesma de um problema estrutural — dito de *periculum in mora* — que a obriga a socorrer-se de uma prévia providência cautelar a qual, ela sim, evita o consumir do dano é porque *essa acção não é adequada*. Ou seja: **o tão usado e propalado *periculum in mora* não é senão a inadequação da tutela declarativa para lidar com um certo tipo de problema material e extraprocessual**.

IV. Mas podemos colocar uma *quarta* e última objecção, de sentido inverso: se a acção principal não é o meio adequado para afastar o perigo de dano, mas sim as providências cautelares, será que estas **também** não obstam ao *periculum de mora* que aflija aquele? Ou seja: ainda que o nosso entendimento possa estar correcto é ou não é verdade que se está perante um instrumento processual que assegura a eficácia temporal do processo, cumprindo o modelo supranacional de garantias processuais?

Salvo o devido respeito por um entendimento tão dominante e quase pacífico, parece-nos existir aqui a mesma confusão que já apontámos à doutrina de matriz calmandriana.

Repare-se: as vantagens do funcionamento de uma providência cautelar **valem e ocorrem por si mesmas haja ou não haja mora processual**. A protecção contra o perigo de dano é conseguida — e é necessária ao sujeito activo — independentemente de estar ou não estar pendente uma outra acção. Esta não releva para a fundamentação material e para a necessidade do meio, ou seja, **não se concede tutela cautelar porque há um atraso ou está pendente um processo: o autor não tem de demonstrar que há ou vai haver uma mora; tem de demonstrar que é titular de um direito e que o requerido lhe vai provocar um dano**.

A possibilidade de se usar ainda de um meio de tutela plena serve, quando muito para o legislador, mal ou bem, restringir o acesso à tutela cautelar, mas é uma questão que, definitivamente, não respeita à *ratio* daquela.

Se a eficácia deste meio de tutela plena dele beneficia com a emissão de uma cautela é algo que deve ser explicado noutros termos, sendo certo, contudo, que esse o recurso ulterior a esse meio pleno pode nem sequer vir a ter lugar, como se viu na análise de direito positivo.

E aqui está a referida confusão: porque a tutela cautelar ao afastar o perigo de dano tutela o direito, como verdadeira acção que é, pareceria existir aqui algum tipo de antecipação — raciocínio dominante nas doutrinas clássicas de CALAMANDREI e de ALBERTO DOS REIS. Mas é assim porque há, claramente, algum tipo de *relação ou de concurso entre os resultados* da tutela plena e da tutela cautelar entre si. E essa terá de ser apurada.

De facto uma *quinta* objecção poderia ainda ser levantada, de modo a colocar em cheque esta construção: e as providências cautelares antecipatórias? Não antecipam elas o resultado de tutela cuja produção está em mora processual? Deixamos a

resposta para adiante, quando revirmos o conceito de instrumentalidade²²⁴⁷. Veremos, então, que o que sucede é que a necessidade de evitar a inviabilização da realização do direito pode concorrer com os mesmos resultados da satisfação do próprio direito.

D. **Confirmação nas doutrinas de CONIGLIO e HENCKEL**

I. A nossa tese de que o perigo de que tratam as providências cautelares não é um *periculum in mora* não está isolada doutrinariamente. Com diferentes virtualidades, as opiniões de CONIGLIO e HENCKEL vêm em nossa ajuda.

O entendimento de CONIGLIO é o mais importante e por dois motivos: por um lado, foi enunciado *antes* da consagração legislativa da doutrina publicista de CALAMANDREI²²⁴⁸, com o novo Código de Processo Civil italiano em 1942; por outro, separa expressamente um *periculum in mora* e um perigo de dano ao direito.

Efectivamente, o momento foi doutrinariamente decisivo pois estava-se no termo da vigência do *Codice de Procedura Civile* de 1865 que ao lado de cautelas como o sequestro, a suspensão de deliberações sociais e a *cautio damnum infectum*, desconhecia uma cautela atípica e, sobretudo, um ónus de abrir uma acção principal na sequência da obtenção de uma cautela²²⁴⁹. Na verdade, toda a ulterior construção vigente é da autoria de CALAMANDREI.

CONIGLIO começa por colocar exactamente a pergunta que temos colocado para reflexão: o “*periculum in mora* que está na base da providência cautelar é, na verdade, o perigo do dano decorrente do atraso da providência definitiva?”²²⁵⁰. A resposta é de sentido negativo: o *periculum in mora* cautelar diz respeito à relação material, não diz respeito ao processo²²⁵¹.

²²⁴⁷ No § 12º 2.3.3.B.

²²⁴⁸ Cf. atrás no § 9º 1.3., a crítica da natureza publicista da tutela cautelar tal como é vista por CALAMANDREI.

²²⁴⁹ Assim sucedia, como já atrás demos nota, com a *sospensione della esecuzione delle deliberazioni delle società anonime* (cf. DIANA, *Le funzioni* cit., 110).

²²⁵⁰ *Il sequestro* cit., 9.

²²⁵¹ Algo neste sentido, segue recentemente BALENA, *[La disciplina]* cit., 324 ss., esp. 327–328, quando procura distinguir as medidas de tutela antecipatória (*v.g.*, a injunção) das providências antecipatórias, a que o art. 669 *octies*, 6ª al. CPC/It concede desde Março de 2006 uma instrumentalidade eventual, como já referimos amiúde. Para aquele AUTOR enquanto estas cautelas se justificam num *periculum in mora*, aquelas antecipações fundam-se em razões de mera oportunidade ou economia processual. Tendo em conta que a tutela antecipatória só acha apoio constitucional como meio de celeridade processual que evita o *periculum in mora*, *i.e.*, de não respeito pela garantia

Efectivamente, se o “arresto é concedido em vista da situação patrimonial do devedor, o qual não dispõe de bens suficientes para assegurar que o crédito do arrestante poderá ser satisfeito, isso quer dizer que o elemento tempo não é decisivo, ou, pelo menos, não é senão um elemento apagado sem o concurso daquele [elemento] patrimonial” ²²⁵².

É certo que, como nós também já notámos, a realização de uma medida cautelar — *in casu*, a apreensão antecipada de bens em benefício do credor — concorre para evitar a inutilização tanto de uma futura execução, mas “se o juiz não pode intervir em cautela do poder executivo (...), isso quer dizer que os elementos decorrentes do direito substantivo têm um peso decisivo na vida dos processos cautelares”, ou seja, que o “processo cautelar serve menos para garantir o bom fim de um outro processo e mais para garantir o direito de crédito” ²²⁵³. Ou seja: o credor actua em função da sua própria e *actual* necessidade de protecção ao seu direito e não em função da necessidade *futura* de protecção ao seu direito.

Ou ainda, CONIGLIO não contesta que através do arrolamento o “vínculo de indisponibilidade aposto sobre a coisa litigiosa sirva para assegurar o desenvolvimento normal do processo declarativo”, impedindo alterações; contudo não há razão porque se “deva qualificar como mediato o escopo de conservação da coisa e imediato aquele de assegurar o êxito do processo de mérito” ²²⁵⁴.

Ou seja: não se pode ignorar a vantagem jurídica que de imediato se pretende obter e obtém — “evitar o perigo de insatisfação do direito” ²²⁵⁵.

Trata-se de uma “compreensão unilateral da relação de instrumentalidade”, *i.e.*, ver esta apenas do prisma da acção declarativa ²²⁵⁶. E mais essa relação “não é sempre actual, mas potencial” ²²⁵⁷ o que é uma boa descrição do real sentido da instrumentalidade cautelar que é cada vez menos necessária.

Mesmo a existência de cautelas antecipatórias como os alimentos provisórios mostra que o escopo do meio não é a salvaguarda do mérito mas do direito: “não se pode atribuir à lentidão do processo declarativo ordinário a causa do dano, mas às condições particulares em que o alimentando se encontra” ²²⁵⁸. Eis, precisamente,

de decisão em prazo razoável, a distinção de BALENA apenas faz sentido se o periculum cautelar for de *fonte material*, como nós pugnamos.

²²⁵² *Idem*, 10.

²²⁵³ *Idem*, 10.

²²⁵⁴ *Idem*, 12.

²²⁵⁵ *Idem*, 12.

²²⁵⁶ *Idem*, 12.

²²⁵⁷ *Idem*, 15–16.

²²⁵⁸ *Idem*, 13.

aquilo que também pensamos: pedem-se alimentos por uma necessidade cuja causa é extraprocessual e não intraprocessual.

Em suma: o *periculum in mora cautelar* não é um perigo processual e merecedor de uma tutela provisória eventualmente instrumental.

Note-se este ponto em CONIGLIO: *a cautela surge como o meio adequado para o perigo de dano ao direito*²²⁵⁹.

II. Diversamente, uma preocupação de assegurar a *futura protecção* ao seu direito foi o que vimos assumir expressão na condenação *in futurum*: esta é uma medida de tutela com *utilidade futura*, pois o autor não está a pedir que ao tribunal uma medida *contra o perigo de incumprimento do seu crédito* que ao tempo esteja a ser ameaçado pelo réu, mas pede uma antecipação de uma medida *contra o incumprimento futuro do seu crédito*, em que a fonte de perigo é o próprio atraso nessa obtenção. Esta *ratio* é comum a toda tutela antecipatória.

É isto mesmo que HENCKEL nos vem dizer, quando procura separar a funcionalidade de uma acção de condenação *in futurum* da funcionalidade de uma acção inibitória, *i.e.*, de condenação em abstenção.

Também HENCKEL opera, como nós, uma diferenciação. A “acção de condenação *in futurum* lida com a preocupação de que o autor logo no momento temporal do incumprimento tenha um título executivo entre mãos. E ela protege, assim, o autor de que a tutela jurisdicional *sobrevenha demasiado tarde*”. Diversamente a acção inibitória “não pretende garantir tutela antecipada (...), mas (...) a possibilidade de o autor *acima de tudo ter tutela*”²²⁶⁰.

Por isso, “sem uma acção de condenação *in futurum* o credor chegaria possivelmente demasiado tarde à sua sentença”, enquanto “sem uma acção inibitória ele não teria nenhuma tutela jurisdicional para *defesa de ingerências* na sua esfera jurídica”: tê-las-ia de sofrer e limitar-se a exigir uma reparação dos danos²²⁶¹.

Portanto, o *periculum in mora* não se reconduz ao perigo de ingerência que é objecto de uma acção inibitória. Correlativamente, os meios de tutela antecipatória não se confundem com os meios de tutela preventiva.

III. Este raciocínio por parte de HENCKEL parece-nos inteiramente válido e pode e dever ser extendido a todos os meios de tutela preventiva, em geral e à tutela cautelar, em especial. Foi o que já fizemos. Apenas a negação de uma funcionalidade material que justifique a tutela cautelar no quadro da tutela preventiva pode impedir a validação de igual raciocínio para o nosso tema cautelar.

²²⁵⁹ Ideia implícita em *Il sequestro* cit., 21.

²²⁶⁰ *Vorbeugender Rechtsschutz* cit., 105.

²²⁶¹ *Vorbeugender Rechtsschutz* cit., 105.

Essa negação torna-se ainda mais incompreensível em face do que escreve HENCKEL. Pois se a sua preocupação é a de evitar as ingerências é bom de ver que, como já demonstrámos, a acção inibitória é inadequada para evitar algumas delas, pelo menos. Assim uma simples proibição de venda seria de utilidade muito eventual para evitar uma perda da garantia patrimonial: se o devedor vender os bens nada haveria a fazer senão executar o seu valor, nos termos gerais de uma obrigação de *non facere* infungível e irrepetível, nos termos do art. 941º, nº 1 segunda parte. O mesmo se diga com uma deliberação social nula: nenhuma inibição ou proibição de execução da deliberação social é razoavelmente concebível para obstar aos efeitos negativos de uma tal ilicitude.

Claramente, uma providência cautelar que produza uma *ineficácia* dos actos dispositivos ou que *suspenda* a eficácia da deliberação, respectivamente, é a medida adequada a um tal perigo²²⁶².

E assim será, não porque se vá colocar uma acção, mas porque o direito precisa.

3.3.3. *Relações de concurso e não concurso entre perigo de dano e periculum in mora*

I. Em conclusão: a tutela cautelar não foi pensada nem para salvaguardar o efeito útil de uma outra acção, nem para afastar a mora processual. *Periculum in mora* e perigo de *damnum alias irreparabile emersurum sit* são diversos e têm expressões processuais diversas: nem as providências cautelares antecipam o resultado de tutela cuja produção está em mora processual, nem a tutela antecipatória, nem os meios de celeridade processual produzem o resultado de tutela das providências cautelares.

Ora, precisamente por serem fenómenos diversos, *periculum in mora* e perigo de dano podem ocorrer em separado ou em simultâneo.

Assim, pode **ocorrer *periculum in mora*, sem que haja perigo de dano** imputável ao réu:

Exemplo (1): no caso do art. 692, nº 4 pode a execução imediata ser prejudicial porque, v.g., retira o gozo da coisa, mas esse dano não é imputável ao exequente; na revelia operante o *periculum* presumido pelo legislador resulta de um uso dos instrumentos de contestação pela parte passiva, sem que isso seja em si mesmo um acto ilícito, contrário ao *neminem non laedere*.

Inversamente, **pode ocorrer perigo de dano sem que haja *periculum in mora***, como já dissemos.

²²⁶² Já nem sequer alegamos que tradicionalmente o campo inibitório é o campo de direitos absolutos e dos bens jurídicos absolutos, tornando mais evidente a necessidade de uma tutela preventiva.

Exemplo (2): no caso do arresto impõe-se a salvaguarda da garantia do crédito, apesar de maneira nenhuma estar em questão a celeridade de uma futura ou actual acção de condenação; o que há é um comportamento perigoso imputável ou não ao devedor mas que cujas consequências ele terá de suportar.

Finalmente, **podem ocorrer ao mesmo tempo *periculum in mora* e perigo de dano** por:

- *factos diferentes*: a cumulação temporal do exemplo anterior do perigo de dano por falta de título em tempo útil — facto passível de ser imputado ao Estado — e com o facto de o réu criar uma situação de perigo para o direito — *exemplo (3)*: começa a fazer obras;
- *facto idênticos*: quando um dano imputável ao réu já se iniciou, mas cuja extensão temporal de prolongamento ou eventualidade de repetição viola, também o princípio da tutela efectiva — *exemplo (4)*, o não cumprimento de uma obrigação pecuniária de pagamento de salário é passível de compensação moratória, para obviar aos efeitos futuros advenientes do prolongamento do incumprimento pelo réu, mas que irão tornar-se sucessivamente maiores, enquanto não sobrevir um título executivo primeiramente e uma execução finalizada, depois.

II. Podem vislumbrar-se aqui dois grupos de relações entre os dois *pericula*: de não **concurso** nos exemplos **1), 2) e 3)** e de **concurso** na situação **4)**.

A **situação 1)** patenteia como não pode confundir-se perigo de dano com *periculum in mora*. Há um perigo de dano ao qual o réu é totalmente alheio, pois a causa adequada ao dano é o próprio tempo do processo. Nas **situações 2) e 3)** é clara a necessidade de existência de uma tutela cautelar para um litígio diverso daquele a que se refere a mora, sob pena de denegação de justiça, pois mais nenhuma acção senão ela é capaz de afastar o perigo. O perigo em presença nada tem a ver com a vida do processo e o dever de justiça em tempo útil, mas com a vida das partes e o dever de não prejudicar outrem. Por isso, a antecipação, no caso **3)**, não afastará o perigo de dano.

A situação enunciada em **4)** é de **concurso**: aparentemente uma tutela antecipatória ao dar a decisão mais cedo pode também por termo ao perigo de dano e vice-versa. Nestas eventualidades o legislador pode prever um instrumento de ataque directo à mora processual, usando o perigo de dano ao direito — presumido ou demonstrado — como razão de antecipação de tutela, v.g., por uma solução de tipo injuntório. Mas independentemente disso o autor pode sempre lançar mão de uma providência cautelar, nos termos admitidos pelas respectivas cláusulas legais. Contudo,

frequentemente o legislador restringe esse acesso ao exigir um perigo de dano qualificado, como, por exemplo, “grave e dificilmente reparável” (art. 381º, nº 1).

Restrição que, aliás, pode ser posta ao uso de uma cautela mesmo nos casos **2)** e **3)**. A razão de ser desta restrição será objecto de reflexão seguidamente.

§ 11º APRECIÇÕES CONCLUSIVAS

1. Primeira conclusão: a tutela cautelar cumpre uma função preventiva irreconduzível à função da tutela antecipatória

I. Impõe-se que arrolemos conclusões quanto às matérias para as quais buscamos soluções ao longo deste Capítulo II: o fundamento e a função cautelares.

Em primeiro lugar, relembramos que admitimos atrás que não seria totalmente segura a separação entre tutela antecipatória e tutela cautelar e, no limite, a própria função preventiva da cautela ²²⁶³. Após o nosso estudo do fundamento cautelar torna-se agora patente que eram perfeitamente válidas as nossas categorias de tutela antecipatória e de tutela cautelar e tudo o que escrevemos quanto à respectiva diferenciação entre os objectos.

Efectivamente, na tutela antecipatória não há uma alteração ao objecto do processo para nele se acomodar o problema do perigo — este não é o *thema decidendum*, sendo-lhe externo, pois não é por ele que o sujeito vai a tribunal. Nela o *periculum in mora* é nuns casos uma mera *ratio legis* de uma estatuição normativa em conexão com um tipo de direito que ela mesma prevê e noutros casos um pressuposto processual de interesse em agir cuja verificação o requerente tem o ónus de alegar e demonstrar — v.g., o propósito dilatatório da actuação do réu no caso do art. 273º/II CPC/Br ²²⁶⁴. A tutela antecipatória é, assim, uma via formal que não tange nem com o objecto, nem com a função ²²⁶⁵. Funcionalmente, a tutela antecipatória **não cumpre em si mesma uma função preventiva, mas sim a função cuja realização antecipa** — de remédio, de prevenção ou constitutiva.

II. Diversamente se passa na tutela cautelar: aqui se o *perigo de dano fosse um mero pressuposto processual então o resultado processual final surgiria idêntico ao resultado processual obtido por via plena* e, por isso, usando os critérios distintivos atrás

²²⁶³ No § 6º 2.5.

²²⁶⁴ É isso que já vimos antes suceder nas *condenações in futurum* previstas no art. 472º ou, ainda, na execução provisória fundada em perigo concreto como sucede no art. 642º, 2ª al. CPC/It.

²²⁶⁵ Neste exacto sentido, já BRIEGLEB, *Einleitung* cit., 343, afirmava a propósito da *res iudicata* entre *Summarium* e *Ordinarium* que uma das regras estruturantes do processo sumário é a de que “a mesma questão litigiosa (...) não pode pela pura escolha de uma outra espécie de processo ser trazida à apreciação judicial novamente”, quando se passa do uso de uma via processual sumária para uma ordinária.

enunciados ²²⁶⁶, a respectiva medida poderia alcançar o plano da certeza resultante da declaração do direito, desde que fosse tornada definitiva em resultado de efeito legal ou da superveniência de sentença conforme ²²⁶⁷.

Nada disso sucede porém: não é possível afirmar que o autor que obteve uma providência cautelar viu o seu direito reconhecido cautelarmente ou extinto cautelarmente algo que, diversamente, e sem prejuízo dos limites impostos à disponibilidade de direitos, sucede por má fé processual no caso do art. 273º/I CPC/Br ou por ausência do réu na *procédure par défaut faute de comparaître du défendeur* do art. 472º NCPC/Fr. Tampouco se pode afirmar que o autor viu o seu direito à resolução de um dado contrato ser exercido cautelarmente ou que alguém pôde ser condenado em sede cautelar — algo que, diversamente, sucede *v.g.*, com uma injunção (cf. Decreto-Lei nº 269/98, de 1 de Setembro) ou com a *ordinanza* do art. 186 *bis*, 1ª al. (*Ordinanza per il pagamento di somma non contestata*) CPC/It. Quando muito, os casos de aparente antecipação são, como já referimos atrás ²²⁶⁸, dos efeitos práticos, mas não da providência abstracta que os produziria.

Por outro lado, ao contrário da tutela antecipatória, a tutela cautelar não desempenha — ou não facilita o desempenho — de uma função acometida a outro meio processual, mas apenas e somente de prevenção do dano ao direito materialmente escorada no princípio *neminem non laedere*. Essa função é patente naquilo que, por exemplo, escrevemos a propósito das relações com a tutela inibitória.

Neste estrito sentido bem se pode dizer que **enquanto a tutela antecipatória é funcionalmente instrumental da tutela plena, a tutela cautelar não o é.**

2. Segunda conclusão: a tutela cautelar exprime-se por acções jurisdicionais

I. No final do Capítulo I concluímos que a tutela cautelar exprime-se por meio de verdadeiras acções — as providências cautelares.

Na altura chegáramos a essa conclusão por uma *via negativa e formal*: se pode haver uma eficaz cautela sem uma posterior acção então *a tutela cautelar não pode ter*

²²⁶⁶ No § 6º 2.4.

²²⁶⁷ Haveria, então, sentenças de simples apreciação, sentenças condenatórias e sentenças constitutivas obtidas mais cedo por causa do perigo de dano. E, quando muito, essas decisões teriam o *minus* de serem provisórias e de serem obtidas com menos cognição, servindo a acção final para as repetir ou denegar.

²²⁶⁸ No § 6º 2.3.1.C, VII.

por função salvar o efeito útil da acção principal, mas “assegurar a efectividade de um direito ameaçado” (art. 381º, nº 1) ²²⁶⁹.

Ora, no final deste Capítulo II chegamos à mesma conclusão por uma *via positiva e material*: se uma providência cautelar é um meio para fazer valer a obrigação genérica de não ingerência então (fundamento material) então **é uma acção**: um *meio processual de salvaguarda de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos, dando ao sujeito os mesmos resultados que deveria ter obtido através do cumprimento espontâneo da obrigação genérica de não ingerência ilícita que os coenvolvidos têm perante si* ²²⁷⁰.

E de salvaguarda *actual* e não meramente hipotética, desses mesmos direitos e interesses.

Neste sentido, podemos passar a falar de **acções cautelares**, em substituição da terminologia *providência* com que o legislador procurou de modo forçado e abusivo — mas sem sucesso — alterar a natureza jurídica das coisas ²²⁷¹.

II. Ao ser um meio processual de *salvaguarda de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos* a tutela cautelar está plenamente incluída na realização da função jurisdicional, não tendo uma natureza de procedimento administrativo ou de *polizeiliche provisorische Verfügungen* — doutrinas que nós já liminarmente refutámos quando fizemos a nossa crítica às teses da mera acção de CHIOVENDA e CALAMANDREI ²²⁷². O *interesse público da paz social e da segurança jurídica* é, como nas demais acções, meramente secundário. Muito menos prossegue um interesse público ou objectivo primário à salvaguarda do efeito útil da acção de mérito.

Pelo contrário, valem a este propósito as afirmações de GRUNSKY de que o “*Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen* também servem a **aplicação dos direitos subjectivos materiais**” ²²⁷³ ou de WALKER de que “também a tutela jurisdicional provisória é uma tutela de *direitos* e não uma pura tutela de *interesses*” ²²⁷⁴. *In casu* a aplicação do próprio direito subjectivo acautelando.

²²⁶⁹ E, por isso, no mínimo ter-se-ia de concluir com SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 114, que uma “segurança da realização da acção principal através do processo de urgência tem sempre a segurança da pretensão por conteúdo e deve orientar-se para esta”. Mas é mais do que isso: aquela segurança é um efeito secundário de uma tutela que valeria sempre por si, mesmo sem *periculum in mora*.

²²⁷⁰ Releia-se a nossa definição da função jurisdicional no § 8º 1.2.1., III.

²²⁷¹ Confirmam-se as razões dessa mudança em ANTUNES VARELA, *Do Anteprojecto* cit., 297.

²²⁷² No § 9º 1.2. e 1.3.

²²⁷³ *Stein/Jonas 9* cit., § 920 cit., Rdn. 10.

²²⁷⁴ § 922 cit., Rdn. 5.

Por isso, a tutela cautelar “constitui sempre manifestação da função judiciária” ²²⁷⁵ em que a “decisão sobre o pedido de concessão de uma providência cautelar enuncia um acto de jurisdição” ²²⁷⁶. E através desse acto de jurisdição a tutela cautelar servirá para, como qualquer tutela, dar ao sujeito “os mesmos resultados (...) que deveria ter obtido através da cooperação espontânea da parte dos coenvolvidos ” ²²⁷⁷, algo que LUISO afirma abertamente para ela: conseguir que o requerente se encontre “no final do processo (...) na mesma situação em que se encontraria se não houvesse tido que recorrer à intervenção jurisdicional” ²²⁷⁸.

III. Esta nossa conclusão constitui uma afirmação importante, embora não original, pois, como já vimos, na Alemanha tende-se, maioritariamente, a concluir que *Arrest* e *einstweilige Verfügung* são verdadeiras acções, de tipo declarativo ²²⁷⁹. Na respectiva doutrina a conciliação entre a defesa, por um lado, desta natureza de acção jurisdicional e, por outro, da “função de serviço perante a tutela jurisdicional principal” ²²⁸⁰ foi, em nosso ver, feita através do já referido conceito de pretensão à segurança (*Sicherungsanspruch*). Este é passível de ser um objecto autónomo de uma acção, não reconduzível ao objecto da acção principal, e afastando-se, assim, uma ideia de mera acção, tão própria da doutrina italiana.

Não é essa, contudo, a nossa posição: a pretensão à segurança não é um fim em si mesmo, mas uma expressão de um fundamento material.

²²⁷⁵ M. DINI, *La denuncia* cit., 83. Em termos semelhantes, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 202.

²²⁷⁶ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 8.

²²⁷⁷ P. PISANI, *LDPC* cit., 33.

²²⁷⁸ *DPC IV* cit., 155.

²²⁷⁹ ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1088; SCHLÜTER, *Die Erfüllung* cit., 447; LEIPOLD, *Grundlagen* cit., 18 ss.; MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 64 e 65; SCHILKEN, *Das Befriedigungsverfügung* cit., 52 ss., esp. 63–64; PIEHLER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 24; TEPLITZKY, *Arrest* cit., 886; MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 5; SCHLOSSER, *ZPR II* cit., Rdn. 244; ADEN, *Der einstweilige Rechtsschutz im Schiedsgerichtverfahren*, BB 38/35–36 (1985), 2279; BRUNS/PETERS, *ZVR* cit., 321; COMPENSIS, *Die einstweilige Verfügung* cit., 39; LÜKE, *ZVR* cit., 343; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 74 = *Vor § 916* cit., Rdn. 7; ARENS/W. LÜKE, *Arrest* cit., 6; SCHÄFER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 4; ROSENBERG/ GAUL/SCHILKEN, *ZVR* cit., § 74 IV; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 31; KORINTH, *Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren*, 2000, 20; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 5 e, com F. BAUR, *ZPR* cit., Rdn. 276; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 513; VOLKKOMMER, *Vor § 916* cit., Rdn. 3; BERGER, *[Grundlagen des Arrest- und Verfügungsverfahrens]*, Berger cit. 82.

²²⁸⁰ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 2.

Em todo o caso, é na doutrina latina que este nosso entendimento pode ser tido por minoritário dada a prevalecente ideia, radicada em CHIOVENDA e em CARNELUTTI, de que se está perante uma mera acção e uma mera sistematização de facto.

IV. Por isso, são de grande valia científica os entendimentos que nesta matriz italiana foram ou vão ainda *remando contra a maré*, seguindo o rumo de que as providências cautelares são acções judiciais.

Além das clássicas posições de ALLORIO e de JANNUZZI, relembramos ainda que foi essa a posição de BARBOSA DE MAGALHÃES quando defendia que havia um objecto específico — “um *direito substancial de cautela*” ²²⁸¹, já por nós refutado enquanto tal — que conhecia uma tutela que era “*parte do direito de acção (...) ao lado do direito de fazer declarar um direito [acções declarativas] ou de fazer efectivar um direito declarado [acções executivas]*” ²²⁸². A única diferença, perante as demais acções, era a de que àquela “autonomia do direito a obter providências conservatórias não corresponde uma autonomia processual” ²²⁸³. Actualmente entre nós tal entendimento é francamente residual, sendo difícil encontrar uma linha de pensamento que vá claramente nesse sentido ²²⁸⁴.

Mas também não pouco isoladas são em Itália as opiniões de CONIGLIO, LUISO, CALVOSA e de COMOGLIO/FERRI/TARUFFO de que importa dar notícia.

CONIGLIO, antes de 1942, escrevia que a “tutela cautelar é uma tutela autónoma em sentido processual”, perante as acções declarativas e executivas, porque prossegue um escopo autónomo: “remover o perigo de um dano jurídico que se perfila de modo diverso consoante a natureza do direito ameaçado” ²²⁸⁵.

Todos os restantes AUTORES laboram nessa mesma linha de pensamento. Assim, CALVOSA vê na providência cautelar uma expressão do exercício de uma “acção cautelar autónoma”, entendida como “poder instrumental dirigido à obtenção de uma providência jurisdicional, apto a dar vida a uma situação acautelante que garanta ou assegure uma hipotética situação acautelanda de um perigo iminente” ²²⁸⁶. Mas não segue ou não cai na visão dominante de uma instrumentalidade de tipo meramente

²²⁸¹ Citações retiradas de *Natureza* cit., 32.

²²⁸² Citações retiradas de *Natureza* cit., 32.

²²⁸³ *Natureza* cit., 33.

²²⁸⁴ De modo mais ou menos intenso, constituem excepções: M. GLÓRIA GARCIA, *Da exclusividade* cit., 74 (a tutela cautelar é uma “forma de *garantir a efectividade da posição jurídica*”) e A. PEDRO CAFÉ, *O processo* cit., 754, já antes citado: a “providência cautelar não é uma forma secundária ou acessória de tutela do direito” mas “a *única e definitiva possibilidade da realização do direito do requerente*” impossibilitado “de o efectivar se não tiver acautelado em tempo e forma úteis”.

²²⁸⁵ *Il sequestro* cit., 4.

²²⁸⁶ *Provvedimenti* cit., 447.

processual, sendo peremptório ao afirmar que “ainda que por vezes o direito positivo pareça induzir a conclusões absolutamente contrárias, as providências cautelares, em regra, estão instrumentalmente coordenadas com as situações substantivas acautelandas e destinam-se, por isso, a assegurar (...) que uma situação subjectiva substantiva favorável (...) não deva sofrer deteriorações ou (...) degradações, que levem a mudar a sua essência ou a perder-se para o seu efectivo titular”²²⁸⁷. Notando, como nós já fizemos, que pode haver tutela cautelar, no sentido de tutela do perigo, “tanto no processo, como na área da actividade negocial”²²⁸⁸, CALVOSA conclui que a tutela cautelar é, assim, dada “em função das situações substantivas e da tutela normativa, e não em função da tutela jurisdicional dos direitos, porquanto também a tutela cautelar jurisdicional é por si mesma expressão da tutela jurisdicional dos direitos”²²⁸⁹.

Por seu lado, LUISO escreve recentemente que a “*tutela cautelar é uma das três formas de tutela do ordenamento*, em conjunto com a declarativa e a executiva”²²⁹¹. Por ela também se realiza o escopo do processo: “a parte que tenha razão deve ser colocada “no final do processo (...) na mesma situação em que se encontraria se não houvesse tido que recorrer à intervenção jurisdicional”, o mesmo valendo para o demandado em vão”²²⁹².

Finalmente, COMOGLIO/FERRI/TARUFFO²²⁹³ dizem que se trata de uma “forma autónoma de acção”— a acção cautelar — “tendo dignidade igual em relação a outros modelos de acção admissíveis (declarativo ou executivo)”²²⁹⁴ enquanto TARZIA conclui — após constatar uma evolução funcional no sentido da antecipação de “tudo, ou quase tudo” o que seria passível de ser obtido em via principal, longe da intenção legislativa de

²²⁸⁷ *Idem*, 448.

²²⁸⁸ *Idem*, 448.

²²⁸⁹ *Idem*, 448.

²²⁹⁰ *DPC IV cit.*, 153. Também SCHILKEN, *ZPR cit.*, Rdn. 7, defende que o processo civil realiza três tarefas: declaração de direitos, realização de direitos por via executiva e a tutela de urgência por meio de medidas de segurança ou de regulação. Contudo, o ponto não está em tripartir o processo, mas em ver nas cautelas uma tutela de posições materiais, o que é diverso.

²²⁹¹ *DPC IV cit.*, 153. Ideia que repete em *IDPC cit.*, 8 e 9. Também entre nós LEBRE DE FREITAS, *Repetição cit.*, 473, afirma que a “tutela cautelar constitui um *tertium genus* em face da tutela declarativa e da tutela executiva”, mas, de seguida, conclui que não se trata de uma acção, pois tem um “carácter instrumental”.

²²⁹² *DPC IV cit.*, 155.

²²⁹³ *LDPC cit.*, 366.

²²⁹⁴ *LDPC cit.*, 366.

1942 — que os *provvedimenti d'urgenza* são um “*tertium genus*, com autonomia funcional quase completa da jurisdição de mérito” ²²⁹⁵.

V. Mas há dúvidas que permanecem quanto à natureza desta acção e que acabam de se rever na doutrina citada: a providência cautelar será uma acção *declarativa* como pretende aquela mesma doutrina alemã citada ²²⁹⁶ — estruturada em dois momentos: fase declarativa da pretensão à segurança, seguida de uma fase de execução da decisão de decretamento?

Ou, dadas as suas especialidades, justifica-se que a acção cautelar seja vista como uma “pura variante” do processo declarativo, como “tipo de processo especial” no dizer de TEPLITZKY ²²⁹⁷? Em suma: será uma acção que *não é declarativa*, mas também *não é cautelar*, i.e., um *tertium genus* como expressamente defendem aqueles AUTORES italianos? Ou, mesmo ainda, terá, antes, a natureza de *providência de jurisdição voluntária* como pretende A. BLOMEYER ²²⁹⁸ ?

A questão apenas é relevante se for pertinente para o nosso objecto de investigação. Não o é directamente, mas seguramente que a resposta àquelas perguntas poderá ser dada com a conclusão do apuramento final do mérito da tutela cautelar. O conteúdo dessa resposta reforçará dogmáticamente a lógica desse mesmo mérito cautelar.

E isso terá lugar no Capítulo III.

3. Terceira conclusão: a acção cautelar não é materialmente excepcional, nem dependente, nem necessariamente sumária

I. Por outro lado, a existência de uma obrigação genérica de não ingerência na esfera alheia implica, como *princípio*, uma não excepcionalidade dos respectivos instrumentos de tutela. Trata-se de uma dimensão *normal* das situações activas juridicamente relevantes, relativa ao perigo decorrente do normal tráfego jurídico e não um perigo por mora processual — i.e., um perigo excepcional.

Neste sentido, pode dizer-se que no **plano abstracto** também **não há excepcionalidade** na tutela do perigo de dano, ao contrário do que correntemente se escreve e vigora. Tal é, sem dúvida alguma, a intenção legislativa — que a tutela cautelar sirva de paliativo excepcional à lentidão da tutela plena — mas não é, de todo,

²²⁹⁵ *Remedi* cit., 36.

²²⁹⁶ Assim, por todos, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 64: o “processo cautelar é (...) integralmente um processo declarativo”.

²²⁹⁷ *Arrest* cit., 122; identicamente, PAULUS, *ZPR* cit., 315.

²²⁹⁸ *ZPR* cit., 697 ss, esp. 699; implicitamente, E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 202.

um carácter *genético* das acções cautelares. O princípio da plenitude da tutela jurisdicional implica **uma plenitude de tutela jurisdicional preventiva de dano**, sob pena de haver ameaças que ficam sem protecção, além da extrajudicial. Ou seja: ***tampouco a tutela cautelar tem de ficar reduzida a um perigo imediato***²²⁹⁹.

Reconduzir a cautela à urgência é ignorar que ***a urgência só por si não justifica uma tutela diferente*** — a cautelar —, pois a tutela antecipatória será sempre possível dada a universalidade dos mecanismos de sumariiedade de cognição. Neste sentido, também já notámos que essa antecipação até pode ter lugar mesmo para situações de alegação concreta de perigo como o demonstrava o anterior art. 692º, nº 2, al. d) e continua a demonstrar o actual art. 472º, nº 2 e todas as previsões legais de tutela antecipatória por perigo concreto de dano.

Urgência é sinónimo de periculum in mora; periculum in mora é sinónimo de tutela antecipatória.

A este propósito, a defesa de BRIEGLEB e de WACH de que o *Arrest* seria uma execução antecipada de uma pretensão de prestação de caução, *i.e.*, um meio de

²²⁹⁹ Porventura, mesmo com o quadro positivo actual do art. 381º, pode-se pedir e obter uma providência cautelar contra uma ameaça de dano que se venha a concretizar num *prazo longo* e que, quisesse o legislador, poderia concluir-se em julgado quanto ao direito. Exemplos: o réu proprietário de prédio serviente não deixa passar o autor proprietário de prédio dominante e dentro de 1 ano haverá uma máquina que terá de lá passar, sob pena de depois já não estar disponível; desde que o dano seja grave e irreparável, a medida será decretada, sem prejuízo do limite da proporcionalidade. Neste caso, nem com essa distância temporal de permeio a medida adequada é uma condenação em *inibição*, pois não vai ser efectivamente preventiva no plano normativo concreto dada a sua bilateralidade necessária, a lacuna entre declaração e execução e a sua sujeição aos limites do caso julgado absoluto. Deste modo, não se poderá recusar uma tal medida com a alegação de que será possível obter em tempo uma sentença em acção confissória ou em acção inibitória, tal como nunca se recusa uma medida cautelar anterior à colocação da acção principal e tal como não será improcedente essa mesma acção. Ou seja: embora o dano não seja iminente a possibilidade de se propor uma acção plena, *v.g.*, confissória ou inibitória, não torna aquele dano *evitável*. O que se exige, naturalmente, é a solidez do nexo de causalidade acto actual/ingerência a qual será tanto menor quanto maior for a distância temporal a que se está desta, pois os elementos sobre o comportamento do sujeito terão de ter intensidade suficiente para se manterem ao longo desse tempo. Exemplos: se o réu obteve uma licença para iniciar, no prazo de seis meses, obras em prédio que o autor entende ser seu, o perigo de dano perdura por esse tempo; diversamente, a ameaça feita pelo réu telefonicamente de não deixar entrar o autor estacionar automóvel em lugar de garagem, só por si não pode suportar pretensões para igual e eventual evento a seis meses.

urgência para a tutela de uma *pretensão material à caução*, por nós já refutada ²³⁰⁰, apresentava, contudo, um mérito: mostrava que se o fundamento material de uma cautela não sofresse as agruras da mora processual, teria uma acção própria.

No limite, e no estrito rigor, as *providências* cautelares acabam, paradoxalmente, por ser meios de tutela antecipatória mas de *acções* cautelares plenas, *i.e.*, não urgentes.

II. Muito justamente, a existência passada e actual de **meios cautelares** — *i.e.*, no sentido lato de preventivos de perigo concreto a um direito — **autónomos** está aí para o demonstrar.

Alguns desses meios são *estruturalmente simples*, podendo até começar por ter uma manifestação extrajudicial.

Relembrem-se os exemplos que colhemos em matéria de comunicação social: a *Gegendarstellung* que pode ser pedida tanto directamente em face do visado, como judicialmente, dispensando, para alguns, uma acção principal ²³⁰¹; a possibilidade de perante transmissão que lese direitos de personalidade e patrimoniais o titular requerer à entidade concessionária a emissão de um comunicado de rectificação ou resposta (art. 10º *legge n. 223*, de 6 de Agosto de 1990, n. 223), a ser feita no prazo de 48 horas ²³⁰², a qual não sendo feita pode ser ordenada judicialmente em “*via de urgência*” (art. 21º, 10ª al. *legge n. 47*, de 8 de Fevereiro de 1948, acrescentado pelo art. 43º *legge n. 416*, de 5 de Agosto de 1981 ²³⁰³).

Outros desses meios apresentam uma *estrutura mais próxima de uma acção clássica*. Tal era o caso da nossa antiga acção autónoma de prevenção contra o dano (art. 487º CPC/1876) e que se utilizava quando houvesse “razões para *temer que um qualquer edifício, árvore ou outra coisa*”, *i.e.*, um comportamento passivo de outrem ²³⁰⁴, “coloque perigo de dano grave e iminente à coisa que constitui o objecto do seu direito ou da sua posse” pedindo, para tal, a intervenção de tribunal para “obter, segundo as circunstâncias, que providencie para obviar ao perigo”. E isso continua a ser o caso da também já referida acção de *cautio damni infecti* dos art. 1280º e 1281º CC/Br, uma

²³⁰⁰ No § 9º 3.1.2.C.

²³⁰¹ Cf. a nota 695.

²³⁰² Ou, ainda, o direito de rectificação ou de resposta que se dá a quem viu publicada na imprensa notícia que repete como atentatória da sua dignidade ou como falsa, a ser feita em dois dias para os diários ou até ao segundo número para os periódicos (art. 8º *legge n. 47*, de 8 de Fevereiro de 1948, modificado pelo art. 42º *legge n. 416*, de 5 de Agosto de 1981).

²³⁰³ Providência que DITTRICH, *Dalla tutela* cit., 682, qualifica como sumária definitiva, mas que AIELLO/GIACOBBE, *Guida* cit., 104 ss, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 369 e 370 e P. PISANI, *LDPC* cit., 606, entendem ser cautelar.

²³⁰⁴ MONTELEONE, *MDPC* II cit., 410.

acção final, cautelar ou preventiva, que “não perde eficácia no prazo de 30 (trinta) dias previstos pelo art. 806º” ²³⁰⁵.

III. Mais: nestes últimos casos, nada impede dogmaticamente — nem a própria urgência, como se viu com a tutela antecipatória com valor de julgado — que a *summaria cognitio* em que apenas se está no plano da aparência de direito, dê lugar a uma *cognitio* plena com **declaração de existência do direito acautelando, com valor de caso julgado — mas já não do perigo a esse direito, como melhor fundamentaremos adiante** — como v.g., do crédito no arresto, da propriedade no arrolamento. Tudo fica assim em aberto para o legislador ser mais ou menos exigente quanto ao grau de certeza exigível às partes.

Nesse sentido seguem, MINNEROP ²³⁰⁶, PIEHLER ²³⁰⁷, SCHILKEN ²³⁰⁸, WALKER ²³⁰⁹, HEINZE ²³¹⁰ e entre outros ²³¹¹, que entendem que deve haver lugar a um juízo de procedência sobre a existência do direito (*vollständige Schlussigkeitsprüfung*) não menor do que o que tem lugar na acção principal pois “também a tutela jurisdicional provisória é uma tutela de *direitos* e não uma pura tutela de *interesses*”, no dizer de WALKER ²³¹², não havendo critério legal para proceder a uma graduação ou *Abwägung* da intensidade da convicção — i.e., da aparência do direito — quando as duas partes estão em posição de igualdade enquanto não fizerem a demonstração do seu direito ²³¹³.

O ponto não é pacífico, bastando recordar-se as posições no sentido de que apenas um juízo de verosimilhança é o único compatível com a urgência do processo, produzindo-se uma decisão urgente aberta (*offene Eilentscheidung*) fundada na mera ponderação de interesses em presença (*Interessenabwägung*) ²³¹⁴.

Mas tendo em conta de que, muito justamente estamos não numa composição dos limites de interesses de facto, mas numa composição dos limites entre direito acautelando/obrigação genérica de não ingerência, a razão parece estar do nosso lado.

²³⁰⁵ OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 127.

²³⁰⁶ *Materielles Recht* cit., 64–66.

²³⁰⁷ *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 30 e 31.

²³⁰⁸ *Die Befriedigungsverfügung* cit., 116 ss.

²³⁰⁹ *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 309 ss., esp. 318, e § 922 cit., Rdn. 5.

²³¹⁰ § 920 cit., Rdn. 10, § 935 cit., Rdn. 13. e § 940 cit., Rdn. 8.

²³¹¹ Assim: BRUNS/PETERS, *ZVR* cit., 341; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; MUSIELAK, *GkZPO* cit., Rdn. 748.

²³¹² § 922 cit., Rdn. 5.

²³¹³ § 922 cit., Rdn. 5 = BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1510, 1631. No mesmo sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 65.

²³¹⁴ F. BAUR, *Arrest* cit., 607 e 608; LEIPOLD, *Grundlagen* cit., 64 ss.; GIEßLER, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 85 e 87; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 922, Rdn 6. Cf. a crítica de SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung* cit., 116 ss.

IV. Em suma: não é correcto reduzirmos a tutela preventiva de dano apenas à urgência e apenas à dependência de uma outra acção.

Deste modo, estamos perante uma tutela preventiva que não pressupõe um dano iminente, mas apenas, aproveitando uma noção de SOLUS/PERROT, perante um **“dano que ainda não se realizou, mas que se produzirá seguramente se a situação presente se perpetuar”**²³¹⁵. A tutela preventiva é, assim, como já se disse, aquela que seja idónea a provocar a interrupção do nexo de causalidade *acto actual / acto ingerente* pondo termo ao estado intermédio entre risco de violação e violação consumada.

Se a prevenção desse dano acarreta também um uso da plataforma sumária de urgência e, mais, ainda uma ulterior acção principal depende do legislador, mas não é imposto pelo objecto processual.

4. Quarta conclusão: restrição legal a meras providências cautelares

4.1. Negação legislativa de uma plenitude jurisdicional preventiva do dano.

I. Defendemos que a tutela preventiva de perigo não tem de ser excepcional, nem urgente e instrumental. Sobretudo, **uma redução da cautela à urgência redundaria na exclusão de tutela para situações de perigo que não sejam imediatas.**

No entanto e claramente, o legislador encara a tutela de prevenção de perigo como uma **solução excepcional, de urgência**, fundada na **aparência**, e **não autónoma**.

Efectivamente, se voltarmos aos dados que recolhemos para análise, vê-se que é certo que encontrámos providências cautelares cujo fundamento era um **dano simples** e que eram as providências *típicas*

Exemplo: *as medidas do tipo do arresto que se bastam com o receio de perda da garantia patrimonial* — cf. o arresto geral (art. 406º), o *sequestro conservativo* de bens (art. 2905º, 1ª al. CC/It e art. 671º CPC/It), o art. 2813º CC/It, as *saisies-conservatoires* de móveis, créditos, participações sociais e valores mobiliários (arts. 67º a 73º da *loi n° 91 650* de 9 de Julho de 1991 e 210º a 219º do *décret n° 92 755* de 31 de Julho de 1992), a *Mareva Injunction*, o arresto dos bens do devedor (arts. 813º a 821º CPC/Br); *as prestações de garantias especiais em que basta a demonstração do perigo de dano* — cf. art. 156º, 4ª al. CC/It, art. 96º CPC/It e arts. 826º ss CPC/Br; *as apreensões de bens por razões não creditícias* — cf. o *arrolamento* (arts. 421º, nº 1 e 422º, nº 1), o *sequestro giudiziario* (art. 670º, 1ª al. CPC/It), o *sequestro* do art. 822º CPC/Br” e o

²³¹⁵ *DJP* III cit., nº 1289

arrolamento (art. 856º CPC/Br); os embargos a obra ameaçada de prejuízo — cf. art. 412º CPC, a *denunce di nuova opera* (art. 1171º CC/It), a acção de *nunção de obra nova* do art. 934º CPC/Br; as medidas judiciais inominadas de gestão de bens — cf. art. 31º, nº 1 CIRE,

Contudo, já no âmbito subsidiário da *cautela inominada* o fundamento encontrado é um **dano qualificado**, porquanto: **grave, sério ou apreciável** (v.g., a prestação de alimentos no caso especial do art. 403º, nº 4 fundada em “dano *susceptível de pôr seriamente em causa* o sustento ou habitação do lesado”, a *suspensão de deliberações sociais* (art. 396º, nº1, art. 23, 3ª al. CC/It, art. 2378º, 4ª al. CC/It), a *Regelungsverfügung* do § 940º ZPO) ou **irreparável** (v.g., o *référé*, o art. 273º/II CPC/Br, o art. 283º, nº 1) ou **grave e dificilmente reparável** (v.g., as providências cautelares inominadas do art. 381º e do 798º CPC/Br) ou **grave/irreparável e iminente** (v.g., os *provvedimenti d’urgenza* do art. 700º CPC/It e a *denunce di danno temuto* do art. 1172º CC/It) ou apenas **iminente** (v.g., o *référé* no caso do art. 809º/II NCPC/Fr).

Portanto, **o princípio vigente tende a ser exactamente o oposto àquele que enunciámos: por regra**, salvos os casos expressos patentes nas cautelas típicas, **não pode um sujeito pedir uma tutela contra a ameaça de dano**; apenas verificado um certo facto ou complexo de factos *qualificadores* dessa ameaça é que se pode recorrer à tutela. Entende-se, assim, que não pode ser qualquer perigo de dano que deve merecer tutela, mas sim um **perigo de dano qualificado** ²³¹⁶.

As medidas cautelares ficam reservadas para estes casos de maior necessidade de prevenção. A existência de regimes de convalidação do uso da via cautelar, num uso da via antecipatória, como os dos arts. 121º, nº 1 LPTA e 16º RPE, mostra muito claramente esta preferência do legislador.

II. Na teoria geral do processo, ao operarem uma restrição no acesso à jurisdição, aquelas qualificações factuais adicionais desempenham no procedimento cautelar a função de **interesse processual específico** ²³¹⁷ cuja existência tem de ser autonomamente demonstrada — são “condições nas quais uma parte pode recorrer aos tribunais, quando o direito por ela alegado não lhe atribui por si só a faculdade de requerer a tutela judicial” ²³¹⁸.

²³¹⁶ Usando essa expressão, DITTRICH, *Il provvedimento cit.*, 220.

²³¹⁷ Neste sentido, ABRANTES GERALDES, *Temas III cit.*, 84.

²³¹⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes cit.*, 106. Contrariamos, assim, a doutrina alemã que considera uma autonomização do interesse processual pouco relevante na prática e na dogmática cautelares — assim, WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz cit.*, Rdn. 208; GRUNSKY, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 20. Isso assim seria se a falta do *periculum* fosse uma falta de pressuposto processual e não de um facto constitutivo, o que não é a nossa opinião.

III. Esta excepcionalidade no acesso à tutela cautelar é acompanhada, em certos ordenamentos, como o nosso, de um *regime de caducidade* por falta de abertura da via não cautelar. Deste modo, as providências cautelares, apesar de serem funcionalmente uma acção, surgem no plano do direito vigente como uma *acção preventiva sem autonomia* por oposição à *acção preventiva autónoma* que é a inibitória. São, na expressão legal, *providências*, *provvedimenti* ou *Verfügungen*.

IV. Acresce ainda que **o legislador continua a atribuir ao tratamento processual do perigo de dano a plataforma de procedimento sumário** cujos caracteres já apurámos como a *summaria cognitio*, a suficiência de um *mero fumus* do direito e a provisoriedade da providência de tutela ²³¹⁹.

Essa constatação, conjugada com uma eventual restrição ao dano **iminente**, *i.e.*, *ao dano que tem lugar num curto espaço de tempo a partir da sua invocação*, como é feita no art. 700º CPC/It, é também um sinal de urgência, *i.e.*, *da necessidade de produzir soluções o mais depressa que seja compatível com as exigências do modelo supranacional de garantias processuais*.

V. Em suma: o legislador reserva para a tutela cautelar, em geral, aquele papel de último recurso que notámos a propósito da cautela indiferenciada, em especial: apenas opera quando a tutela plena/antecipatória não possa — aparentemente, acrescentamos — ser obtida em tempo de não produzir ela mesma dano. Ou seja: como se toda a tutela cautelar fosse, e passe a imagem, uma **legítima defesa jurisdicional**, “ocupando uma posição entre a autotutela e o processo normal” ²³²⁰, na falta de resposta rápida da tutela plena/antecipatória.

Nisso são muito claros SCHOCH ²³²¹ e SCHULZE-FIELITZ ²³²², este na doutrina constitucional: a tutela cautelar apenas releva se a acção principal não for idónea a corrigir ou afastar os efeitos de uma violação. Neste sentido, a dimensão preventiva em vez de ser uma alternativa à responsabilidade civil, como defendemos atrás, é uma alternativa às situações em que a responsabilidade civil *não pode operar uma restituição* in natura ou para os casos de maior inconveniência de funcionamento destes instituto.

²³¹⁹ Acrescida, entre nós, do tratamento urgente assegurado pelo art. 382º, nº 1.

²³²⁰ DAMM, *Vor § 916* cit., 2.

²³²¹ *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, 990 ss.

²³²² *Art. 19 IV* cit., Rdn. 113.

4.2. **Racionalidade constitucional**

I. Esta opção legislativa restringe o âmbito efectivo da tutela cautelar perante o seu âmbito potencial que é como se viu tendencialmente irrestrito, e carece de ser explicada pois contraria as nossas conclusões sobre o perigo de *damnum emersum sit*.

Algumas das razões de tal restrição funcional repousam, em nossa opinião, num *equívoco* e num *pré-juízo* sobre a funcionalidade das providências cautelares.

O *equívoco* já foi por nós sobejamente demonstrado: o legislador pressupõe ou pretende que a funcionalidade cautelar seja a de salvaguardar o efeito útil do processo, sem apresentar uma autónoma utilidade material. Sucede, porém, que uma providência cautelar conhece fortes limites na sua capacidade de salvaguardar o efeito útil da acção principal, o que permite afirmar que a tutela cautelar é “inadequada para resolver no essencial o problema temporal” do processo ²³²³; a saber:

- No *plano objectivo* resolve o problema do perigo, mas não antecipa da resolução do problema que é objecto da acção plena e, por isso, não vai “impedir que ao autor permaneça até à decisão na questão principal numa situação de pendência jurídica insegura, permanente, impeditiva de decisões de planeamento e de investimento” já que o deferimento de uma medida cautelar “nem sempre antecipa uma vitória na questão principal”;
- No *plano subjectivo* não consegue “reduzir a importância do factor temporal na questão principal em causas com a participação de terceiros [co-interessados]”, pois a tutela cautelar “para uma parte (...) ²³²⁴ gera para os co-interessados onerados um considerável efeito negativo”.

Isto, que leva a alguns a ver a cautela como uma tutela que proporciona uma satisfação incompleta do direito ²³²⁵ é , apenas, indiciador de uma funcionalidade diversa respeitante a um objecto diverso: um *aliud* e não um *minus* como bem escreve

²³²³ SCHLETTE, *Der Anspruch* cit., 42. Lembre-se que a nossa investigação começou por estes mesmo traços, incoerentes, diríamos, em face da suposta função e do suposto objecto de uma providência cautelar.

²³²⁴ *Der Anspruch* cit., 43.

²³²⁵ LEIPOLD, *Strukturfragen* cit., 260, designou-a por “*Rechtsschutz ohne vollwertigen Prozeß*”; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 513, fala de um valor litigioso (“*Streitwert*”) menor que o da acção principal.

JAUERNIG ²³²⁶, pois “nenhuma sentença na acção principal concede ao credor este poder” de condicionar o devedor ²³²⁷.

O *pré-juízo* é uma não aceitação, tradicional, da existência de uma função processual preventiva autónoma dos direitos subjectivos e dos interesses legalmente protegidos, função essa cuja presença é anterior a qualquer momento de ressarcimento de dano e que nada tem a ver com os tempos processuais, *i.e.*, com o *periculum in mora*. Está-se, deste modo, porventura preso à visão liberal ou neutra do processo, anterior ao actual modelo supranacional de garantias processuais e que se traduz numa *leitura passiva* do princípio da autonomia privada dos sujeitos da ordem jurídica privada. Tutela preventiva apenas e somente para as situações de clara insuficiência da tutela repressiva — leia-se, acção principal.

II. *Mas poderão, apesar de tudo, ser vistas como constitucionais estas restrições e opções legislativas?* Será possível fundamentar as restrições fora do quadro dominante da salvaguarda da eficácia de uma acção futura, e *apontando apenas para a estrutura da tutela de um direito?*

Pensamo que sim: há motivos razoáveis e proporcionais para nem sempre se conceder tutela à obrigação genérica de abstenção de ingerência e, predominantemente, tal tutela não ser autónoma. Esses motivos dizem respeito à *sistémica de valores constitucionais vigentes*.

Como escreve SCHWONBERG ²³²⁸, a garantia de Estado de Direito “não oferece nenhuma garantia absoluta de tutela cautelar ou de tutela preventiva sem consideração por outros princípios processuais”, fazendo sentido que se reduza aos casos em que haja um especial interesse processual, maxime quando os danos “forem irreparáveis e não razoáveis” ²³²⁹. Portanto, é ainda conforme ao direito à tutela jurisdicional restringir o acesso à tutela preventiva, por meio de aposição de requisitos do tipo do interesse processual.

Mas para entendermos esses motivos, devemos fazer uma pergunta: *o que sucederia se vigorasse efectivamente uma plenitude de tutela jurisdicional preventiva de dano?* A resposta é dupla.

III. De um ponto de vista *qualitativo*, uma plenitude de tutela jurisdicional preventiva de dano **traduzir-se-ia numa constante e plena possibilidade de regulação judicial das relações inter-subjectivas**, com o fundamento lícito de evitar comportamentos

²³²⁶ *Der zulässige Inhalt* cit., 326.

²³²⁷ *Der zulässige Inhalt* cit., 326: um poder de colocar o devedor “hinter Schloß und Rigel” (expressão metafórica...). Também F. BAUR, *Studien* cit., 72–73 reconhece que esta diferente legitimação da decisão cautelar implica uma natureza de *aliud* em face da decisão principal, mas insiste em que aquela decisão é sempre um *minus* perante esta.

ajurídicos. Ora, sem voltarmos ao quadro do pensamento do Estado liberal, parece ser inegável que uma tal consequência colocaria em risco outros valores constitucionais, em particular o da liberdade, tal como na justiça administrativa alguns AUTORES como STARCK entendem que “um controle jurisdicional concorrente dificultaria desrazoavelmente a actividades das demais funções do Estado” pelo que uma tutela preventiva apenas pode ser admitida para violações graves e irreparáveis ²³³⁰.

Ora, é da elementar dogmática que havendo *conflitos entre direitos estes devem ser resolvidos a favor do direito que é legal e constitucionalmente mais valioso*. O legislador deve antever esse conflito e, em conformidade com a Constituição, construir um sistema de tutela processual em que o direito à tutela preventiva contra o dano ceda perante a garantia da liberdade individual (art. 27º, nº 1, primeira parte CRP) e demais liberdades e garantias consagradas nos arts. 24º ss CRP).

É este, porventura, o problema central das acções cautelares ²³³¹: enquanto a simples apreciação ou a condenação actuam sobre uma **prévia** regulação das posições das partes — legal ou privada — e sem que seja imposta unilateralmente por uma parte à outra — lembre-se a bilateralidade da tutela inibitória — as acções cautelares actuam pela regulação **decretada** pelo tribunal e sem, obviamente, acordo da parte passiva. Ora, manda o princípio cardinal do direito civil — a autonomia privada — que os sujeitos podem por si mesmos constituir, modificar e extinguir situações jurídicas desde que — e apenas se — haja consenso de vontades.

Daqui resulta um paradoxo interno na lógica cautelar: *ela tem a sua justificação na necessidade de evitar uma ingerência ilícita na esfera de um sujeito do autor, mas implica, ela mesma, uma ingerência lícita na esfera do réu*. Este seu *modus operandi*, em razão da ponderação dos valores justiça e liberdade, é o seu próprio ponto fraco.

IV. De um ponto de vista *quantitativo*, a inexistência de restrições à colocação de acções cautelares **conduziria a uma multiplicação de procedimentos cautelares**, inaceitável em face da limitação dos recursos do Estado, de modo que à *já massificação da litigiosidade em sede repressiva viria a corresponder uma massificação da litigiosidade em sede preventiva*.

Na base desta multiplicação está a **estrutura temporalmente bi-dimensional do ilícito já ocorrido com efeitos danosos ainda não consumados**: este comporta uma

²³²⁸ *Ob. cit.*, 55.

²³²⁹ *Ob. cit.*, 55. No entanto, estas afirmações são feitas no pressuposto de que esses danos resultam da duração processual.

²³³⁰ *Art. 19 cit.*, Rdn. 469.

²³³¹ Que funcionalmente corresponde à natureza constitutiva dos efeitos da decisão cautelar — cf. § 12º 1.2.2.

²³³² *GVR cit.*, 375.

dimensão passada, i.e., a sua verificação e os efeitos danosos já gerados, e uma dimensão futura, i.e., os efeitos danosos que se venham a gerar. Esta bidimensionalidade em que um facto ilícito passado pode continuar presente no dia-a-dia da esfera jurídica do sujeito titular, está implícito no art. 798º CC, conjugado com o art. 817º CC. Assim, em relação ao ilícito já passado, estatui-se que não “sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor”, mas, ao mesmo tempo, “torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor” quer o já consumado, quer o que ainda não se consumou.

Ora se quando *não houve ainda ilícito* apenas pode operar a função preventiva, e se quando o *ilícito já se consumou* apenas pode operar a função de remédio, já quando o ilícito *ocorreu sem exaurir todas as suas consequências danosas*, podem operar quer a função de remédio para os eventos e resultados passados, quer a função preventiva para os eventos e resultados futuros.

Exemplo: a falta de restituição, na data convencionada, de uma televisão comodatada pode fundar uma pretensão de condenação na restituição, mas enquanto esta não se verificar voluntariamente ou por via executiva há danos que podem vir sempre a ocorrer como sejam a frustração de uma promessa de venda ou o próprio comodatário danificar a coisa.

E portanto *tal como qualquer litígio por ilícito, por pouco importante que seja pode fundar um pedido condenatório de remédio, também poderia fundar um pedido de medida adequada a evitar esses eventos e resultados futuros por pouco importantes que fossem* ²³³³.

Exemplos: a falta de pagamento de uma obrigação pecuniária de € 1000 funda um pedido de condenação nesse valor e no dos juros para a mora já passada; contudo, a mesma falta de pagamento no vencimento é claramente idónea a recluir a continuação da mora e, em tese, a pedir tutela contra a consumação desse perigo ²³³⁴.

²³³³ Já extra-processualmente a bidimensionalidade própria de um ilícito já ocorrido mas não consumado não tem expressão autónoma porque, em regra, está vedado ao sujeito produzir uma tutela repressiva. O sujeito pode actuar em pura dimensão futura do ilícito, podendo haver legítima defesa para remover o perigo de estrago ainda não iniciado em automóvel ou o perigo da continuação. Igualmente tanto pode haver embargo extrajudicial de obra que ainda não causou dano, como de obra que já começou a causar dano.

²³³⁴ Daí o ac. STJ 9/3/1993 ter recusado providência cautelar para acorrer ao perigo de continuação de danos moratórios.

V. Perante este quadro, abrem-se ao legislador na opinião de SCHWONBERG: duas opções de tutela, cumulativa ou alternadamente: de um lado “garantir ao lesado uma reparação do dano ou por equivalente”, do outro lado “há a possibilidade de tutela preventiva (...) que possa evitar a própria ocorrência de um evento lesivo” ²³³⁵.

Na **opção primária a dimensão passada de um litígio prefere sobre a dimensão futura do litígio**. Consiste em **restringir a tutela disponível à função de remédio**, esperando que o sucesso desta ponha também termo à fonte do dano, *in casu*, através do pagamento voluntário ou forçado.

Na **opção secundária** o legislador pode fazer *prevalecer a dimensão futura de um litígio sobre a dimensão pretérita do litígio*, sempre que entenda que os benefícios de uma tutela da dimensão passada do litígio são inferiores aos benefícios da tutela da dimensão futura do litígio. Nesta opção, quando acompanhada de instrumentalidade eventual, o legislador **desencentiva o uso da função de remédio pois sabe que prevenção do dano futuro pode, se tal for a única medida adequada, passar por dar o mesmo resultado de facto que daria a função de remédio** mais lenta, frequentemente.

Aí o legislador procura beneficiar o sistema judicial e os sujeitos com uma *falsa antecipação cautelar*, que é possível graças à bi-dimensionalidade do litígio que se traduz materialmente num concurso de resultados entre as duas ²³³⁶. É esta falsa antecipação que erroneamente se interpreta como sendo de salvaguarda do efeito de um meio de tutela principal, ao confundir o *periculum in mora* processual que ameaça meio de tutela repressiva com o próprio perigo de dano ao direito. Ora, na melhor das hipóteses, **esta confusão não é senão um reaproveitamento, quanto à funcionalidade, das providências cautelares, mas que é insuficiente para estas mudarem de natureza**.

Exemplo: o pagamento provisório de um salário, uma inibição provisória ou a entrega de uma coisa ao mesmo tempo que evitam um dano, dão a mesma prestação que será devida a título repressivo. A autorização provisória de uso de uma coisa dá a mesma vantagem prática de uma decisão final. Ao satisfazer-se a pretensão processual preventiva contra o perigo concreto, satisfaz-se a pretensão processual repressiva, constitutiva ou preventiva contra o perigo de ilícito.

E aqui o juízo legislativo tanto pode ser o de aceitar a *prevenção de todo e qualquer dano*, como se viu suceder imediatamente atrás com os referidos casos de suficiência danos simples e de ausência de um requisito processual específico de interesse processual, como pode ser permitir apenas a *prevenção de um dano qualificado*, colocando o travão da exigência de um interesse processual específico, nos termos

²³³⁵ *Die einstweilige Verfügung* cit., 50 e 51.

²³³⁶ Cf. adiante o § 12º 2.3.3. B.

atrás referidos, de danos irreparáveis — *stricto sensu*, i.e danos irreparáveis *in natura* ou *improprio sensu*, i.e., incluindo danos dificilmente reparáveis —, e/ou graves e/ou imediatos/iminentes ²³³⁷.

Na primeira opção tem lugar a admissão da tutela cautelar para todo e qualquer caso, seja qual for a importância do dano, porque há uma pré-avaliação que reputa de mais importante não o dano mas o direito em si mesmo.

Na segunda opção tem lugar a admissão da tutela cautelar para os casos que reputa de mais importantes, atento o dano em si mesmo, pois deve haver sempre lugar a uma *garantia mínima* de tutela preventiva em geral, e cautelar em especial, já que ela deriva do art. 20º, nº 1 CRP e do modelo de garantias processuais: a cautela contra o **dano grave e irreparável** mesmo que haja falta de previsão expressa ²³³⁸.

Exemplo desta opção: não é de “deferir o pedido de providência cautelar não especificada se o respectivo requerente já **vem sofrendo danos** desde há pelo menos cinco anos, sem alegar nem provar um **substancial agravamento recente** desses danos” (RP 11/04/1996).

Já nos restantes casos *a dimensão passada de um litígio volta a preferir sobre a dimensão futura do litígio*.

VI. Mas há um **grupo** de casos do *ilícito ainda nem sequer ocorrido, mas apenas receado*. Este comporta apenas uma dimensão futura, sem qualquer tipo de concurso com o *periculum* de dano a uma função repressiva.

Nesses casos o sujeito fica sem tutela alguma, pois nem sequer vai auferir das vantagens — discutíveis, é certo, porquanto produzidas colateralmente — que advêm de uma tutela de remédio em concurso de resultados com a tutela preventiva. É certo que, pontualmente, o legislador prevê cautelas típicas de que o arresto é o melhor exemplo, mas isso não é uma regra. Contudo, mesmo que se defenda uma generalização da acção inibitória esta não resolverá o perigo de dano.

²³³⁷ É claramente uma opção de política legislativa como o mostram projectos sem sucesso como de Tarzia que em 1996 propôs que os *provvedimenti d'urgenza* do art. 700º perdessem o requisito de irreparabilidade do dano receado, mantendo-se a sua gravidade e iminência — cf. *Per la revisione del codice di procedura civile*, RDP 51/4 (1996), 964, 1016 e 1017 e E. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, Il progetto di riforma organica (dir. TARZIA), 1998, 77-79 — ou o art. 50º do *Disegno di legge recante: “Delega al Governo per la riforma del codice di procedura civile”* de 2003 que enunciava a intenção de alargamento do âmbito do 700º de modo a “consentir a acautelabilidade de todo o direito subjectivo sujeito a perigo de lesão grave”.

²³³⁸ Nesse sentido, SCHWONBERG, *ob. cit.*, 55 e, implicitamente, STARCK, *Art. 19 cit.*, 469.

Portanto, dificilmente não se deixará de concordar que aí se deverá admitir uma acção preventiva de dano inominada e autónoma tanto numa variante sumária para o perigo de dano *imediato* ²³³⁹, como numa variante plena para o perigo de dano *não imediato* ²³⁴⁰.

5. Síntese final: questões resolvidas e por resolver

I. No final do Capítulo I deixámos um rol de perguntas relativamente ao mérito e à função cautelares.

As conclusões a que chegámos permitem-nos dar neste momento respostas a algumas dessas perguntas.

Assim, questionávamos *que ligações e oposições haveria entre os objectos das providências conservatórias e as providências antecipatórias e entre estas e a tutela antecipatória* e, ainda, *se o periculum da tutela antecipatória é o mesmo da tutela cautelar*. Vimos que se tratam de objectos distintos e que os dois *pericula* são também distintos ²³⁴¹.

Ainda, perguntávamos *se a tutela cautelar teria de existir mesmo que, por hipótese, não houvesse a insuficiência temporal da tutela plena*. A resposta é afirmativa: a tutela cautelar diz respeito a um problema material *independente do problema que é objecto da decisão afinal*, juridicamente relevante e, por isso, expresso num objecto processual próprio e autónomo, não reconduzível ao objecto nem da acção principal, nem de uma sua antecipação ²³⁴².

Esse problema material é o *perigo de dano* ao direito, carente de protecção *ex vi* art. 20º, nº 1 CRP. Nenhuma acção senão a cautelar o pode afastar. Como MINNEROP defende, a necessidade de alteração do *status quo* material é uma *tarefa do direito material* e, por isso, a estatuição de poderes processuais para obter cautelas não é algo que dependa do gosto do legislador, mas é imposto pelos fins do processo e, por aí, com a sua relação com o direito material ²³⁴³.

²³³⁹ Neste caso sujeita, mediante opção das partes, a ulterior acção de confirmação do direito ainda não declarado.

²³⁴⁰ Pois se é *normal* que o perigo de dano, à semelhança do que sucede no perigo de ilícito implique pressa na produção da medida de tutela, isso não tem de suceder; basta que haja interesse processual em evitar o dano.

²³⁴¹ Cf. todo o § 10º.

²³⁴² Cf. § 10º 2.3.2.

²³⁴³ *Materielles Recht* cit., 52.

É isto, afinal, que justifica as afirmações de que *a tutela cautelar é a pedra de fecho do sistema processual* ²³⁴⁴ algo que, precisamente, *não pode ser dito para a tutela inibitória e, muito menos, para a tutela antecipatória*.

II. Por responder *permanecem ainda as questões* relativas ao mérito e, ao mesmo tempo, ao processo cautelar: a função da alegação e demonstração do *periculum* — *interesse em agir* ou um *elemento da causa de pedir* ? — , a indispensabilidade da *verosimilhança e da modificabilidade decisória*, o *conteúdo dos efeitos substantivos associados à vigência*, a *admissibilidade de condenações e efeitos constitutivos e modificativos provisórios*, *sem valor de caso julgado* e se o tribunal conhece de obrigações pré-existentes, como sucede numa acção condenatória, ou se o tribunal *constitui estas mesmas obrigações*. E as partes? O que é uma acção principal?

Deste modo, se ainda não resolvemos senão parcialmente a questão do mérito cautelar, estão colocados os caboucos para edificar a parte da nossa investigação que está em falta. De facto, as respostas já obtidas são necessárias para a produção das respostas em falta.

²³⁴⁴ Cf. o § 5º 2.3.2.B.,III.

CAPÍTULO III — MÉRITO CAUTELAR

§ 12º OBJECTO E PARTES

1. *Causa de pedir*

1.1. *Introdução*

I. Produzidas as conclusões anteriores sobre o sentido da natureza jurídica, da função e do fundamento da providência, estamos aptos a clarificar a estrutura e conteúdo do mérito cautelar. Esta clarificação é ainda em si mesma uma tarefa de enunciação de conclusões e consequências da nossa construção quanto ao fundamento material da tutela cautelar.

Para expressar a *estrutura* do mérito cautelar podemos fazer uso dos instrumentos e conceitos da teoria geral do processo, como *causa de pedir*, *pedido* e *partes*. Fora uma das dificuldades que apontámos na Introdução e que agora já está ultrapassada, visto já termos concluído que estamos perante uma verdadeira *acção*.

Vamos começar pela *causa de pedir*, lembrando que estavam por eliminar as dúvidas que se levantavam quanto à função desempenhada pelo perigo de dano: se seria um pressuposto processual ou um elemento da causa de pedir. O perigo parecia comportar-se como se fosse elemento da causa de pedir, mas não estávamos seguros que, dogmaticamente, assim fosse.

Por isso, a causa de pedir cautelar que então propusemos ²³⁴⁵, assente sobre os dados do direito positivo, consistia numa hipótese provisória no quadro da nossa investigação. Agora que já apurámos que há um fundamento material para a tutela cautelar vamos agora retornar a ela.

Adicionalmente o mérito cautelar é um mérito preventivo. A proibição de ingerência como fundamento material e o perigo como condição de facto são os traços comuns ao mérito preventivo. Por isso, a solução que dermos para a causa de pedir cautelar tem ser coerente com a causa de pedir de uma *acção* inibitória.

II. Pode dizer-se que neste momento dispomos de quatro dados para fixar o conteúdo da causa de pedir cautelar: os **factos** que devem ser alegados e

²³⁴⁵ Cf. § 6º 2.3.1.B., IV.

demonstrados, a **noção doutrinal** de causa de pedir, o **fundamento material** de uma providência cautelar, a estrutura da **causa de pedir inibitória**.

Começemos pelos **factos**. Escrevemos atrás, na sequência da análise do direito e da jurisprudência, que *no requerimento de uma providência urgente para perigo de dano têm de ser alegados, sujeita a ulterior demonstração, dois grupos de factos*

- **Factos relativos à titularidade de um direito ou situação subjectiva para a qual se requer a cautela**” — v.g., do crédito, da propriedade, de um direito de exclusivo comercial;
- **Factos integrantes do perigo** idóneos a causar um dano para esse mesmo direito, dano que é futuro, seja porque o facto lesivo ainda não se produziu, seja porque, ainda que se tenha produzido, “a sua potencialidade danosa” não está “já exaurida” e, p or isso, *voltará* a produzir dano ou *continuará* a produzir dano — v.g, uma venda de património, uma gestão ruinosa, o estado de saúde precário

O primeiro grupo de factos estrutura os sistemas cautelares na sua exigência de um *fumus boni iuris* ou de *Arrest—* ou *Verfügungsgrund*, enquanto o segundo grupo de factos é o referido *periculum in mora* ou *Arrest—* ou *Verfügungsgrund*.

Sugerimos então, hipoteticamente, que fossem estes os factos com função de causa de pedir já que, como se viu pela análise do direito positivo, todos os sistemas exigem — e a doutrina e jurisprudencia acompanham-nos — a sua alegação e demonstração cumuladas. Ou seja: não basta alegar um *bonus ius* sem se alegar perigo para o mesmo, tal como não basta alegar um *periculum in mora* sem se alegar um direito sobre o qual este se recaia.

Essa alegação e demonstração conjunta é, assim, condição **necessária**, mas não suficiente, para a *obtenção* da medida de tutela.

Mas será que no caminho para obtenção da tutela, *Anspruch* e *Grund* são uma condição necessária de **apreciação** do pedido, ou uma condição necessária de **procedência** do pedido? Um **pressuposto processual** ou uma **condição de acção** respectivamente?

Já conhecemos o essencial das posições sobre problema: de um lado a doutrina que admite que enquanto a falta de *Grund/periculum* é uma falta de interesse processual, que gerará absolvição da instância, por inadmissibilidade, já a falta de *Anspruch* gera absolvição do pedido por improcedência; do outro lado, a doutrina que vê no *periculum* e no *fumus* uma dupla condição de procedência.

É tempo de tomar posição.

III. Pensamos que o problema não pode ser resolvido no estrito campo processual. Os limites de uma tal abordagem estão presentes na visão de DUNKL.

DUNKL conclui que o *Grund/periculum* é “sem dúvida um pressuposto material da decisão” ²³⁴⁶ por três razões. A primeira razão é *legislativa*: se o perigo fosse um pressuposto processual complementar aos demais pressupostos processuais — incluindo o interesse processual geral — a lei expressamente o estabeleceria, o que não sucede ²³⁴⁷. A segunda razão é *funcional*: a exigência de perigo e a exigência de interesse processual não são iguais ²³⁴⁸: o propósito do interesse processual é “proteger o tribunal de um excesso de trabalho”, objectivo que é prosseguido pelo *onus da alegação* do *Grund*, em ordem a apurar a sua evidência ou manifesta improcedência ²³⁴⁹; diversamente, não essa a finalidade do *juízo probatório* sobre os factos que suportam aquelas alegações e, bem assim, não é essa a finalidade do apuramento da adequação e correcção da medida pedida ²³⁵⁰. Tal como no simples campo da admissibilidade não pode ser exigida a prova de que a pretensão alegada — *Arrest-* ou *Verfügungsanspruch* ou direito aparente (*fumus boni jus*) — existe, também no campo da admissibilidade não pode ser exigida a prova de que o perigo — *Arrest* ou *Verfügungsgrund* ou *periculum in mora* — alegado existe ²³⁵¹. Um e outro estão fora desse campo da admissibilidade e funcionam no campo da procedência. Finalmente, a terceira razão é de *objecto*: o *Arrest* e as *einstweiligen Verfügungen*, ao contrário de um processo normal, por regra prossegue apenas a segurança da regulação provisória e não a satisfação pelo que a questão da necessidade da segurança ou da regulação provisória não é tanto uma questão de se a intervenção tribunal deve poder ter lugar, mas de se a medida pedida *pode* ser decretada ²³⁵². Ora “isso não nenhuma questão de admissibilidade mas de procedência do pedido”, afirma DUNKL ²³⁵³.

IV. A argumentação de DUNKL é, sem dúvida, bem alicerçada, mas não considerando a intenção legislativa, ela pode ser resumida no seguinte: **é dogmaticamente incoerente que lei possa exigir alegação e prova de dois pressupostos — *periculum* e *fumus*, *Grund* e *Anspruch* —, mas só um deles integre a causa de pedir.**

Ora, é certo que o interesse processual cumpre uma função que é, primariamente, de interesse público: evitar o uso do processo com desconsideração dos fins públicos

²³⁴⁶ *Teil. A* cit., Rdn. 153.

²³⁴⁷ *Ob. loc. cits.*

²³⁴⁸ *Ob. loc. cits.*

²³⁴⁹ *Ob. loc. cits.*

²³⁵⁰ *Ob. loc. cits.*

²³⁵¹ *Ob. loc. cits.*

²³⁵² *Ob. loc. cits.*

²³⁵³ *Ob. loc. cits.*

do mesmo ²³⁵⁴. A sua falta nunca gera improcedência da acção, mas, consoante, os regimes legais uma estrita consequência em custas ²³⁵⁵ ou uma absolvição da instância, enquanto pressuposto processual ²³⁵⁶. Por conseguinte, *os factos atinentes ao interesse processual não integram o mérito da causa* e, desse modo, uma recusa de tutela, por falta de interesse processual, *não é uma recusa de justiça*.

Ora está por demonstrar porque é que a prova do *Grund/periculum* é também uma prova de procedência: afirmá-lo sem lhe atribuir um **específico valor material** não passa de uma *petitio* de princípio, como aponta DAMM ²³⁵⁷ a este tipo de raciocínio.

V. Este último ponto é absolutamente central, atenta o que é a **causa de pedir**: “factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte” e que “devem preencher uma determinada previsão legal” ²³⁵⁸. A causa de pedir é, assim, enquanto **discurso lógico-jurídico** uma afirmação ou *razão de direito material* assente sobre afirmações ou *razões de facto* (cf. art. 467º, nº 1, al. d)). Correlativamente, enquanto **discurso normativo** a causa de pedir é uma afirmação de uma *estatuição material*, i.e., de um *efeito jurídico material* — o direito alegado —, em razão da ocorrência concreta da *previsão material*, i.e., de *factos jurídicos materiais* ²³⁵⁹.

Um juízo de procedência do pedido é, por isso, um juízo que pressupõe necessariamente, dada a instrumentalidade do processo, um juízo de verificação de uma norma *material* no caso concreto. Diversamente, um juízo de admissibilidade é um juízo de verificação de uma norma — e, por isso, também um juízo de subsunção de factos a uma norma — *processual*, i.e., que determina ou configura o acesso aos tribunais e,

²³⁵⁴ Nesse sentido, SCHÖNKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, 1950, 11 ss. ; STEPHAN, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, 1967, 23-24; GRUNSKY, *GVR* cit., 392; ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* II, 1982, 253; TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 5 = *As partes* cit., 97; SAENGER, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 301; PAULUS, *ZPR* cit., 50; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17; JAUERNIG, *ZPR* cit., 113.

²³⁵⁵ CASTRO MENDES, *DPC* II, 1987, 234.

²³⁵⁶ SCHÖNKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, 13 ss. ; STEPHAN, *Das Rechtsschutzbedürfnis* cit., 12, 17; GRUNSKY, *GVR* cit., 392; ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* II cit., 255; TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse* cit., 13 = *As partes* cit., 99, 102 ss; PAULUS, *ZPR* cit., 49 ss; JAUERNIG, *ZPR* cit., 113.

²³⁵⁷ § 917 cit., Rdn. 3.

²³⁵⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 123.

²³⁵⁹ O art. 498º, nº 4 evidencia esse binómio *facto jurídico/efeito jurídico*: há identidade de causa de pedir quando a “pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto jurídico. Nas acções reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o *direito real*; nas acções constitutivas e de anulação é o *facto concreto* ou a *nulidade específica* que se invoca para obter o *efeito pretendido*”.

desse modo, restringe a *accionabilidade* desse direito e, portanto, o funcionamento potencial do art. 20º, nº 1 CRP ²³⁶⁰.

Por isso, não é de estranhar que o interesse processual sejam as “condições nas quais uma parte pode recorrer aos tribunais, quando o direito por ela alegado não lhe atribui por si só a faculdade de requerer a tutela judicial” ²³⁶¹. O **interesse processual** é, assim, enquanto discurso lógico-jurídico uma afirmação ou *razão de direito processual* assente sobre afirmações ou *razões de facto* e, correlativamente, enquanto discurso normativo, uma afirmação de uma *estatuição processual*, i.e., de um *efeito jurídico processual* — a existência de interesse — , em razão da ocorrência concreta da *previsão processual*, i.e., de *factos jurídicos processuais*.

VI. Deste modo, é no campo normativo que se conseguem separar admissibilidade e procedência, enquanto separação de estatuições: de um lado teremos “pressupostos da admissibilidade da acção e do processo, que são **determinados segundo o direito processual** “ e do outro pressupostos dos quais “depende a procedência da acção **em face do direito material aplicável**” ²³⁶².

E, por conseguinte, há que apurar se os factos relativos ao direito e se os factos relativos ao perigo são factos jurídicos materiais, porquanto integrantes de uma previsão normativa material ou se são factos jurídicos processuais, porquanto integrantes de uma previsão normativa processual.

Vamos, por isto, voltar ao direito material e apurar se os *factos relativos à titularidade do direito acautelando* e se os *factos integrativos do perigo* são alegados em subsunção a normas materiais.

1.2. Factos relativos à titularidade de direito subjetivo ou interesse legalmente protegido acautelandos (fumus boni iuris/Arrest- ou Verfügungsanspruch)

1.2.1. Fundamento material

A. Normas de titularidade; não ingerência e mérito inibitório: o perigo como facto constitutivo

I. Já dissemos que é um dado adquirido na doutrina, na jurisprudência e na nossa análise, que na providência cautelar, devem ser alegados e demonstrados, em termos

²³⁶⁰ Assim, sucede com as afirmações sobre competência, por exemplo.

²³⁶¹ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 106.

²³⁶² ROSENBERG, *LdZPR* cit., 439.

sumários, factos relativos a um direito subjectivo ou interesse juridicamente protegido. Essas razões de facto são colocadas na acção para serem subsumidas às *normas que determinam a titularidade do direito acautelando* — v.g., às normas que contêm as condições do direito a alimentos, ou a uma indemnização, ou ao crédito, ou à concorrência leal.

Ora, se é *sobre a alegação* desse direito e *para* esse direito que se pede a medida de tutela cautelar, é forçoso concluir que apenas uma despromoção da tutela cautelar para a categoria das meras acções, como é corrente na doutrina, é que pode retirar o valor de *elemento integrativo da causa de pedir* à invocação desses factos. Refutado por nós esse entendimento, qualificada a cautela como uma acção, não há senão que concluir por essa natureza.

Por isso é que as acções cautelares exigem sempre a invocação das *normas que prevêem aquele direito acautelando* e dos factos donde se retira a existência desse mesmo direito acautelando — o conhecido *fumus*.

II. Mas, esta conclusão é em si muito insuficiente. É evidente que a simples invocação da titularidade não é — salvo para uma acção de simples apreciação positiva — um fim em si mesmo, suficiente para deduzir um pedido de tutela. Ela deve actuar como uma condição de funcionamento de outras normas sobre o mesmo direito, relativas ao seu conteúdo. É esse conteúdo que acaba por completar a causa de pedir ao exprimir-se em pretensões materiais, *lato sensu*, i.e., em afirmações de vantagens materiais específicas e individualizadas em face do réu. Assim, invoca-se a titularidade do direito a alimentos para, inerentemente, afirmar a respectiva posição creditícia perante o réu ou afirma-se a titularidade de um crédito como causa legítima à realização de uma prestação de um serviço.

E, portanto, cabe perguntar: em sede cautelar invoca-se a titularidade de um direito para afirmar **que posição de vantagem em face do réu?**

Aqui há que voltar ao direito material e, em particular, àquela que vimos constituir o fundamento da tutela preventiva, incluindo da cautelar: à *proibição de não ingerência na esfera jurídica alheia* ou de *alterum non laedere*. Concluimos como esta é *funcionalmente passivo* por constituir uma desvantagem para a acção potencial de cada sujeito perante os demais e é *estruturalmente genérico* porquanto é uma situação jurídica passiva *não relacional*, i.e. sem que haja um correlativo direito específico na esfera jurídica do sujeito terceiro. Em conformidade, alega-se um direito para, sobre este, se afirmarem *razões absolutas*: *porque* se é titular de um direito afirma-se que há da parte do réu um comportamento *devido* — v.g., não usar um bem, não dispor de um direito — ou a *sujeição* a um efeito de facto ou jurídico — v.g., ineficácia dos actos dispositivos — teleologicamente dirigido para a produção do resultado de não perturbação ou impedimento. *Neste sentido, pode dizer-se que na dimensão proactiva ou preventiva todos os direitos subjectivos são absolutos.*

Daqui resulta que seguramente a *afirmação da titularidade de um direito subjectivo em sede cautelar é uma afirmação de uma razão absoluta: a razão da não ingerência ilícita*.

Mas qual é a expressão concreta dessa razão absoluta, tanto no plano das situações jurídicas subjectivas, como no plano normativo?

Nesse sentido é importante ter em linha de conta o que se entende que possa integrar a **causa de pedir inibitória**.

III. No interior da doutrina da acção inibitória do § 1004º BGB o perigo de repetição da violação (*Wiederholungsgefahr*) surge com natureza jurídica diversa.

Para os AUTORES que entendem que há uma *prévia pretensão material* entre o titular do direito e cada um dos sujeitos potencialmente violadores do direito, o perigo de ingerência tem a natureza de *interesse processual* ²³⁶³. A pretensão já existe mas apenas ganha accionabilidade com a primeira violação, pois desta irá nascer o perigo de repetição da violação (*Wiederholungsgefahr*). E, por conseguinte, enquanto nas demais acções condenatórias esse interesse não tem autonomia, em regra, aqui teria de ser alegado e demonstrado autonomamente.

Já tivemos oportunidade de afastar este entendimento ²³⁶⁴: defendemos, na esteira da doutrina de EVERS e das críticas à doutrina da relação absoluta, que nos diversos meios de tutela preventiva, em geral, a obrigação genérica não se exprime em pretensões originárias, anteriores ao momento do facto do perigo de ingerência. Mais: em sede geral de tutela preventiva essa proibição de não ingerência pode exprimir-se por meio de sujeições ao exercício de poderes potestativos por parte do sujeito activo, como vimos acontecer nas cláusulas de autotutela, nas providências cautelares e em meios preventivos avulsos.

IV. Para a doutrina dominante ²³⁶⁵, que defende que a *pretensão à inibição apenas se constitui com o momento da violação* ²³⁶⁶, a exigência de um perigo de repetição da violação (*Wiederholungsgefahr*) é um “*elemento de direito material da pretensão de abstenção*” ²³⁶⁷, i.e., que esta pressupõe para a sua constituição ²³⁶⁸. Na sua ausência

²³⁶³ Cf. a referência em HENCKEL, *Parteilhre* cit., 79 e em EVERS, *ob. cit.*, 66.

²³⁶⁴ No § 10º 1.3.2.

²³⁶⁵ Não consideramos sequer a já referida abordagem de SIBER, *SchR* cit., 471 (cf. EVERS, *ob. cit.*, 67) que preconizava que a acção inibitória seria um meio de tutela processual despido de um fundamento material individualizado, pelo que o facto de perigo seria apenas uma condição de decretamento da tutela necessária.

²³⁶⁶ Cf. a nota 2027.

²³⁶⁷ EVERS, *idem*, 67.

²³⁶⁸ EVERS, *ob. cit.*, 67, n. 100. Neste sentido, por exemplo: com reservas dogmáticas, RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im*

uma *Unterlassungsklage* é improcedente, por falta de fundamento ²³⁶⁹, pois não se trata de uma exigência de interesse processual ²³⁷⁰.

O nosso pensamento não é exactamente este, mas chega ao mesmo resultado quanto à natureza juridico-processual do *periculum*.

Em primeiro lugar, concordamos que pela decisão final da acção inibitória vai o sujeito condenado ao cumprimento de uma prestação material. Mas também é ocioso repetir como fora da acção inibitória, na acção cautelar, ainda ao abrigo da mesma obrigação genérica de não ingerência, surgem outras situações jurídicas passivas que não são se estruturam numa prestação material

Discordamos, porém, que qualquer dessas situações passivas nasça por por efeito automático do próprio perigo.

A ser assim as cautelas teriam uma natureza de simples declaração/reconhecimento de uma vinculação pré-existente ²³⁷¹, o que manifestamente não é congruente: o arresto, uma proibição cautelar de concorrência, a obrigação de prestar antecipadamente alimentos não existem a se, mas apenas se o juiz o decidir. Não querendo repetir argumentos, estamos, nomeadamente, a afirmar deste modo que pela decisão final da acção inibitória vai o sujeito condenado ao cumprimento de uma prestação material que antes daquela decisão não existia na ordem jurídica. A esta luz a acção inibitória surge assim, como uma acção constitutiva de prestações materiais.

Estas afirmações são coerentes com as afirmações em sede inibitória por parte de EVERS de que a “condensação de uma proibição em accionabilidade [por causa do perigo, entenda-se] não significa necessariamente uma condensação numa prestação”, só por si e imediatamente ²³⁷² e bem assim de ZEUNER em sede de simples apreciação negativa de que a existência desta não signifca necessariamente uma prévia titularidade de um direito material ²³⁷³.

Neste quadro dogmático o perigo de dano apenas pode ter uma função de *facto constitutivo e individualizador do concreto efeito jurídico material que irá ser judicialmente produzido: uma prestação ou uma sujeição*. Materialmente é o perigo que faz convolar uma proibição de ingerência numa vinculação jurídica concreta aquando do trânsito em julgado da decisão judicial.

Zivilprozeß, 1970, 118, nt. 35; CANARIS, *LSchR* II/2 cit., 705; EBBING, § 1004 cit., Rdn. 78; J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 128; BASSENGE, § 1004 cit., Rdn. 32.

²³⁶⁹ MÜNZBERG, *Bemerkungen* cit., 693; MEDICUS, § 1004 cit., Rdn. 97.

²³⁷⁰ J. BAUR/STÜRNER, *SaR* cit., 128;

²³⁷¹ Obviamente que as acções inibitórias seriam, então, acções condenatórias puras, fundadas na declaração de existência (anterior) de uma prestação à abstenção.

²³⁷² *Ob. cit.*, 75.

²³⁷³ *Gedanken* cit., 307.

A correcção deste nosso entendimento irá agora ser demonstrada, em sede cautelar, em especial.

B. Normas mistas do art. 381º e preceitos sobre providências típicas

I. Escreve EVERS, quanto à tutela inibitória, que os deveres de tráfego (lícito) e de manutenção genéricos que são cumpridos, dando corpo a um estado de licitude, não são passíveis de se fazerem valer judicialmente sem norma especial ²³⁷⁴, como, por exemplo o § 1004 BGB.

Já atrás escrevemos que uma tal norma parece ser desnecessária para regular o comportamento dos sujeitos num **estado de licitude**, confundindo-se com a própria norma que estatui o direito subjectivo. Diversamente, essa mesma norma torna-se necessária quando se trata de actuar em **defesa contra o perigo** — a já referida *Gefahrenabwehr* da terminologia alemã ²³⁷⁵. A tanto obriga, como mostraremos de seguida, o seu conteúdo constitutivo e ingerente, potestativamente imposto ao requerido.

E, portanto, a par da norma que estatui o *direito acautelando* e dos respectivos factos subsumíveis à sua previsão, surgirá na causa de pedir uma norma que estatua para aquele mesmo direito um comportamento devido ou estado de sujeição em caso de *perigo*. A verificação *in casu* de uma e de outra são objecto dos ónus de alegação e prova por parte do do autor. A existência de uma tal norma é ainda coerente com a caracterização da causa de pedir enquanto discurso normativo de afirmação de uma *estatuição* em razão da ocorrência concreta da *previsão*.

Por isso, pode dizer-se que essas normas hão-de relevar do *lado da previsão* aquele estágio de perigo de dano e do *lado da estatuição* uma medida adequada a interromper a concretização do dano.

Essas normas são, por isso, normas delimitadoras do exercício do direito subjectivo em prevenção e, nesse sentido, normas secundárias ou de tutela ou processuais, mas ao mesmo tempo são normas materiais pois revelam o conteúdo da obrigação genérica de não ingerência.

Claramente está-se numa **área mista** entre direito substantivo e direito processual ²³⁷⁶.

II. Uma tal cláusula normativa está, antes de mais, presente em fontes de direito *formalmente* material que regulam a defesa extrajudicial do perigo — as já conhecidas cláusulas de autotutela, nas quais já vimos que é exercido o próprio direito subjectivo.

²³⁷⁴ *Ob. cit.*, 70.

²³⁷⁵ DAMM, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 2.

²³⁷⁶ Cf. novamente esta questão no § 13º 3.3.

Em particular: o art. 337º CC, relativo à legítima defesa, e o art. 336º, relativo à acção directa, contêm normas materiais com essa função.

Mas já a defesa judicial do perigo não está presente, em regra, em fontes formalmente apelidadas como materiais, pois não se acha nelas uma ligação lógica do tipo *previsão/estatuição* entre um *acto gerador de perigo de dano/efeito jurídico para o titular do direito ameaçado*. Pelo contrário, esta cláusula geral encontra-se em preceitos *formalmente* processuais atinentes a providências cautelares tanto nominadas, como uninominadas, colocação sistemática que não é de estranhar atenta a dupla regulação que o arresto entre nós conhece no art. 619º, nº 1 CC e no art. 406º, nº 1. A colocação numa sede ou noutra não é, portanto, decisiva.

As **disposições processuais relativas ao conteúdo das providências cautelares têm valor material**, por conseguinte, pois **revelam o conteúdo da obrigação genérica de não ingerência** ²³⁷⁷.

Nuns ordenamentos esses preceitos normativos estão expressamente enunciados

Exemplos: (1) o nosso art. 381º exprime uma ligação entre uma *previsão* — “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito” — e uma *estatuição* — “pode requerer providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”; (2) o art. 700º exprime uma ligação entre uma *previsão* — “fundado motivo de temer de um prejuízo iminente e irreparável” — e uma *estatuição* — “pode requerer (...) providências de urgência que pareçam segundo as circunstâncias, mais idóneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito” ²³⁷⁸.

Noutros ordenamento esses preceitos normativos resultam da conjugação da letra da lei com a interpretação jurisprudencial e doutrinal

Exemplos: (1) dos §§ 935 e 940 ZPO pode-se retirar uma ligação entre uma *previsão* — receio de prejuízo substancial, por modificação do estado existente, à realização do direito ou a uma relação jurídica — e uma *estatuição* — medidas provisórias de regulação quanto ao objecto do litígio.

Contudo, poderá não haverá necessidade do recurso a essa cláusula normativa se a lei enunciar expressamente quer o *acto gerador de perigo de dano* quer o subsequente e necessário *efeito jurídico para o titular do direito ameaçado*. São, afinal, os casos de

²³⁷⁷ Talvez não seja por acaso que o ac. STJ 28/10/1993 afirma que a “adequação da providência cautelar depende da *emissão de um juízo normativo*, face aos fundamentos do pedido e ao estatuido na lei”.

²³⁷⁸ Vê-se nesta letra do art. 700º CPC/It o apego à tese de a função cautelar assegurar o efeito útil da acção, já atrás afastada por nós.

providências cautelares típicas: aqui há uma maior delimitação normativa do comportamento em falta, ainda que feita, se necessário, pelo uso de *conceitos vagos e indeterminados* presentes nos respectivos enunciados, acompanhada da enunciação necessária.

Exemplo: num arresto pode-se isolar uma ligação entre uma previsão — o credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito — e uma estatuição — “pode requerer arresto”, *i.e.*, uma proibição de não disposição/onerção/subtracção de bens e uma prevalência real em face de outras garantias.

III. Mas centremo-nos sobre norma do art. 381º, em especial.

Trata-se, como, aliás, as normas relativas à legítima defesa e à acção directa e as normas do art. 700º CPC/It e § 935 e 940 ZPO, de uma norma **duplamente indeterminada ou aberta** fazendo um **duplo uso de cláusulas gerais**. No lado da *previsão* faz uso de uma cláusula geral de “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito”; do lado da *estatuição* faz uso da cláusula geral de “providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.

Esta dupla indeterminação implica que tal como apenas *em concreto no momento da acção de tutela* o agente que usa a legítima defesa poderá determinar qual será o acto mais adequado a “afastar qualquer agressão actual e contrária à lei” (art. 337º, nº 1 CC), também **apenas em concreto, através da acção cautelar, o autor poderá determinar qual a providência adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.**

Ou seja: a causa de pedir cautelar não se apresenta **pré-determinada quanto ao sentido juridicamente relevante da matéria de facto. Antes da acção cautelar não é possível imputar ao requerido uma prévia e certa vinculação**, que se peça para ser decretada numa providência cautelar condenatória, *nem há um prévio direito do requerente a uma certa e determinada modificação ou constituição na esfera do requerido* que se peça para ser decretada numa providência cautelar constitutiva.

Nenhuma delas préexiste à acção cautelar.

Por isso, mesmo que o autor tenha pedido uma concreta providência não lhe é possível saber se vai beneficiar de uma condenação ou de uma constituição/modificação da situação jurídica controvertida. **A última palavra caberá, então, ao juiz**, cujo papel não é passivo, dispondo do já referido poder de **adequação** material, que o autoriza a não estar “adstrito à providência concretamente requerida” pelo autor (art. 392º, nº 3) e ao qual voltaremos mais adiante.

Há, por conseguinte, uma **concretização judicial** de uma **norma duplamente aberta**: na previsão e na estatuição de situações jurídicas previamente inexistentes. Pré-existente é apenas a obrigação genérica de não ingerência e o resultado/fim que

esta implica de não ingerência, justamente. O meio para atingir esse resultado apenas existirá na ordem jurídica, a final.

1.2.2. Poder potestativo; natureza constitutiva da acção cautelar; o mérito aberto

I. Se os **deveres e estados de sujeição específicos que são decretados cautelarmente constituem-se pela decisão de decretamento de uma providência cautelar**, é forçoso deduzir duas conclusões.

A primeira conclusão é material: a afirmação da titularidade de um direito subjectivo *em sede cautelar* é, como se disse, uma afirmação de uma razão **absoluta** de não ingerência ilícita, mas é também uma afirmação **potestativa**. Trata-se de um **poder potestativo de conteúdo indeterminado ou genérico, como indeterminada e genérica é a obrigação de não ingerência em esfera alheia — um poder potestativo à produção do efeito jurídico adequado a pôr termo ao perigo de dano. Nisso volta a haver paralelismo com a autotutela, que não é senão um exercício potestativo do direito ameaçado. Semelhante poder potestativo a obter uma decisão constitutiva de uma nova relação jurídicas com a parte passiva, de conteúdo determinado judicialmente, foi já afirmado por MONTESANO em sede genérica de acções inibitórias de tutela de direitos absolutos²³⁷⁹, pelo que nem sequer é estranho à dogmática da tutela preventiva. Mais: o fundamento desse poder potestativo seria o “dever de abstenção” que acompanha, do lado passivo, o direito real”²³⁸⁰**

A novidade reside em nós defendermos quer uma idêntica estruturação material agora em sede de tutela cautelar, quer uma aplicação geral a qualquer situação juridicamente relevante, *i.e.*, não apenas aos direitos absolutos.

Correlativamente, **o sujeito que tem correntemente na sua esfera jurídica uma obrigação genérica de não ingerência, passa com a violação desta obrigação a um estado de sujeição**²³⁸¹: a todo o momento pode sofrer a constituição de uma

²³⁷⁹ *La tutela giurisdizionale* cit., 193.

²³⁸⁰ *La tutela giurisdizionale* cit., 193.

²³⁸¹ Um fenómeno essencialmente idêntico ao notado por OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*³, 1983, , nº 307/III, na relação entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal quanto ao sujeito que comete um “facto abstractamente previsto numa regra penal” — e, pensamos, violou desse modo proibições e normas de não ingerência — e, por isso, fica em estado de “sujeição à condenação”, à qual apenas por via judicial se vai transformar em “sujeição à pena”, concretamente doseada “às condições pessoais do infractor”. Também SATTA, *L’esecuzione* cit., 40, define a responsabilidade patrimonial do devedor, como um estado de sujeição à sanção executiva, *i.e.*, ao arresto e à execução; arrestar bens é repor os termos iniciais dessa sujeição.

vinculação por via unilateral ²³⁸². Contudo, essa constituição não pode ocorrer senão judicialmente, em regra, o que quase faz confundir o estado de sujeição à constituição unilateral de vinculações, com o próprio estado de sujeição aos efeitos processuais e materiais do exercício do direito de acção.

II. A *segunda conclusão* é a expressão processual da anterior: o exercício de um poder potestativo implica que a acção cautelar é uma **acção de natureza constitutiva** ²³⁸³, à semelhança da acção inibitória, dada a inexistência prévia das situações jurídicas que serão impostas ao réu pela decisão judicial ²³⁸⁴.

Sendo uma acção constitutiva isso não equivale a dizer que cumpre uma função processual constitutiva. Não: realiza obviamente uma função preventiva, algo que pensamos já ter demonstrado cabalmente como sendo a função de uma providência cautela. Portanto, a providência cautelar é uma **acção constitutiva preventiva** ²³⁸⁵.

²³⁸² Por isto, OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. loc. cit.*, afirma que uma “situação semelhante se apresenta sempre que a decisão judicial é *constitutiva* (sic)”.

²³⁸³ Cf. sobre direito potestativo enquanto situação jurídica subjacente às acções constitutivas: ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 106; CASTRO MENDES, *DPC* I cit., 242; TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 113; LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa* cit., 8. Na doutrina alemã estes direitos são vistos não pela sua estrutura, mas pelos seus efeitos, falando-se em direito à constituição ou à mudança jurídica (*Gestaltungsrecht* ou *Recht auf Rechtsänderung*). Trata-se de um direito privado dirigido contra a parte passiva (ROSENBERG, *LdZPR* cit., 411 = ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 526, SCHERNER, *Das Klagensystem im Zivilprozeß*, 1970, 50–52; GRUNSKY, *GVR* cit., 39, A. BLOMEYER, *ZPR* cit., 224; SCHLOSSER, *ZPR* I ², 1992, Rdn. 209, SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 191) e não de um direito público a que o Estado produza a mudança jurídica (BRÜGGEMANN, *Judex* cit., 267; GRUNSKY, *GVR* cit., 39, SCHLOSSER, *ZPR* I cit., Rdn. 209), como *v.g.*, a anulação de um contrato ou, in casu, a situação jurídica acautelanda. Uma tal visão seria um verdadeiro “corpo estranho” (SCHERNER, *idem*, 51) ao fenómeno que suporta o direito de acção constitutiva: a relação material controvertida privada entre autor e réu.

²³⁸⁴ Factor distintivo de uma acção constitutiva, SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 192. Ou, por outro ponto de vista, a providência cautelar é constitutiva porque a sua decisão final “tem por objecto a alteração jurídica e o produz autonomamente” (SCHERNER, *Das Klagensystem* cit., 44).

²³⁸⁵ Pode-se estranhar este paradoxo, mas ele apenas existe para quem queira identificar acção constitutiva com função constitutiva. Ora nem toda a providência de tutela constitutiva prossegue uma função constitutiva, tal como instaurar uma acção condenação para a realização de uma prestação *não é um fim em si mesmo*, mas um instrumento ao serviço de uma solução preventiva, como nas acções inibitórias, ou de uma solução de remédio, como nas acções condenatórias por incumprimento. É

Esta nossa conclusão está longe de ser original, pois já CARNELUTTI qualificava as providências cautelares como um “*accertamento costitutivo*” ²³⁸⁶.

Mas, mais recentemente, vão na mesma linha ATTARDI, FRISINA e E. DINI/MAMMONE: o primeiro afirmando que “todas as providências cautelares dão vida a situações novas” ²³⁸⁷, o segundo e os terceiros aludindo ao “carácter constitutivo da tutela cautelar em toda a sua manifestação” ²³⁸⁸, pois mesmo as medidas ditas conservatórias implicam sempre um *quid novi* em relação à situação pré-existente” ²³⁸⁹.

Na Alemanha, já em 1903 KISCH defendeu que o *Arrest* e demais processos cautelares seriam acções constitutivas, mas com objecto processual ²³⁹⁰, pois “a situação jurídica depois do seu decretamento é diferente da anterior” a esse decretamento ²³⁹¹. Por seu turno, actualmente MINNEROP defende um *Gestaltungswirkung* para as *einstweiligen Verfügungen* ²³⁹² enquanto “efeito material de correcção” ²³⁹³ pela produção de efeitos jurídicos que se desviam do direito material [pré-constituído], e que redundam numa “alteração do *status quo* de direito material” ²³⁹⁴. Por seu lado, ZEUNER ²³⁹⁵ e EVERS ²³⁹⁶ afirmam genericamente que aqui o juiz

manifesto que nuns casos uma acção constitutiva cumpre uma função *de remédio*, *i.e.*, de reacção a um acto ilícito — *v.g.* a execução específica, a acção de divórcio — e que em outros casos cumpre *funções mistas de remédio e preventivo* — *v.g.*, a anulação dos negócios jurídicos (de modo próximo, MENEZES CORDEIRO, *DOb* 2 cit., 246–247 qualifica a invalidade dos negócios jurídicos como uma “sanção reconstitutiva jurídica, uma vez que visa *suprimir* ou *impedir o surgimento* duma situação patológica”). Uma acção constitutiva realiza uma função constitutiva apenas quando a alteração da ordem jurídica *é um fim em si mesmo* porque corresponde *ao conteúdo positivo*, não patológico de exercício do direito subjectivo, *i.e.*, *sem ter o ilícito como referência*. Isso sucederá, apenas e residualmente, em todos os casos em que há uma necessidade de alteração da ordem jurídica sem anterior oposição *ilícita* de outrem — *v.g.*, a divisão judicial de coisa comum admitida no art. 1413º, nº 1 *in fine* CC, em alternativa a uma divisão amigável, não conseguida.

²³⁸⁶ LDPC II cit., 81, *i.e.*, uma “*sentenza costitutiva*” (*idem*, 9).

²³⁸⁷ DPC I cit., 154.

²³⁸⁸ *La tutela anticipatória* cit., 380, nota 46 e *I provvedimenti* cit., 27, respectivamente.

²³⁸⁹ E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 27.

²³⁹⁰ *Beiträge* cit., 162 ss.

²³⁹¹ *Beiträge* cit., 163.

²³⁹² *Materielles Recht* cit., 42 ss., 51–53, 77

²³⁹³ *Idem*, 51.

²³⁹⁴ *Idem*, 52.

²³⁹⁵ *Gedanken* cit., 304, mas numa visão das cautelas como puros meios processuais, como MINNEROP, *idem*, 43–44, bem refuta. Já JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 333–334 alude ao carácter constitutivo de relações jurídicas presente nas

não apenas escolhe entre possíveis e diferentes relações jurídicas mas constitui a situação jurídica em certos aspectos.

A competência para decretar cautelas é, assim, uma *competência constitutiva*, no dizer de SCHWONBERG em sede de *Regelungsverfügungen* ²³⁹⁷.

III. Importa, porém, apontar uma particular especificidade às providências cautelares enquanto acções constitutivas. Essa particular especificidade não está de todo arredada de uma providência cautelar típica, dado o âmbito do poder de adequação do tribunal ²³⁹⁸.

A especificidade é a seguinte: numa *acção constitutiva o tribunal cinge-se a um juízo de subsunção* dos factos à norma, decretando o efeito constitutivo: conhece/declara um direito potestativo pré-existente e, partindo de “certos *pressupostos* fixados na lei” ²³⁹⁹, faz derivar destes *efeitos jurídicos* também previstos na lei — constitutivos, modificativos ou extintivos, como o termo de uma relação matrimonial, a redução de um contrato, a resolução de um arrendamento. Por isso **o autor sabe de antemão a medida de tutela que obterá, em caso de procedência**. Em suma: há uma *pré-formatação* do conteúdo constitutivo ²⁴⁰⁰.

Nas *providências cautelares*, embora em termos mais restritos nas *nominadas* ²⁴⁰¹, vigora a **dupla indeterminação de previsão e estatuição**: o tribunal conhece — mas não declara — um poder potestativo pré-existente, latamente definido na lei, e partindo do pressuposto legal do perigo de dano faz derivar efeitos jurídicos em relação aos quais a lei estatui o sentido finalístico — afastar o perigo de dano — mas não a formulação concreta — comando de actuação positiva, inibição, apreensão, ineficácia jurídica.

Em termos simples: **o autor sabe que tem um direito ao não dano, mas não sabe de antemão quais as vinculações ou outros efeitos jurídicos que concretamente dele derivarão na decisão cautelar**.

Regelungsverfügungen cuja revogação basta para o efeito desaparecer automaticamente, como *v.g.*, as medidas de destituição provisória de cargo social. Também, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 136, 206 ss. alude à „conformação“ de relações controvertidas na mesma sede das *Regelungsverfügungen*.

²³⁹⁶ *Ob. cit.*, 121.

²³⁹⁷ *Die einstweilige Verfügung* cit., 206.

²³⁹⁸ ROSENBERG, *LdZPR* cit., 406-407; SCHLOSSER, *ZPR I* cit., 163; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 523.

²³⁹⁹ ANSELMO DE CASTRO, *DPCD I* cit., 110.

²⁴⁰⁰ Neste sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 43.

²⁴⁰¹ Cf. adiante, no § 13º 1.2, como o princípio da adequação judicial também pode ter expressão nestas.

Exemplo, se a violação de deveres conjugais está na base do direito ao divórcio e, do mesmo modo, a verificação de um dos factos do art. 1083, nº 2º CC é constitutiva ao direito à resolução do arrendamento, já a criação de uma situação de perigo a um direito é constitutiva da *medida adequada*, digamos assim. Ou seja: um sujeito cujo direito corra perigo pode dizer que tem direito a uma cautela, não pode afirmar a que cautela tem direito.

Uma providência cautelar inonimada é, assim, uma **acção constitutiva**, geradora de **efeitos jurídicos novos**, a partir da aplicação de uma norma, mas também **concretizadora *ad hoc*** da **estatuição** dessa norma.

Exemplo: uma providência do art. 381º, nº 1 não apenas decreta uma proibição de não alienação de um bem como revela a estatuição normativa dessa proibição, pois antes da decisão esta estatuição não existe, mas apenas os seus parâmetros de determinação.

Deste modo, **quando os deveres e estados de sujeição específicos constituem-se pela decisão de decretamento de uma providência cautelar e revelam-se através dela**. Daí o **poder de adequação ao dispor do juiz**, completamente diverso de um mero poder de subsunção normativa.

IV. Portanto, na tutela cautelar inominada, e potencialmente na tutela típica, o mérito da causa não está delimitado, não sendo despropositado falarmos em **mérito aberto**.

1.2.3. Admissibilidade de cautela condicional

A nossa conclusão de que pela cautela se exerce um poder potestativo de conteúdo indeterminado ou genérico, que não é senão a dimensão proactiva do direito subjectivo acautelando, é passível de críticas legítimas.

De entre elas há uma que é levantada pela própria letra do nº 2 do art. 381º: o “interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor”. Teríamos, afinal uma demonstração de que a cautela é uma simples protecção de um *estado de facto*, sem direito existente, e, por aí, uma protecção à futura acção dita principal em que se exerceria, sim, um direito subjectivo. Toda a nossa tese do fundamento material poderia estar em risco.

Mas não é assim, devendo-se, como até aqui, *colocar a questão no campo do direito material*.

Ora, a lei substantiva admite que certas expectativas quanto a uma futura constituição de um direito sejam *juridicamente* relevantes, vinculando ou dando

posições de vantagens *medium tempore, maxime*, nos termos dos arts. 272º ss CC para os casos de direitos cuja constituição está sujeita a condição suspensiva.

Em nosso ver, o que o art. 381º, nº 2 faz é, identicamente, tornar juridicamente relevante a expectativa de vantagem que advirá do futuro exercício do direito potestativo em sede de acção constitutiva. Trata-se, ainda e sempre, de uma tutela jurisdicional de posições materiais cuja constituição está sujeita a um acontecimento futuro e incerto: o trânsito em julgado de uma sentença constitutiva.

A existência de uma tal expectativa e correlativa tutela processual não é estranha no processo civil: a doutrina tem admitido que direitos, cujos pressupostos de facto já existem mas a que falta a produção do facto constitutivo condicionante, possam ser objecto de uma acção de simples apreciação positiva²⁴⁰². Mais: também se tem aceite que possa ter lugar arresto em protecção de um crédito futuro, desde que este seja passível de ser feito faler em acção de simples apreciação²⁴⁰³.

São, como dizem ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *situações jurídicas futuras mas para as quais existe um fundamento juridicol actual*²⁴⁰⁴.

Deste modo, tal como pode ter lugar uma simples apreciação condicionada, também pode ter lugar uma tutela cautelar condicionada, como expressamente conclui MINNEROP²⁴⁰⁵, após idêntica linha de raciocínio.

1.3. **Factos relativos ao perigo de dano (periculum in mora/Arrest- ou Verfügungsgrund)**

1.3.1. **Função**

I. A descoberta de uma norma de natureza mista, que é invocada em sede de causa de pedir, implica necessariamente a qualificação do *periculum in mora/Grund* como **facto constitutivo** da situação jurídica invocada pela parte, enquanto **facto interior à própria previsão normativa** do art. 381º, nº1.

Repare-se: é o perigo que legitima o exercício extrajudicial de tutela preventiva, pois na ausência de um estado de perigo, *i.e.*, em pleno desforço, são ilegais quer a legítima

²⁴⁰² ROSENBERG, *LdZPR* cit., 406; SCHERNER, *Das Klagensystem* cit., 13; GRUNSKY, *GVR* cit., 373.

²⁴⁰³ DAMM, § 916 cit., Rdn. 3; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 217; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 152; GRUNSKY, § 916 cit., Rdn. 10; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 916 cit., Rdn. 8; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 916 cit., Rdn. 8.

²⁴⁰⁴ *ZPR* cit., 519.

²⁴⁰⁵ *Materielles Recht* cit., 69.

defesa, quer um embargo extrajudicial de obra nova. O mesmo é dizer: é o perigo que constitui o poder jurídico de actuar extrajudicialmente na esfera jurídica do sujeito ameaçado.

Essa função material do facto perigoso não muda, naturalmente, com a entrada da questão da sua accionabilidade, *i.e.*, da protecção por meio de uma acção judicial. Neste sentido vai, precisamente, MINNEROP quando escreve que o *Verfügungsgrund* é uma “condição do próprio efeito jurídico pretendido” ²⁴⁰⁶. Um juízo de existência ou inexistência de *periculum/Grund* é, assim, um juízo de procedência do pedido, a par do juízo sobre a existência do *fumus/Anspruch*.

Retire-se o perigo e deixa de haver relação material controvertida.

II. Esta qualificação do *periculum/Grund* como elemento da causa de pedir é ainda a única coerente com a natureza jurídica de acção constitutiva, apresentada pela acção cautelar, não sendo dispiciendo voltar ao conceito doutrinal de *causa de pedir* — “factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte” e que “devem preencher uma determinada previsão legal” ²⁴⁰⁷ — e ao conceito legal de *causa de pedir nas acções constitutivas*: o “facto concreto” ²⁴⁰⁸ que se invoca para obter o efeito pretendido” (art. 498º, nº 4, segunda parte ²⁴⁰⁹).

Pois também para se provocar a alteração jurídica, consubstanciada na medida cautelar, não basta invocar os factos que suportam as normas relativas à titularidade, ainda que aparente, de um direito subjectivo. O autor deve invocar **factos concretos** que **determinem**, por se subsumirem à norma mista do art. 381º, nº1, a **produção** do efeito constitutivo pretendido. Esses são os factos que integram o *periculum*.

Exemplo: tal como o não uso do locado por mais de um ano, é o facto concreto que, por se subsumir à norma do art. 1083º, nº 2, al. d) CC, constitui causa de pedir/fundamento de resolução de um contrato de arrendamento em sede de uma acção constitutiva prevista no art. 14º da Lei 6/2006, de 27 de Fevereiro, *ex vi* art. 1084º, nº 2 CC, assim também uma situação de perigo de dano é o facto concreto que, por se subsumir à norma do art. 381º, nº 1 constitui causa de pedir/fundamento de medida adequada em sede de uma acção cautelar.

Mudem-se os factos integrantes do *periculum/Grund* e muda, *ipso factum*, a causa de pedir.

²⁴⁰⁶ *Materielles Recht* cit., 35.

²⁴⁰⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 123.

²⁴⁰⁸ E, não, a sua qualificação jurídica: ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 209; TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 123–124.

²⁴⁰⁹ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 125; ainda, ANSELMO DE CASTRO, *DPCD* I cit., 208–209.

Exemplo, em sede de arresto: “não há identidade de causas de pedir entre dois requerimentos de arresto se a do primeiro, decidido com trânsito em julgado, se caracterizou por o requerido *ter à venda todos os seus bens* e a do segundo se traduz na pretensão dele *vender um predio urbano, seu único bem de elevado valor, e ter já acordado a sua venda a outrem*” (RP 28/2/1991).

III. Estes factos de perigo integrantes da causa de pedir não se podem confundir com os factos integrantes do interesse processual na acção cautelar.

Este assume uma dupla expressão nas acções cautelares: um interesse processual necessário e comum às acções constitutivas e um interesse processual eventual e específico das acções cautelares.

O **interesse processual necessário e comum às acções constitutivas** consiste em o direito potestativo à cautela “não puder ser exercido por um acto unilateral do autor”, fora de um tribunal ²⁴¹⁰ e não carece de demonstração, pois a sua ocorrência é insita à própria colocação da acção em resultado da verificação da previsão legal de estatuição do efeito constitutivo por via judicial. Deste modo, *o interesse processual nas cautelas não está sediado na existência/inexistência de perigo*, como sucede na tutela antecipatória em que se exige uma sua alegação e demonstração, mas na própria admissibilidade abstracta de uma tutela preventiva judicial.

O **interesse processual eventual e específico das acções cautelares** tem de ser autónomamente demonstrado. Efectivamente, as imposições de carácter material como o art. 381º podem conter, como já apontámos, restrições quanto ao perigo de dano accionável, limitando-o, em particular, a um *dano qualificado* — *v.g.*, grave e dificilmente reparável. Quanto a elas já tivemos ensejo de justificar a racionalidade de tais restrições e de as qualificar como de interesse processual ²⁴¹¹.

A circunstância de termos agora apurado a materialidade da sede normativa onde se acham não muda essa qualificação: é sempre um limite à tutela jurisdicional de um direito e, por isso, é um limite processual.

Contudo, a não accionabilidade não extingue ou limita o direito no plano material, nada impedindo que o obrigado decida espontaneamente adequar o seu comportamento àquilo que lhe impõe a obrigação genérica de não ingerência ou que o titular do direito possa usar legítima defesa.

Exemplo: uma ameaça de um prejuízo não grave e facilmente reparável — *v.g.*, partir um vidro de uma casa — apesar de ser um incumprimento da obrigação genérica de não ingerência

²⁴¹⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 113. A constituição de efeitos apenas é possível nos estritos termos legais — *i.e.*, judiciais — e não noutros, diz JAUERNIG, *ZPR* cit., 116.

²⁴¹¹ No § 11º 4.1., II.

na esfera alheia não é passível de tutela cautelar por falta de interesse processual. Contudo, pode ser objecto de legítima defesa, porque é um facto perigoso.

Em suma: os factos relativos à existência do dano integram a causa de pedir; em certos contextos normativos, os factos relativos à qualidade do dano integram o interesse processual específico.

1.3.2. *Delimitação*

I. Não é objecto desta tese fazer a exegese das normas que estatuem a tutela cautelar para uma previsão de perigo de dano. Mas já é objecto desta tese apontar aspectos que necessariamente integram uma teoria geral da causa de pedir cautelar.

E a pergunta que se impõe é: o que deve ser alegado e demonstrado a título de perigo de dano para efeitos de subsunção à previsão do art. 381º? O receio ou o dano? Um dano por facto ilícito? Um dano culposos? Em suma: em matéria de pressupostos da relevância preventiva do dano, deve-se operar a recepção dos mesmos requisitos da responsabilidade civil, variando, consoante o caso, no seu tipo — extracontratual, contratual — e nos seus pressupostos — objectiva, subjectiva?

Partamos da função cautelar e do enunciado normativo, como as já delimitámos.

A *função cautelar* não é a prevenção do ilícito, como sucederia numa acção inibitória, mas a **prevenção do dano**. Porque assim sucede já atrás foi justificado. Esta prevenção pressupõe a existência de um **estado de facto de perigo de dano**, como o exige o art. 381º, mas o *enunciado legal* não contém nenhuma restrição ou qualificação específica além dos caracteres da gravidade e da difícil reparação.

Ainda assim, este enunciado é suficiente para se deduzirem consequências quanto ao objecto de alegação e, necessariamente, da prova, dado vigorarem as regras comuns de prova como já viu ²⁴¹² e como é próprio de uma acção.

II. A *primeira consequência* é a de que deve ser alegado e demonstrado um **acto actual** ao momento da entrega do requerimento, *imputável ao sujeito obrigado* à não ingerência.

O acto actual não pode ser um evento de ordem natural pois aí não haveria violação de uma obrigação ²⁴¹³, mas um *facto jurídico susceptível de imputação ao obrigado* — *i.e., um acto jurídico* —, sendo irrelevante para este efeito se é uma violação com culpa, negligente ou dolosa. Na verdade, a lei ignora por completo uma qualquer

²⁴¹² Cf. § 5º 2.3.2. J., II

²⁴¹³ Nesse sentido, em sede de ingerências geradoras de acções de repressação e inibitórias: EBBING, § 1004 cit., Rdn. 17.

graduação de culpa: basta o acto em si. O que se exige é que seja um acto que não ocorreria se o requerido assim o quisesse.

Coerentemente, o ac. RP 2/11/2000 declara que para o decretamento do arrolamento de bens “não é necessário que (...) se prove a intenção de dissipação”, associada ao acto presente.

Esse acto não é em si mesmo ilícito ou danoso, quando considerado de *per se*.

Exemplo: (1) a colocação reiterada de vários anúncios de venda de um imóvel; (2) a realização de obras num estabelecimento comercial até então encerrado— não são ilícitas em si mesmas mas podem indiciar um acto futuro ilícito.

A *segunda consequência* é a de que deve ser alegado e demonstrado que irá ter lugar um **acto futuro** ²⁴¹⁴, por parte do requerido, que será um *acto ingerente*, relevado pelos seus efeitos de facto, *i.e.*, danoso, e não pela sua qualidade, *i.e.*, a ilicitude, ao contrário do que exigiria uma inibição. *Mesmo actos legalmente autorizados podem produzir dano.*

Exemplos, correlativos com os anteriores: (1) a venda futura de um imóvel do devedor; (2) a abertura de um estabelecimento comercial concorrente com o do autor.

Mas **os factos futuros não são passíveis de demonstração probatória** ao contrário dos factos passados. Ou seja: um “facto” futuro não é um *facto* (*i.e.*, um *feito*), como a lógica impõe que se diga, mas um *evento*: pode-se *provar* que algo aconteceu — as provas “têm por função a demonstração da *realidade*” dos factos (art. 341º CC) — mas apenas se pode *prever* que algo vai acontecer ²⁴¹⁵. Daqui decorre, uma *terceira consequência*: a demonstração dessa ocorrência futura consiste numa demonstração de um **nexo de causalidade entre acto actual/acto futuro**. Não se pretende nem a demonstração de menos — de que *não haverá* acto danoso — nem a demonstração de mais — de que *houve já* acto danoso. A esse nexo dá-se o nome de **perigo** ou ameaça.

Neste mesma linha de pensamento, defende-se em Itália que um facto constitui *ameaça* para um direito quando se corporiza num conjunto de elementos de facto ²⁴¹⁶

²⁴¹⁴ “O justo receio de extravio ou dissipação dos bens a que alude o artigo 421 do Código de Processo Civil, envolve uma acepção de termos, acompanhado de incerteza, e que constitui um **facto inconsumado** a produzir no **futuro**, posto que consumado” (RP 10/1/1995).

²⁴¹⁵ Por isto, não podemos acompanhar o entendimento do ac. RC 13/3/2007 de que “requerente tem que provar – não basta um mero juízo de verosimilhança – os danos que visa acautelar”.

²⁴¹⁶ DITTRICH, *Il provvedimento cit.*, 220; MONTESANO, *I provvedimenti cit.*, 78.

que, segundo um critério de causa e efeito ²⁴¹⁷, são *idóneos* ²⁴¹⁸ a vir-lhe causar-lhe dano ²⁴¹⁹, i.e., nas palavras de MONTESANO/ARIETA, são “pressupostos do processo [iter] de formação e de produção do prejuízo” ²⁴²⁰.

III. Trata-se necessariamente de um **nexo de causalidade presumido** porquanto assenta no máximo raciocínio “probatório” que a ocorrência futura de um evento admite: uma presunção natural em que do facto conhecido actual se retira uma ocorrência de um facto/evento desconhecido futuro por conjugação das regras de causalidade natural com as **regras de experiência comum** ²⁴²¹, i.e., um padrão de *objectividade* ²⁴²² ou *padrão do homem médio* ²⁴²³ ou *terceiro razoável* ²⁴²⁴.

²⁴¹⁷ Neste sentido, implicitamente, ARIETA, *I provvedimenti* cit., 132 e, expressamente, CURA MARIANO, *A providência* cit., 18–19.

²⁴¹⁸ São os “factos *susceptíveis* de causar lesão” no dizer do ac. RL 21/11/1942, RJ 28 (1942), 75.

²⁴¹⁹ É isso o que se quer dizer entre nós quando se afirma que não basta um “qualquer simples receio” (STJ 24/4/1946, BO 6 (1946), 132 = RC 8/10/1946, RLJ 80 (1947), 172 = RE 2/11/1974, CJ 4/V (1979), 1548) mas que venha “apoiado num juízo de realidade ou de certeza” (MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências* cit., 22–23).

²⁴²⁰ *DPC* III cit., 346. No nosso sentido, E. DINI/MAMMONNE, *I provvedimenti* cit., 207: “idoneidade de um facto a determinar a abolição, subtracção ou a diminuição de um bem ou de um interesse”.

²⁴²¹ “As regras de experiência da vida” (RL 26/2/1991). Ainda: em absoluto as “decisões judiciais não podem assentar em meras especulações, devendo resultar da integração nas *regras da experiência* de factos instrumentais, indiciários ou probatórios” (RL 16/12/2003). Identicamente: RP 3/3/1997, RL 7/6/2000, RL 31/1/2001, RP 7/2/2002, RP 4/4/2002, RE 3/6/2003.

²⁴²² Aludindo a um receio objectivo, entre tantos outros: RP 18/5/2000, RP 12/12/2000, RP 18/3/2003.

²⁴²³ RP 14/12/1998, RC 15/5/2007. Falando em homem comum: RL 13/3/2007.

²⁴²⁴ Devem “existir elementos de facto dos quais resulte o perigo segundo uma apreciação objectiva feita por um terceiro [sujeito] razoável” (GRUNSKY, § 917 cit., Rdn. 4). No mesmo sentido, WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 230; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 154, seguido de grande ilustração jurisprudencial; REICHOLD, *Thomas/Putzo* cit., § 917, Rdn. 1; HARTMANN, § 917 cit., Rdn. 6; VOLLKOMMER, § 917 cit., Rdn. 4. Identicamente, entre nós o ac. STJ 17/4/2001 em sede de arresto: “qualquer pessoa de são critério, colocada no lugar do credor, em face do modo de agir do devedor, também temeria vir a perder o seu crédito”. Identicamente: RP 15/11/1999, RP 12/12/2000. Cf., invocando o mesmo critério próximo da prudente apreciação: RP 6/12/2001.

Exemplos, correlativos com os anteriores: (1) da colocação reiterada de vários anúncios de venda de um imóvel, presume-se, segundo as regras de experiência, que a venda de um imóvel, pelo devedor, ocorrerá, salvo motivos de força maior; (2) da realização de obras num estabelecimento comercial até então encerrado, presume-se, segundo as regras de experiência, que vai ter lugar a abertura de um estabelecimento comercial concorrente com o autor, salvo motivos de força maior; (3) da produção de uma deliberação que “contraria o direito especial de um sócio à gerência, é de presumir que a execução da deliberação, com vinculação da sociedade a obrigações sem o controle dele, pode causar dano tão apreciável” ²⁴²⁵.

Deste modo enquanto o **facto actual** é o *facto presuntivo*, o **facto futuro** é o *facto presumido*. E, sendo um *facto proprio sensu*, o facto presuntivo está sujeito, ele mesmo, à um verdadeiro juízo de prova, ao contrário do facto presumido ²⁴²⁶.

IV. Só assim não sucederá se o requerente estiver dispensando da dupla tarefa de alegação e prova do *periculum, maxime* ²⁴²⁷, ao abrigo dos arts. 393º, 399º e 427º, nº 3, do art. 15º, nº 1, primeira parte do Decreto-Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro (apreensão de veículo automóvel em garantia de crédito hipotecário sobre ele, vencidos e não pagos), do art. 21º do Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho (entrega judicial e cancelamento do registo de bens objecto de locação financeira), dos arts. 34º ss., 41º e 42º CPT (suspensões de despedimentos individual e colectivo).

MINNEROP escreve a este propósito que não é contrária ao sistema que seja processualmente possível obter um providência cautelar com abstracção da demonstração do perigo: basta que o autor seja titular de uma posição jurídica que caia na previsão normativa, v.g., nos §§ 916, 935, 940 ZPO ²⁴²⁸. É que se houver uma “unidade de regulação [*Regelungseinheit*] particularmente frequente”, bem se pode dispensar a alegação/prova de que o facto actual é perigoso para o direito ²⁴²⁹. Nestes casos, no dizer do RP 26/11/1992 o elemento de facto futuro da causa de pedir é

²⁴²⁵ RP 30/1/1992.

²⁴²⁶ Apenas a esta luz — de que o facto presuntivo deve ser provado — pode fazer sentido o já referido ac. RC 13/3/2007 de que “requerente tem que provar – não basta um mero juízo de verosimilhança – os danos que visa acautelar”.

²⁴²⁷ Neste duplo sentido, em sede de arrolamento do art. 427º, nº3: RP 22/6/1995, RP 31/10/1995, RP 21/12/1998.

²⁴²⁸ *Materielles Recht* cit., 52.

²⁴²⁹ *Idem*, 52–53. Identicamente, P. PISANI, *Due note* cit., 150 e *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. C.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, RDC 36/3–I (1990), 405 aceita que possam existir este tipo de providências cautelares, por o legislador ter usado um raciocínio de *id quod plerumque accidit*, basta, por isso, ao requerente demonstrar o *fumus* do direito.

presumido “*juris et de jure* e, portanto, inilidível pela parte contrária”. Deste modo dispensa-se a sua alegação e demonstração do nexo de causalidade presumida.

Bastará então demonstrar sumariamente apenas factos, *proprio sensu*: o facto constitutivo da titularidade do direito acautelando ²⁴³⁰ e o facto presuntivo, sem necessidade de se lhe associar um facto futuro, presumido: *v.g.*, o esbulho, os gastos domésticos e escolares, a pendência de uma desunião de facto no plano patrimonial, o despedimento. É por estes que se carece de uma prevenção do dano, *i.e.*, de restituição de posse, de alimentos provisórios, de arrolamento.

Deste modo, não se pode pedir uma restituição provisória se se alega posse, mas não o facto do esbulho, tal como não se podem obter alimentos provisórios se se alega a titularidade do direito a alimentos mas não factos de gastos.

Isto não é de estranhar pois mesmo as cautelas com dispensa de alegação/demonstração são medidas *por causa do* perigo, como já atrás demonstrámos ²⁴³¹. Em consequência, também a relação material controvertida/mérito destas providências cautelares comporta estruturalmente na sua causa de pedir um elemento de perigo de dano.

1.3.3. Consequências

A. *Da qualidade futura do evento danoso: mutabilidade processual e material da causa de pedir*

I. A circunstância de um dos elementos de facto da causa de pedir cautelar ser um evento futuro explica, em nosso ver, porque é que descobrimos a existência de uma especificidade formal em sede de urgência cautelar — a necessidade do binómio *verosimilhança do facto/provisoriedade* ou, no limite, apenas a *provisoriedade* da decisão cautelar. Estes existem em qualquer providência cautelar, ao contrário do que sucede numa providência de tutela sumária onde é eventual ²⁴³².

É que mesmo que, em acção cautelar autónoma, a existência do direito acautelando possa ser declarada com força de caso julgado, **nunca pode a existência futura do dano ser declarada: é possível um juízo de verosimilhança, mas não um juízo de certeza quanto ao futuro**. Em suma: nunca se passará da mera justificação ²⁴³³.

²⁴³⁰ No mesmo sentido, RP 21/12/1998 e RE 12/10/2006.

²⁴³¹ Cf. § 6º 2.4.2.

²⁴³² Cf. § 6º 1.

²⁴³³ “A mera justificação assenta sempre (e apenas) numa certa probabilidade sobre a verificação de um acontecimento”, sendo por isso que “se encontra frequentemente

E essa é, em nosso ver, uma das razões que impede o caso julgado absoluto na decisão cautelar: **a mutabilidade do seu objecto processual, por razões probatórias/extrínsecas.**

Efectivamente, é certo que, nos seus próprios termos de facto, não pode haver *bis in idem* ou repetição de providência, quer dentro do processo, havendo **caso julgado formal**, como se constatou, quer fora do processo, havendo um **caso julgado material** restrito. Mesmo a revogação/modificação da medida de decretamento não põe em causa a “legalidade [da decisão primitiva] mas, sim, a *continuação* da medida urgente”²⁴³⁴.

Mas dada a fraqueza qualitativa de um juízo de verosimilhança²⁴³⁵, o sistema processual admite, por força da exigência do direito à verdade material como condição de um processo equitativo²⁴³⁶, essa modificação e revogação pela *superveniência de factos novos para o processo* — leia-se para a *conformidade com a realidade de facto*, por parte do juízo de verosimilhança, — incluindo aqueles que não poderam ser relevados por insuficiência dos meios de prova e, por isso, não são subjectivamente novos. Esta fraqueza é aumentada com o uso legal das providências cautelares como modo de, por via da dimensão futura de um litígio temporalmente bidimensional²⁴³⁷ se atalharem as insuficiências temporais da tutela plena, tanto de remédio, como constitutiva, *i.e.*, para os casos de urgência extrínseca, que acarretam sempre consigo uma *summaria cognitio* do direito acautelando.

É com este reenquadramento da questão da *summaria cognitio* cautelar, que se pode concordar com LOMBARDO de que o *thema probandum* do processo cautelar constitui um *tema de probabilidade*²⁴³⁸.

II. A mesma circunstância da natureza de evento futuro do *periculum* redundando ainda numa **mutabilidade do seu objecto processual, por razões materiais/intrínsecas**²⁴³⁹.

prevista quando ao tribunal é exigida uma certa prognose sobre um acontecimento futuro” (TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes* cit., 202).

²⁴³⁴ TEPLITZKY, *Arrest* cit., 436. Identicamente, LÜKE, *ZVR* cit., 355; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 346; GRUNSKY, § 927 cit., Rdn. 1; VOLLKOMMER, *Zöller/Vollkommer* cit., § 927, Rdn. 1.

²⁴³⁵ Assim, também SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung* cit., 119.

²⁴³⁶ Em termos próximos, SCHILKEN, *idem*, 119. Cf. a nota 372.

²⁴³⁷ Cf. § 11º 4.2., V.

²⁴³⁸ *Natura* cit., 475.

²⁴³⁹ Neste sentido, GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 16, 17: o regime de modificação da *einstweilige Verfügung* parece ser, em parte, uma adaptação à mutabilidade temporal do objecto e, em parte, um modo de garantir o princípio da igualdade entre as partes no acesso aos meios de prova que normalmente é reduzido pela urgência. Ainda, ARIETA,

Enquanto um facto (passado) é, pela natureza das coisas um *quid* intrinsecamente imutável ²⁴⁴⁰ um evento futuro é, pela natureza das coisas um *quid* intrinsecamente *mutável*: se quisermos o *estado de perigo* de ocorrência desse evento futuro — danoso, in casu — *é intrinsecamente mutável*.

Como fenómeno de uma **projecção do presente no futuro basta que o comportamento presente do requerido se altere, para que as consequências futuras/presumidas desse comportamento também se alterem**. Acresce que o comportamento que é devido pelo requerido raramente se esgota num acto temporalmente isolado: o sujeito *deve constantemente actuar em termos adequados à produção do cumprimento de uma obrigação ou à não violação de um direito absoluto de outro*.

Deste modo, podem sobrevir novos factos actuais na relação material quer no sentido da desnecessidade da tutela — o perigo terminar pelo sucesso da própria cautela em levar o requerido *comportar-se bem*, por impor-lhe unilateralmente um efeito jurídico na sua esfera, pela extinção do direito acautelando ou por uma outra causa de desnecessidade —, quer no sentido da necessidade da tutela — novos actos para os quais a cautela originária é inadequada, levando à necessidade de novas providências.

Nesta segunda eventualidade, a alteração da *causa de pedir* pode conduzir a uma *alteração do pedido*, i.e., da medida de tutela concretamente adequada.

III. São caracteres absolutamente originais e identitários da acção cautelar. Em **todas as demais acções plenas e antecipatórias o objecto processual é imutável no tempo** seja porque se refere a **factos passados** — assim, nas **funções de remédio e constitutiva** — seja porque se refere a **eventos futuros** — assim, na **função preventiva cumprida por uma acção inibitória** — **que o legislador entendeu submeter ao espartilho do caso julgado** ²⁴⁴¹.

Estas especificidades são irredutíveis e inevitáveis porque **decorrem do próprio objecto da causa** — constituindo elas sim a urgência (em sentido impróprio) intrínseca — e não porque haja uma necessidade de produzir soluções o mais depressa possível.

TDPC III/1 cit., 37: um eventual regime cautelar com caso julgado, i.e., com “definitividade de efeitos” seria contrário às necessidades de modificação e de revogação da providência cautelar, decorrentes de os factos relativos ao *periculum* serem “susceptíveis de modificação no tempo”.

²⁴⁴⁰ E também processual ou probatoriamente imutável, graças ao caso julgado absoluto, sem prejuízo de excepções, maxime em sede de art. 771º, al. c) (revisão).

²⁴⁴¹ Daí as insuficiências no cumprimento de uma função preventiva por nós apontadas à acção inibitória, no § 10º 2.2.2.E., IV e 2.2.2.F.

Deste modo, a **acção cautelar é sempre uma acção sumária** ²⁴⁴², mas por razões substantivas.

B. Da função

Desta qualificação do perigo de dano como elemento da **causa de pedir**, i.e., a sua inclusão no objecto processual, decorrem, entre outras, duas consequências importantes.

A primeira é a de que, na ausência de alegação ou de demonstração probatória do *periculum* não há lugar uma absolvição da instância por falta de um pressuposto processual, mas, respectivamente, a uma *ineptidão do requerimento cautelar*, por falta parcial de causa de pedir ou a uma *absolvição do pedido*, por falta de prova dos factos constitutivos do pedido ²⁴⁴³.

A segunda é a de que por força do art. 498º, nº 4, segunda parte, conjugado com o seu nº 1 e o art. 497º, nº 1, a decisão de improcedência por falta de perigo de dano faz *caso julgado material* ²⁴⁴⁴ e gera *litispendência*, para causa com idêntico pedido fundado sobre o *mesmo* facto perigoso, mas não para um facto perigoso *diverso*. O *periculum*, ao ser elemento da causa de pedir, funda assim uma proibição de não repetição.

Contudo, as já referidas especialidades de mutabilidade do objecto processual cautelar, assentes na natureza futura do evento danoso, restringem aquela proibição ao estrito campo dos *exactos termos* da decisão, pois, como se viu atrás nos regimes positivos, pode ser colocado novo pedido cautelar quer *sobrevindo novos dados de facto/ direito sobre um mesmo periculum já anteriormente negado* ²⁴⁴⁵, quer *sobrevindo o novos eventos de periculum* ²⁴⁴⁶.

²⁴⁴² Neste sentido, SCHLÜTER, *Die Erfüllung* cit., 448; MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 6; TEPLITZKY *Arrest* cit., 882,122, 123; ADEN, *Der einstweilige Rechtsschutzes* cit., 2279 WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 74 e 265 ss., *Vor § 916* cit., Rdn. 7 e 37; KORINTH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 20; EBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 513; MICHALSKY, *ZPR* cit., 269; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 17 ss; MUSIELAK, *GkZPO* cit., Rdn. 748; VOLLKOMMER, *Vor § 916*, Rdn. 1; BERGER, *[Grundlagen]* cit., 82; GRUNSKY, *ZPR* cit., Rdn. 276; HARTMANN, *Grundz § 916*, Rdn. 1; JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 34, Rdn. 4.

²⁴⁴³ Neste sentido: RP 5/1/1995.

²⁴⁴⁴ Neste nosso sentido, K. BLOMEYER, *Arrest* cit., 62.

²⁴⁴⁵ RP 18/3/1999.

²⁴⁴⁶ Assim, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *MPC* cit., 26 nota (1); LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 12. Diversamente ABRANTES GERALDES, *Temas III*, cit., 103 e STJ 24/6/1980, BMJ 298 (1980), 269.

1.4. Conclusão: estrutura da causa de pedir cautelar; o poder potestativo à constituição/modificação provisória de uma situação jurídica acautelante

I. Em conclusão: na estrutura causa de pedir cautelar coexistem **dois elementos de facto** com direcção temporal oposta

- Um elemento passado: titularidade de um direito subjectivo ou de interesse legalmente protegido
- Um elemento futuro: um concreto facto idóneo, segundo um critério de causalidade adequada presumida, a causar um dano novo ou continuado

um e outro são os “factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte”, como exige o conceito que adoptámos de causa de pedir, pois um e outro preenchem a previsão normativa de que se retira essa situação. Esta previsão normativa é, consoante os casos, uma previsão de uma norma diferenciada, como, por exemplo o § 916 ZPO ou o nosso art. 406, para o tipo arresto, ou uma previsão de uma norma indiferenciada, como por exemplo os §§ 935 e 940 ZPO ou o nosso art. 381º, nº 1.

II. A **situação jurídica** que a parte faz valer, verificada a subsunção daqueles dois elementos de facto à previsão, é o **poder potestativo à constituição/modificação provisórias de uma situação jurídica na esfera jurídica do réu idónea a remover o perigo de dano**, com o conteúdo e alcance que aquela norma lhe fixe, diferenciada ou indiferenciadamente. A essa situação jurídica que o autor pretende constituir com a decisão final de cautela podemos designar como **situação jurídica acautelante** ²⁴⁴⁷.

O conteúdo dessa constituição/modificação provisória concreta é algo ao qual somente a decisão judicial dará resposta, na sequência de um pedido.

2. Pedido

2.1. Conteúdo pré-determinado e conteúdo aberto (pedido-quadro)

I. É sobre aquela causa de pedir ou elemento material do objecto processual — a **afirmação da titularidade de um poder potestativo, fundado na afirmação de uma razão**

²⁴⁴⁷ CALVOSA, *Il processo* cit. 71 = *Provvedimenti* cit., 447.

absoluta de não ingerência ilícita — que será deduzido o pedido de providência de tutela — o elemento funcional do objecto processual.

Importa apurar o conteúdo possível do pedido à luz dos critérios que foram atrás enunciados após a análise do direito positivo ²⁴⁴⁸: na perspectiva *absoluta* da medida de tutela em si mesma e na perspectiva da sua relação dita *instrumental* com a acção principal. Para tal, há que distinguir consoante se trata de medidas cautelares indiferenciadas e de medidas cautelares diferenciadas.

O apuramento do conteúdo do pedido nas *providências ditas típicas* não levanta especiais dificuldades: a medida de tutela pedida terá exactamente o mesmo conteúdo que a norma material estatui como objecto do poder potestativo ²⁴⁴⁹.

Exemplo: o art. 406º associa à factualidade do perigo de “perder a garantia patrimonial do seu crédito” a estatuição de um poder potestativo à “apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora”. Coincidentemente, o que o credor pode pedir é uma medida cautelar com esse mesmo conteúdo.

É, assim, um **pedido de conteúdo pré-determinado**.

II. Diversamente, o apuramento do conteúdo do pedido nas *providências ditas atípicas* ou *indiferenciadas* é complexo: a dedução do próprio pedido é ainda uma concretização da estatuição da norma material em questão, maxime, do art. 381º, nº 2, pois antes disso não se sabe o que possa ser uma “providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”. Há, pois, uma cláusula geral que deve ser preenchida.

Preliminarmente, pode perguntar-se se o autor tem o ónus de preencher a cláusula geral, individualizando a medida concreta que tem por adequada, ou se basta alegar e demonstrar que se verifica a previsão normativa, i.e., o direito e o perigo ao direito, cabendo depois ao juiz concretizá-la. Pois seja qual for a matriz de cautela inominada, vale a regra, expressa entre nós pelo art. 392º, nº 3, de que o “tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida”.

Temos de distinguir entre o *plano potencial* do que a dogmática da acção cautelar admite e o *plano positivo* do que o legislador lhe impõe.

No estrito *plano potencial*, o nosso entendimento, apesar de alguma doutrina contrária ²⁴⁵⁰, é o de que a medida concreta não tem de ser indicada, bastando que se

²⁴⁴⁸ Cf. § 6º 2.3.1.C.

²⁴⁴⁹ Foi esta coincidência entre o conteúdo do direito potestativo e o conteúdo da medida de tutela pedida que deu azo a pensar-se que o fundamento da tutela cautelar fosse um direito à cautela.

peça a medida mais adequada à tutela de um certo e determinado direito em face de um certo e determinado perigo ²⁴⁵¹ — aquilo que chamaríamos de **pedido aberto** ou **pedido-quadro (Rahmenantrag)** na expressão de GRUNSKY ²⁴⁵². Ou seja: o autor tem necessidade de salvaguardar o *direito* e não salvaguardar o direito de um *determinado modo* ²⁴⁵³. Isso é uma consequência correlativa ao poder discricionário do juiz: “um tal poder pressupõe que o autor não precisa de deduzir perante o tribunal um pedido preciso para o vincular” ²⁴⁵⁴. Naturalmente que quem negue esse poder, o que não é o nosso caso, defenderá, opostamente, um estrito pedido de uma medida concreta. Esta nossa visão é ainda a mais coerente com uma indiferenciação genérica entre conservação, regulação e antecipação afirmada por alguma doutrina e que abordaremos de seguida

Mas já no *plano positivo* as coisas são algo diferentes, importando distinguir entre as matrizes positivas.

III. Na *matriz alemã* vale o que se acabou de delinear: o autor *não precisa* — embora o possa fazer, o que é o normal ²⁴⁵⁵ — *de indicar* se pretende uma medida ao abrigo do § 935 ZPO ou ao abrigo do § 940 ZPO mas apenas a sua finalidade ²⁴⁵⁶ ou “objectivo genérico de tutela” [*generelles Rechtsschutzziel*] ²⁴⁵⁷. Ou seja: há que indicar que se quer um Arrest ou uma das *einstweiligen Verfügungen* ²⁴⁵⁸ e, nestas, se é uma medida de segurança (*Sicherungs-/Regelungsverfügung*) ou se é uma medida de antecipação (*Leistungsverfügung*) ²⁴⁵⁹. No dizer de GRUNSKY ²⁴⁶⁰ não é exigível ao autor decidir por sua conta e risco qual das medidas é a mais adequada, já que ao fazer essa escolha irá vincular o tribunal a ter de actuar dentro dessa opção, *ex vi* princípio

²⁴⁵⁰ Como TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 293, 299, 313 e a doutrina italiana que referiremos nas notas seguintes.

²⁴⁵¹ Assim: ARIETA, *Funzione* cit., 602–605; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10; SCHUSCHKE, *§ 938* cit., Rdn. 1, 460.

²⁴⁵² *Vor § 935* cit., Rdn. 11.

²⁴⁵³ Neste sentido, ARIETA, *Funzione* cit., 605.

²⁴⁵⁴ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10

²⁴⁵⁵ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10.

²⁴⁵⁶ Neste sentido, F. BAUR, *Studien* cit., 71 ss.; TEPLIZKY, *Arrest* cit., 886; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 97; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1582; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 489; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 356; VOLLKOMMER, *§ 935* cit., Rdn. 2; SCHUSCHKE, *§ 938* cit., Rdn. 1.

²⁴⁵⁷ MORBACH, *idem*, 97.

²⁴⁵⁸ GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 357.

²⁴⁵⁹ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10.

²⁴⁶⁰ *Vor § 935* cit., Rdn. 10

dispositivo, e, desse modo, restringirá o próprio objecto processual, podendo o tribunal dar outra medida desde que seja sempre um *minus*²⁴⁶¹ e nunca um *aliud*²⁴⁶².

Apenas assim não será quando se trate de uma cautela de satisfação, *i.e.*, uma *Leistungungsverfügung*, pois esta só pode ter lugar em condições de urgência extrema²⁴⁶³ e por isso ela deve delimitada²⁴⁶⁴.

Na *matriz italiana*, onde vigora uma única previsão legal — o art. 700º CPC/It, o art. 381º — entende-se tradicionalmente que a parte deve pedir uma providência concreta²⁴⁶⁵, mas alguns AUTORES já admitiram, como na Alemanha, uma simples indicação da “exigência de cautela de que a parte careça”²⁴⁶⁶ ou uma indicação do “fim material que a parte prossegue” deixando ao tribunal a tarefa de concretizar a medida adequada²⁴⁶⁷. Em especial, entre nós o art. 381º, nº1 prevê que o autor “pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada”, enquanto o art. 384º, nº 1, conjugado com o art. 467º, nº 1, al. e) exige a formulação de um pedido, o que parecem constituir indícios externos de uma prevalência do princípio dispositivo idêntica à de qualquer outra acção²⁴⁶⁸. No entanto, evitando qualquer querela doutrinal, o já citado art. 392º, nº 3, estatui que o “tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida”.

Também em França o juiz dos *référés* não está vinculado à medida concretamente pedida por este²⁴⁶⁹, mesmo quando se trate de uma medida “para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita” (art. 809º/I NCPC/Fr).

E, portanto, a regra vigente no direito português, mas também do italiano e francês, para o pedido de uma cautela indiferenciado é do **pedido-quadro com observância do pelo princípio dispositivo**: o requerente tem o ónus de indicar uma medida que concretize ou determine a estatuição — quer a estrutura, quer o respectivo conteúdo —

²⁴⁶¹ MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 97.

²⁴⁶² GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 356.

²⁴⁶³ Cf. § 5º 2.3.2.G., III.

²⁴⁶⁴ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 151; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 489; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 357; SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 4.

²⁴⁶⁵ Assim, TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 217, 242 ss, 247, 290 ss; ARIETA, *Funzione* cit., 596–597, mas reconhecendo um poder discricionário ao juiz; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 298; CONSOLO, *Consolo/Luiso/Sassani* cit., Art. 669–bis, 580; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 544; MANDRIOLI, *DPC* III cit., 342 = *CDPC* III cit., 213; VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 125, 126, 131 ss.

²⁴⁶⁶ G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, FI 115/V (1992), 439.

²⁴⁶⁷ MERLIN, *Procedimenti* cit., 402.

²⁴⁶⁸ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 67.

²⁴⁶⁹ LACABARATS, *ob. cit.*, nº 124.232.

e desse modo restringirá o próprio objecto processual ²⁴⁷⁰. O sentido real dessa restrição e os limites e expressão correlativos desse poder judicial serão vistos adiante ²⁴⁷¹.

2.2. **Perspectiva absoluta do conteúdo: bilateral, unilateral**

I. Importa fixar, de modo definitivo, qual o conteúdo absoluto da medida de tutela que pode ser pedida e que o juiz aceitará ou alterará.

A este respeito, importa confirmar se continua válida a distinção feita provisoriamente entre providências cautelares *condenatórias* e *constitutivas*, que remonta ao momento da elaboração de uma primeira hipótese de trabalho sobre a estrutura e o conteúdo do objecto cautelar ²⁴⁷². Dissemos, então, que enquanto nas **providências cautelares de condenação** o autor pretende que o tribunal imponha ao réu um comando de actuação positiva ou um comando de actuação negativa, seja de não fazer, seja de deixar que o autor faça, já nas **providências cautelares constitutivas** o autor pretende que o tribunal decrete a produção na esfera jurídica do réu de uma vicissitude jurídica. Correlativamente, nas primeiras ocorreria o exercício de **pretensões materiais** e nas segundas o exercício de **poderes potestativos**.

Esta nossa primeira arrumação precisa de ser revista, já que acabámos de concluir que em todas as providências cautelares se exerce um poder potestativo à constituição de uma situação jurídica acautelante, *i.e.*, **que todas as providências cautelares são constitutivas**. Em particular, mesmo as pretensas providências de condenação são, primariamente, providências constitutivas já que a obrigação que se vai impor cautelarmente não pré-existia ao momento do trânsito da decisão cautelar. A cautela não reconhece uma prévia obrigação; antes constitui *ex novo* essa mesma obrigação.

E, no entanto, há uma profunda diferença estrutural entre aquilo que se pode em termos mais correctos designar como **providências cautelares bilaterais** e como **providências cautelares unilaterais**, no mais permanecendo inalteráveis as sub-distinções que operámos internamente dentro de cada categoria.

As **providências cautelares bilaterais** são as que dependem de ulterior colaboração do réu, *i.e.*, de uma prestação, para serem concretamente eficazes ²⁴⁷³.

²⁴⁷⁰ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 118–119.

²⁴⁷¹ No § 13º.

²⁴⁷² Cf. § 6º 2.3.1. C, I e II.

²⁴⁷³ Pois nem a necessidade de uma ulterior execução, nem uma não produção de efeitos *per se* são contrários à natureza de uma acção constitutiva, em geral, no dizer de SCHILKEN, *ZPR* cit., Rdn. 195.

Exemplo já utilizados preliminarmente: (1) *comandos de actuação positiva (ordem cautelar)*, tanto jurídica (v.g., prestação de informações sobre o sucedido em assembleia geral de uma sociedade, realização de prestações contratuais unilateral ou abusivamente suspensas), como material (v.g., entrega de coisa, pagamento de quantia pecuniária de salário, indemnização, prestação social ou alimentos, demolição de obra, fecho de um escritório aberto em violação de uma cláusula de não concorrência, reintegração de trabalhador); (2) *comandos de actuação negativa (proibição/inibição cautelar)*, tanto de *non facere* (v.g., proibição de arranque de cortiça, de danificação de bem de particular não considerado em anterior cômputo de indemnização para expropriação, de obras em via pública durante um período de tempo nocturno, de produção de ruídos durante certas horas do exercício dos direitos sociais de voto), como de tolerar actuação do autor (*pati*).

Diversamente, as **providências cautelares unilaterais** não dependem de ulterior colaboração do réu para serem concretamente eficazes; basta o trânsito em julgado da decisão cautelar.

Exemplo já utilizados preliminarmente: (1) *constituição de uma situação jurídica activa* (v.g., nomeação de representantes para administrar uma sociedade, autorização de exercício de direitos ainda não declarados, como uma servidão que ainda se vai constituir na acção principal, suprimimento da ausência de vontade do réu na celebração de um contrato de fornecimento/prestação de bens/serviços essenciais); (2) *modificação de uma situação jurídica* (v.g., suspensão da eficácia jurídica de direitos de participação numa sociedade ou de deliberações sociais, de um despedimento colectivo, de demolição, da difusão de um livro autorização para o não cumprimento obrigações contratuais); (3) *modificação de uma situação jurídica, cumulada com a constituição de uma nova situação jurídica* (v.g., restrições ao gozo, alienação e oneração de direitos reais em consequência da apreensão de bens seguida de depósito ou seguida de entrega, acompanhadas da constituição de direitos de preferência).

II. O que se deve dizer é, então, o seguinte: **todas as providências cautelares são potestativas**, mas enquanto algumas são **eficazes autónoma e imediatamente**, outras apenas são **eficazes de modo dependente e mediato**, pois são constitutivas de uma situação acautelante que tem a natureza de uma *pretensão material a um certo comportamento*. Em suma: o juiz pode constituir obrigações na esfera do requerido ²⁴⁷⁴.

Trata-se, assim, de uma pretensão material derivada, constituída de modo judicial e sem o concurso da vontade da parte passiva. E como verdadeiras pretensões materiais, a falta da sua satisfação pode ser suprido por via de uma execução da medida cautelar,

²⁴⁷⁴ Neste sentido, SCHWONBERG, ob. cit., 206.

fazendo das regras da acção executiva com as devidas adaptações à provisoriedade da cautela, como é defendido pela doutrina alemã ²⁴⁷⁵.

2.3. Perspectiva relativa do conteúdo: graduação da intensidade da ingerência

2.3.1. Refutação da oposição pericolo di infruttuosità/pericolo di ritardo

A. Irrelevância extraprocessual

I. Importa agora fixar, de modo definitivo, qual é o conteúdo relativo da medida de tutela que pode ser pedida e que o juiz declara: se se podem aceitar e utilizar os conceitos atrás referidos ²⁴⁷⁶ de providências conservatórias e de providências antecipatórias, em função do papel que cumprem perante uma acção dita principal.

A nossa resposta preliminar é a de que o que releva para o conteúdo da medida de cautela não é a sua pretensa importância na salvaguarda da acção principal, mas sim, obviamente, a respectiva causa de pedir, necessariamente material e necessariamente centrada no perigo. Esta é a única resposta que é coerente com a nossa defesa de um fundamento material para a tutela cautelar, cuja procedência pensamos estar demonstrada.

Vamos ver as consequências deste nosso postulado

II. Prima facie a distinção conservação/antecipação não releva no plano de um litígio que seja resolvido fora de um tribunal: extrajudicialmente ou se resolve o litígio, através da prevenção do dano, ou isso não sucede e o litígio permanece. O que releva, efectivamente, é o perigo: o perigo ditará qual a medida mais adequada e não a perspectiva de um futuro recurso a um tribunal. Nem no plano do conteúdo, nem no plano da vontade, nem no plano dogmático há algum tipo de instrumentalidade formal ou funcional entre autotutela e tutela judicial.

No *plano do conteúdo* não se pode dizer que a legítima defesa ou o embargo de obra nova extrajudicial, em que o titular previne uma violação do seu direito, sejam conservatórios da situação litigiosa esperando pela intervenção de um *tribunal* ou antecipatórios de uma vantagem que o *tribunal* decretaria. Não: eles têm o conteúdo que é adequado ao perigo. Se necessário for, mesmo na autotutela o perigo de dano

²⁴⁷⁵ Cf. TEPLITZKY, *Arrest* cit., 437, GRUNSKY, § 928 cit., Rdn. 1 e LÜKE, *ZVR* cit., 377.

²⁴⁷⁶ Cf. § 6º 2.3.1.C., III.

concreto pode tornar lícita a realização, antes do tempo juridicamente devido, do próprio direito posto em perigo²⁴⁷⁷.

E, semelhantemente, também a exigência extrajudicial de uma *Gegendarstellung* ou de um comunicado de rectificação ou resposta ao abrigo da art. 10º *legge n. 223*, de 6 de Agosto de 1990, n. 223, não é conservatória da situação litigiosa esperando pela intervenção de um tribunal.

No *plano da vontade* do titular do direito, não é essa a *finalidade* da sua actuação, nem foi essa a *medida* do respectivo conteúdo. Uma e outra foram, sim, o afastamento do perigo ao direito. O titular do direito age em autotutela não para evitar o esvaziamento da utilidade da futura acção principal, mas para evitar o esvaziamento da utilidade do *direito*. **A haver antecipação ela, é assim, material.**

III. No *plano dogmático* a autotutela não é uma actuação por conta do tribunal ou tutela instrumental *extrajudicial*, contraposta a uma tutela instrumental *judicial* — as cautelas. Por outras palavras: não há uma graduação de objectos em que autotutela, cautelas e a acção principal estejam num plano de sucessiva instrumentalidade ou reserva graduada.

Tal é, todavia, a posição de HEINZE²⁴⁷⁸ como já assinalámos: a autotutela seria uma “substituição provisória” ou antecâmara do próprio recurso às *einstweiligen Verfügungen* que lhe devem suceder de seguida, *ex vi* § 230/2 BGB, as quais cumprem perante aquela uma *Rechtfertigungsfunktion* ou função de legitimação/ratificação judicial²⁴⁷⁹; por sua vez as *einstweiligen Verfügungen* cumprem uma *Sicherungsfunktion* ou função de segurança da acção principal dados os limites temporais desta, que depois as substituirá²⁴⁸⁰. Uma satisfação autónoma do direito (*Selbstbefriedigung*) estaria excluída, competindo apenas à acção judicial²⁴⁸¹.

Claramente ressoam aqui os traços das teses da mera acção, agora em sede de autotutela. Não só é ocioso repetir a nossa crítica aos mesmos e à sua deriva publicista, como já mostrámos que até é possível logo ao sujeito que se auto-defende realizar lícitamente a satisfação do direito à restituição, como o objecto material de tutela permanece constante seja qual for o meio da sua tutela. A eventual necessidade de uma ulterior ratificação judicial, imposta pelo o (quase) monopólio estatal da Justiça, não toca nesse objecto, mesmo na passagem de testemunho da cautela para a acção principal.

²⁴⁷⁷ Cf. no § 8º 2.3.2.C., o nosso exemplo da restituição, em acção directa, da coisa comodatada.

²⁴⁷⁸ *Vor § 916* cit., Rdn. 8.

²⁴⁷⁹ *Vor § 916* cit., Rdn 9, na senda de HELLWIG.

²⁴⁸⁰ *Idem*, Rdn. 9.

²⁴⁸¹ *Idem*, Rdn. 9.

Em suma: na autotutela o sujeito actua sempre para resolver o seu problema *hic et nunc*. A sua actuação apenas tem um objectivo: uma *defesa actual contra o perigo de dano*.

B. Relevância processual; apreciação crítica

I. Diversamente, a distinção tradicional já se colocaria quando se entra no **plano processual** na perspectiva da **relação do conteúdo dos efeitos cautelares com o conteúdo dos efeitos da acção principal**.

Aqui pareceria fazer sentido, distinguir entre medidas que acarretam *efeitos que nem no plano prático, i.e., do efeito útil, advirão da acção principal, não sendo, por isso, possível ocorrer sobreposição ou repetição entre eles de um ponto de vista prático* e medidas que *acarretam efeitos que no plano prático advirão total ou parcialmente da acção principal, sendo, por isso, possível ocorrer sobreposição ou repetição entre eles*

²⁴⁸²

Exemplo (1): a providência cautelar inibição de prática de actividades que violam um pacto de não concorrência é antecipatória, porquanto essa inibição pode ser decretada como efeito abstracto numa acção inibitória ou ser um efeito concreto de uma acção de simples apreciação

Exemplo (2): a providência cautelar de suspensão de deliberação social é conservatória, porquanto o efeito de suspensão nunca decorrerá da anulação da própria decisão

Poder-se-ia, por conseguinte, operar, com maior ou menor precisão, alguma cisão entre medidas conservatórias e antecipatórias, no plano da relação com a acção principal.

Uma tal conclusão suscita-nos as maiores reservas.

II. Em *primeiro lugar*, uma distinção que é feita em função do conteúdo da futura acção principal, só tem justificação num sistema de tutela em que uma cautela (dita antecipatória) possa ser absorvida por uma acção cujo objecto esteja materialmente relacionado com a primeira, o que logicamente pressupõe um regime de instrumentalidade formal, em especial, necessária. Num regime de instrumentalidade eventual a distinção só será relevada se a parte que se considere lesada pela medida

²⁴⁸² Medidas que no dizer de BANDEL, *Einstwelliger Rechtsschutz* cit., 135 e 188, “sob nenhum ponto de vista estatuem uma satisfação provvisória ainda que parcial da pretensão prosseguida na acção principal” e medidas que “realizam de modo parcial o que é pretendido pelo autor na acção principal”.

requerer a sua revogação. Mas até mesmo nos sistemas de instrumentalidade necessária este *resultado prático* em que conservação e antecipação não relevam *de facto* para as partes, pode ser alcançado se estas não invocarem a caducidade.

Sucede, ainda assim, que um tal reconhecimento de uma oposição conservação/antecipação em sede de instrumentalidade, nem por isso desfigura a essencialidade da autonomia funcional da medida em si mesma e, tampouco, do respectivo *periculum*. É um reconhecimento puramente *formal*, servindo as intenções da doutrina e do legislador quanto ao papel menor das cautelares, mas sem qualquer correspondência substancial.

De facto, e em *segundo lugar*, há um ponto essencial e decisivo nesta matéria: em qualquer caso a **medida terá sempre o mesmo conteúdo, independentemente de se discutir doutrinariamente qual o efectivo regime — se instrumental, se não instrumental —** como se vê no tratamento variado que é dado à *cautio damni infecti*²⁴⁸³. Pois **o que determina o conteúdo é o perigo** e, correlativamente, o **conteúdo do direito subjectivo**. É isso que é relevante para as partes, *tal como sucede quando o direito subjectivo é feito valer extraprocessualmente*.

E por isto, sempre que surja um arranjo processual que dispense, em absoluto, acções principais — *i.e.*, em que o procedimento cautelar seja a acção principal e autónoma — estas categorias de tutela (conservatória, antecipatória) e, bem assim, os *pericula* que a doutrina dominante lhes associa caem, sem que, com isso, deixe de haver tutela preventiva. Nessa eventualidade, continuam a existir providências cautelares, pura e simplesmente — nem antecipatórias, nem conservatórias — e, diríamos com OVÍDIO BAPTISTA, cuja duração da respectiva eficácia jurídica “apenas está condicionada pela duração do perigo iminente”²⁴⁸⁴.

Isso é patente nos poucos exemplos dessas acções. Assim, não é conservatória nem antecipatória — de que outra acção? — a acção de *cautio damni infecti* permitida pelos art. 1280º e 1281º CC/Br: é uma acção final, cautelar ou preventiva, que “não perde eficácia no prazo de 30 (trinta) dias previstos pelo art. 806º”²⁴⁸⁵. De igual modo a *Gegendarstellung* que pode ser pedida judicialmente, não se pode dizer que seja antecipatória de uma acção judicial²⁴⁸⁶ e, muito menos, conservatória do *status quo*.

III. As razões para esta indistinção ou unidade entre os *pericula* residem na unidade da respectiva causa de pedir.

²⁴⁸³ Cf. o § 6º 2.3.1.C., II.

²⁴⁸⁴ *Do processo* cit., 127.

²⁴⁸⁵ OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 127.

²⁴⁸⁶ Recordem-se na nota 695 os AUTORES que entendem não há lugar a uma ulterior acção principal.

Já sabemos que através das razões de facto e de direito da *causa petendi cautelar*, o autor pretende exercer *um poder potestativo à constituição/modificação provisórias de uma situação jurídica acautelante esfera jurídica do réu com uma única utilidade: remover o perigo de dano ao direito subjectivo. O mesmo a dizer: idónea a interromper o nexo de causalidade presumido entre o acto actual do requerido e acto futuro de ingerência danosa na esfera do requerente, conseguindo, assim, um resultado de não de perturbação ou de não impedimento.*

E portanto a causa de pedir apenas determina o pedido neste sentido: que tenha um conteúdo idóneo para remover o perigo ao direito. No mais, o conteúdo e o objecto de uma acção principal são *irrelevantes* para a determinação daqueles **deveres e estados de sujeição** e, por isso, *irrelevantes* para o apuramento da medida contra o perigo, não sendo eles que dão causa à acção.

Em consequência, deve-se refutar o entendimento dominante que postula a diferenciação calamandreiana entre *pericolo di infruttuosità* da acção principal (o perigo de que “a situação de facto se modifique” de tal modo que “a realização do direito não seja mais — total ou parcialmente — possível e/ou útil” ²⁴⁸⁷) e o *pericolo di ritardo* que só seria aplacado pelas segundas (o “perigo de que a satisfação do direito chegue mas atrasada” ²⁴⁸⁸).

Correlativamente, refuta-se no campo da tutela, como já se disse, a oposição entre **providências cautelares capazes de evitar a modificação da situação de facto — conservatórias — e providências cautelares capazes de satisfazer o direito — antecipatórias.**

IV. Em conclusão: no plano processual conservação e antecipação parecem emergir apenas como uma consideração de utilidade externa própria de um sistema que a pretende usar para salvar as falhas das acção plena, mas que nada tem a ver com os termos do litígio. Se não houvesse acção principal, logicamente que não haveria providências cautelares *antecipatórias*, apesar de, ainda assim, haver providências cautelares.

Qualquer consideração desse tipo terá de ser procurada não no campo processual, mas no **campo material** e nessa sede sujeita a confirmação ou negação.

²⁴⁸⁷ ATTARDI, *DPC I* cit., 152–153.

²⁴⁸⁸ E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 25.

2.3.2. Relevância material

A. Observações de JAUERNIG, WENZEL, DAMM e SCHWONBERG

I. Terá sucesso uma busca pela existência de medidas de tutela cautelar conservatória e antecipatório no **plano material**?

Importa voltar à doutrina e ao direito alemães. Na verdade, o sistema e a doutrina alemães são a demonstração de como basta ocorrer o enfraquecimento da instrumentalidade necessária em detrimento de uma instrumentalidade eventual para, sobre os mesmos litígios, se aplicar uma grelha de medidas em que o *Hauptsachverfahren* é mais um limite à eficácia e menos um limite ao conteúdo: importa mais aquilo que ao direito subjectivo em perigo parece ser mais adequado e menos uma sua relação perante a futura acção principal.

Ora, a maioria da doutrina alemã ²⁴⁸⁹ defende que em vez de duas categorias — conservatórias e antecipatórias — surgem as já conhecidas e analisadas três categorias de medidas cautelares — de segurança, como as *Sicherungsverfügungen* do § 935 ZPO, de regulação, como as *Regelungsverfügungen* do § 940 ZPO e de satisfação, como as *Leistungsverfügung*.

Pareceria, assim, que materialmente seria possível operar aquela distinção que negámos até agora. No meio, ficaria uma categoria de difícil compreensão, dita de *regulação*, por vezes proposta em Itália ²⁴⁹⁰ e entre nós ²⁴⁹¹, como se fosse algo que é mais que uma conservação e menos que *uma satisfação antecipada do direito do autor* ²⁴⁹² — um sucedâneo deste tão indesejado resultado.

II. Contudo, alguma doutrina tende, justamente, a defender que **estas três categorias cautelares não correspondem a uma efectiva diferença no plano material**, quer quanto aos **pressupostos legais** quer quanto aos **efeitos jurídicos**, sendo de excluir uma categoria intermédia de *regulação* (*Regelungsverfüg*) ²⁴⁹³ e uma

²⁴⁸⁹ Cf. § 5º 2.3.2., IV.

²⁴⁹⁰ Assim, CONSOLO, *SpDPC* I cit., 317 ao arrumar as medidas decretáveis *ex vi* art. 700º CPC/It, em cautelas de salvaguarda, de regulação, antecipatório-satisfativas e alternativas.

²⁴⁹¹ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 235, quando separa providências cautelares de garantia, de regulação e de antecipação.

²⁴⁹² MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 331-332.

²⁴⁹³ Expressamente, refutando uma tal „Mittelding“, WALKER, *Der Einstwelliger Rechtsschutz* cit., Rdn. 102 ss. e 112; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1590. Também para GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 30, na prática há uma indistinção entre § 935 e 940 ZPO.

oposição entre segurança e satisfação do direito (***Sicherungsverfügungen*** e ***Leistungsverfügungen***)²⁴⁹⁴. Medidas de não satisfação do direito — as de segurança e de regulação — e medidas de satisfação do direito compõe o mesmo âmbito de aplicação²⁴⁹⁵, a partir de uma “previsão de perigo unitária” segundo SCHWONBERG²⁴⁹⁶, e apenas a formulação concreta da medida muda em função do perigo concreto.

Mais: mesmo no ***plano de facto*** não será possível um critério rigoroso de distinção apenas com base nas vantagens ou desvantagens, quando tomado em si mesmo, como notam BROX/WALKER²⁴⁹⁷.

A este propósito DAMM escreve que “as respectivas esferas conceptuais não podem (...) actualmente ser construídas em estritas delimitações entre diferentes tipos de medidas, mas apenas como *modalidades de relações sociais com níveis de graduação*”²⁴⁹⁸, enquanto que no plano teórico WENZEL entende que aquela tripartição legal é apenas uma *pura jurisprudencia de conceitos* — afinal como o próprio conceito de *mera acção*, diríamos nós — sem correspondência com a efectiva função material desempenhada pela medida²⁴⁹⁹. Deste modo, também a WENZEL custa a aceitar a validade da oposição conservação/antecipação quando medidas ditas de conservação produzem efeitos tão intromissores e, por vezes, definitivos na esfera do réu.

III. Mas, porventura, é SCHWONBERG quem melhor demonstra a desrazoabilidade da oposição entre conservação e antecipação e, por ela, entre *pericolo di infruttuosità/pericolo di ritardo*.

Antes de mais, a propósito da viabilidade da manutenção da proibição de antecipação (*Vorwegnahme des Hauptverfahrens*), mosta que nas relações jurídicas complexas, carentes de regulação cautelar intensiva, não faz sentido uma tal proibição já que sempre que um direito é afirmado ou negado para uma das partes,

Contra, BRUNS/PETERS, ZVR cit., 343, notam que os pressupostos do § 940 são diferentes quer quanto ao direito, quer quanto ao perigo.

²⁴⁹⁴ Assim, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 57–59; DAMM, §§ 935, 940 cit., Rdn. 7; BROX/WALKER, ZVR cit., Rdn. 1590. Também MÄDRICH, *Das Verhältnis* cit., 3, concorda que há uma indiferenciação no plano dos pressupostos — sempre um Verfügungsgrund de perigo e sempre uma Verfügungsanspruch material em perigo. Diversamente, BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 133, defende a separação das categorias *medidas cautelares de segurança* — *sichernde Maßnahmen* — e *medidas cautelares de antecipação provisória* — *vorläufige Maßnahmen* — pelos seus efeitos jurídicos.

²⁴⁹⁵ DAMM, §§ 935, 940 cit., Rdn. 3.

²⁴⁹⁶ SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit. 125

²⁴⁹⁷ ZVR cit., Rdn. 1590

²⁴⁹⁸ §§ 935, 940 cit., Rdn. 3.

²⁴⁹⁹ *Grundlinie des Arrestprozesses*, MDR (1967), 889, 892.

corresponderá para a outra parte uma situação jurídica final que durará até ao termo da acção principal ²⁵⁰⁰.

E mesmo numa relação simples credor/devedor essa definitividade surge sempre que haja uma componente temporal inerente, uma estrutura organizacional, v.g., societária, ou uma delimitação de competências ²⁵⁰¹, como sucede nas inibições cautelares ²⁵⁰², maxime de concorrência desleal, acrescentamos. Nestas, como escreve KOCH ²⁵⁰³, no que é seguido por SCHWONBERG ²⁵⁰⁴, cada regulação provisória é sempre um efeito jurídico final, circunstância que também JAUERNIG aponta para que uma *Regelungsverfügung* de inibição acabe por ser, logicamente, um modo especial de satisfação do credor, irreversível: as “inibições de ontem não podem ser reparáveis pelos actos de hoje, escreve” ²⁵⁰⁵.

B. Posição pessoal: refutação da oposição conservação/antecipação; indistinção intrínseca do periculum; graduação da intensidade

I. As conclusões essenciais desta doutrina germânica são conformes à nossa defesa de uma unidade do elemento da causa de pedir que é aquele do *periculum*. Deve-se, em consequência, refutar uma específica vantagem material de conservação e uma específica vantagem material de antecipação? A resposta, em nosso ver, é *não*.

É absolutamente inadequado, tanto no plano de facto, como no plano das normas, falar em **conservação** de um lado e **antecipação** do outro, como bem demonstra a doutrina alemã, acabada de citar. E menos ainda é adequado associar-lhe uma justificação que passe por uma relação com a acção principal: a relação é com o *periculum*, sua causa de pedir.

Como BROX/WALKER, nós também notamos que no plano dos efeitos de facto uma medida com a mesma estrutura e afectando um direito da mesma forma pode ser dada a título diverso: assim, na Alemanha uma medida de inibição de actuação (*Unterlassungsverfügung*) tanto pode ser usada em *segurança* — quando seja uma mera prestação acessória à prestação principal — como em *regulação* — quando seja um modo de impor limites ao exercício de direitos reais em relação de vizinhança, como

²⁵⁰⁰ *Die einstweilige Verfügung* cit., 112.

²⁵⁰¹ *Ob. loc. cit.*

²⁵⁰² *Ob. loc. cit.*

²⁵⁰³ *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., 1395 ss.

²⁵⁰⁴ *Die einstweilige Verfügung* cit., 112.

²⁵⁰⁵ *Der zulässige Inhalt* cit., 332. No mesmo sentido de que uma *Sicherungs-* ou uma *Regelungsverfügung* podem acabar por moldar em termos definitivos um litígio, MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 98 e 99.

em extremas — , como ainda em *satisfação* — quando seja a própria prestação principal em falta ²⁵⁰⁶.

Ora isto também sucede no nosso sistema vigente, de matriz italiana: quer uma inibição, quer com uma medida de entrega de uma coisa tanto pode servir para conservar, como pode servir ou para antecipar.

Exemplo: uma **apreensão dos mesmos** bens pode ser feita a título de arresto ou a título de providência cautelar conservatória.

E, portanto, na perspectiva do sujeito passivo é irrelevante a finalidade com que lhe é imposta uma dada vinculação.

II. No plano normativo e dos seus efeitos, a regulação cautelar é feita, efectivamente, sem que uma ideia de conservação, em especial, ou de cautela, em geral, signifique necessariamente uma menor ou mais leve ingerência ou vinculação para a parte passiva do seria de esperar por via da acção principal. Muito pelo contrário: sob a capa da conservação pode o réu por via cautelar ser sujeito a vinculações fortes cujo único limite é o da proporcionalidade — um limite sobretudo quantitativo — e o da salvaguarda da acção principal — limite em cujo nome ou contra o seu nome muito tem sido decidido.

Tal está muito bem demonstrado por SCHWONBERG.

Portanto, **conservação, em especial, ou cautela, em geral, não significam ajuridicidade ou não exercício de direitos ou não constituição de vinculações e sobretudo não irreversibilidade de soluções** ²⁵⁰⁷. Não: *no plano material não existe conservação* como um intervalo de suspensão dos eventos jurídicos e de facto ²⁵⁰⁸ — a conservação é um momento jurídico, com um fundamento material bem claro de aplicação actual de normas jurídicas que a acção final não utilizará.

III. Deste modo, é de acolher plenamente a doutrina germânica quando aponta uma unidade à tutela cautelar tanto no plano dos pressupostos — *maxime*, do periculum — e no plano dos efeitos. Essa unidade tem, afinal, um fundamento material: seja qual for a medida *trata-se sempre*, a despeito do nome legal, de *regular* uma relação jurídica quer mesmo em satisfação. Neste plano, a função e objecto unificam as várias medidas, sem dúvida.

²⁵⁰⁶ Cf. exemplos no § 5º 2.3.2.G.

²⁵⁰⁷ A não ser que se queira abrir novamente a porta à refutada tese da mera acção e deixar sair o direito material para o campo da existência dogmaticamente clandestina.

²⁵⁰⁸ BALENA, *[La disciplina]* cit., 326, fala em medidas dirigidas a “*cristalizar (...) a situação de facto e/ou jurídica*”.

Na matriz italiana, em que se inclui o nosso sistema cautelar, esta conclusão no sentido de uma indiferenciação funcional e material das cautelas é absolutamente congruente com a expressa e formalmente assumida concentração dos enunciados nos preceitos solitários dos arts. 381º e 700º CPC/It, traduzida numa identidade de pressupostos e de funcionalidade ou finalidade das medidas. E, precisamente, tal como na Alemanha, o efeito jurídico concreto varia segundo a finalidade de adequação ao perigo de dano ao direito e não de adequação a uma ineficácia da acção principal.

A existência, sempre eventual, de providências cautelares típicas não coloca em dúvida estas nossas afirmações: no plano material não há um perigo típico e um perigo atípico. As cautelas típicas apenas se autonomizam no plano formal, tendo subjacente a consideração legislativa de que para certos *pericula* frequentes e até com alguma tradição no sistema processual torna-se desnecessário dar um poder de adequação ao juiz, pois a situação jurídica acautelante terá de ser sempre a mesma. A medida típica é — presume-se legislativamente — a medida adequada ao respectivo perigo — e não ao respectivo direito, tomado isoladamente, pois o é que é decisivo no funcionamento ou não da subsidiariedade é o *periculum* e não o direito em si mesmo²⁵⁰⁹. Mas se faltar, em concreto, essa adequação da medida típica, poder-se-á lançar mão da cautela subsidiária

IV. Confirma-se, assim, que o perigo de dano em si mesmo é **indistinto**: não é mais grave — justificando uma antecipação — ou menos grave — justificando uma conservação, quando é objecto de autotutela do titular do direito e não o passa a ser — mais grave ou menos grave — quando é objecto processual. Ele apenas **tem a gravidade que justifique a providência adequada** ou, antes disso, um **pedido de providência adequada**.

Daí a afirmação de ATTARDI, que subscrevemos, de que tal distinção é “injustificada”²⁵¹⁰. Aquela distinção de CALAMANDREI entre *pericolo di infruttuosità/pericolo di ritardo* está, afinal, a referir-se ao *dano por mora processual* e ao próprio grau sucesso de uma acção cujo objecto não é o perigo de dano. Ela é, assim, *quantitativa*: consoante o grau de ineficácia da acção antecipável, for total ou parcial. Ora essa ligação é dogmática, porquanto em concreto o que interessa é o perigo ao direito em resultado da actual ameaça, não relevando se a sua concretização vai impossibilitar ou se vai onerar o exercício/existência do direito.

V. Daqui resulta que a abordagem teórica clássica do tipo *conservação/antecipação* do conteúdo do pedido, *i.e.*, a medida de tutela cautelar pedida, por exprimir uma

²⁵⁰⁹ Assim, uma cautela de um direito de crédito não tem de ser um arresto: cf. § 5º 2.3.2.G., III.

²⁵¹⁰ *DPCI* cit., 153.

relação com a eficácia da acção principal, deve ser substituída por uma abordagem teórica do tipo **gradação de intensidade material** como surge no pensamento de DAMM ²⁵¹¹. O grau de ingerência — *i.e.*, de desvantagem patrimonial e não patrimonial comparativamente com o estado anterior à constituição de efeitos — que a situação jurídica acautelante assume na esfera jurídica do requerido é a medida dessa intensidade. A distinção conservação/antecipação é de todo irrelevante neste contexto.

Exemplo: uma inibição/proibição de venda futura de um bem a terceiro é claramente menos ingerente que uma ineficácia dos actos de alienação futura desse mesmo bem; o pagamento antecipado de uma indemnização que se deve *pode*, consoante o caso concreto, ser menos ingerente que o arresto do recheio da casa do devedor como garantia desse valor.

Em suma: a tutela cautelar apresenta uma intensidade graduada para um *periculum unitário* de intensidade graduada.

2.3.3. Antecipação e segurança

A. Conceito

I. Se a distinção conservação/antecipação é irrelevante num contexto material de gradação de medida, correspondente à necessidade de tutela, isso não obsta a que, muito justamente, a medida até possa consistir numa antecipação no plano do direito material. De facto, adaptando uma afirmação de SCHWONBERG em sede de *Regelungsverfügung* laboral, aquela gradação pode ir do “mínimo absolutamente necessário” até à “plena realização” do direito ²⁵¹².

Importa voltar à nossa definição de antecipação.

Esta foi definida na investigação em termos **processuais**: um meio de tutela *aplica as mesmas normas aos mesmos factos, ainda que de modo provisório, para produzir efeitos de conteúdo igual, antes do tempo daquele*. A esta luz a tutela cautelar não é processualmente antecipatória pois implica o uso em sede de fundamentação e procedência da pretensão da acção cautelar de normas materiais diversas das que são aplicadas para a fundamentação e procedência da pretensão da acção principal.

Importa agora introduzir um conceito *material* de antecipação.

É preciso saber se **o exercício potestativo das posições que integram a obrigação genérica de não ingerência pode implicar uma satisfação do mesmo bem jurídico ou da mesma prestação afectados ao direito acautelando** — uma

²⁵¹¹ Vor § 916 cit., Rdn. 26.

²⁵¹² Die einstweilige Verfügung cit., 209.

identidade ²⁵¹³, portanto — **antes do tempo legal ou contratualmente devido**; nesse caso teríamos uma **tutela preventiva materialmente antecipatória ou com satisfação**.

Todos os demais casos, em que as medidas não redundam na realização imediata do direito, serão, por exclusão, de **tutela preventiva sem satisfação** ou de **segurança**, stricto sensu, mas **nunca de conservação**.

A antiga distinção conservação/antecipação, fundada na relação com a acção principal, deverá, assim, dar lugar, pela razões já aduzidas, a uma distinção **segurança/antecipação**, fundada na *relação com o objecto do direito acautelando*. De certo modo, estaremos perante a distinção alemã entre **Sicherungsverfügungen** e **Leistungsv Verfügungen** refutada pela doutrina que estamos a seguir ²⁵¹⁴, mas com uma nova leitura. Pois se é inegável a identidade: unidade de perigo/unidade da medida, a sua expressão ou alocação de vantagens no plano material não pode ser ignorada.

II. E poderão existir estas cautelas que sejam, então, materialmente antecipatórias? Sem dúvida que sim.

Já vimos que isso assim pode suceder *extrajudicialmente* em sede de autotutela, maxime de restituição na posse por acção directa, em sede dos arts. 674º, nº 1 e 701º CC e em sede de § 1133 BGB. Nessas sedes legais, o legislador permite que **o perigo de dano concreto possa ser afastado mediante a própria realização, antes do tempo juridicamente devido, do direito posto em perigo**. Trata-se, assim, de um *exercício excepcional* dos direitos, porquanto *não integrado no regime corrente* das vicissitudes das respectivas garantias reais.

Também já vimos que assim sucede *judicialmente* nos casos de providências cautelares cujo conteúdo é a realização completa da prestação — assim, se a prestação é única ou indivisível — ou parcial da prestação — assim, se a prestação é quantitativamente ou qualitativamente continuada. São os casos referidos de *Leistungsv Verfügungen* e, em particular, de inibições. Estas são sempre definitivas e finais no seu próprio “espaço temporal” (*Zeitraum*), no dizer de BROX/WALKER ²⁵¹⁵.

Estas medidas antecipatórias podem ser pedidas sempre que haja um estado de perigo contra o qual **nenhuma medida é idónea a provocar a interrupção do nexo de causalidade acto presente / acto futuro** pondo termo ao estado intermédio de perigo — objectivo da tutela preventiva já por nós identificado ²⁵¹⁶. Nessa eventualidade, há que **tornar presente o cumprimento futuro**, esvaziando, desse modo, a *dimensão*

²⁵¹³ Neste sentido, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 113.

²⁵¹⁴ Assim, SCHWONBERG, *idem*, 125.

²⁵¹⁵ ZVR cit., Rdn. 1625.

²⁵¹⁶ Cf. § 10º 1.2., II.

futura da causa de pedir. A alternativa, discutível, será aceitar manter o estado de perigo e consolar o titular do direito com o regime da responsabilidade civil

Aproveitando a experiência das *Leistungsverfungen*, mas que é universalmente válida, isso ocorre sempre que, em alternativa,

- **não haja forma de evitar a futura violação do direito se esta for postergada para o momento substantivamente devido**, *maxime*, por força de um benefício de prazo ou de uma *condição contratual ou legal* (desde que disponível) *futura* — v.g. execução de uma hipoteca — ou por exigência do prévio *trânsito em jugado de uma sentença*, como condição de produção de efeitos materiais cujos pressupostos legais *já se verificaram* — v.g., recebimento de uma prestação social, gozo de licença de parto;
- pela sua **natureza** e nas circunstâncias presentes o direito concreto apenas comporta a realização como medida possível e não qualquer outro exercício diverso, de segurança — v.g., direito a uma abstenção desde que não seja possível uma medida de segurança, como a apreensão de bens

Exemplo: A, dono de uma discoteca, está obrigado a não fazer ruído junto de B, vizinho. O fecho do estabelecimento é, em abstracto, uma alternativa à inibição.

Nestes casos apesar de haver para o direito materialmente uma antecipação do que resultaria do normal cumprimento, não a há no plano processual da acção principal, pois a causa de pedir e o pedido são diversos.

III. A antecipação por via cautelar é, em nosso ver, materialmente excepcional²⁵¹⁷, porque implica tocar na própria regulação legal (desde que não imperativa) ou contratual sobre o momento do cumprimento, o que é um **efeito constitutivo de extrema ingerência na esfera alheia**²⁵¹⁸. A sua aplicação para ter lugar implica a

²⁵¹⁷ Neste sentido, HÜBER, *Das Zivilurteil* cit., 249.

²⁵¹⁸ Pode discutir-se se uma tal satisfação do direito fora do quadro normativo e contratual originário configura um cumprimento ou solvência da obrigação do devedor, nos termos do art. 762º, nº 1 CC = § 362/1 BGB. Por exemplo: será que a prestação provisória de alimentos ou o cumprimento de uma inibição de não concorrência desleal exonera o devedor? Em sede de satisfação forçada por via da autotutela, (*Befriedigungsselbsthilfe*), SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe* cit., 108-109, entende que não, pois a imputação da solvência da dívida ao devedor, quando não seja realizada pelo próprio, implica uma norma legal expressa como o § 267/1 BGB = art. 767º, nº 1 CC (cumprimento por terceiro) ou os §§ 815/3 e 819 ZPO (a entrega ao credor de quantias penhoradas vale como pagamento). Por isso, em caso de satisfação do crédito por via de auto-tutela ou o devedor aceita expressamente, ainda que a *posteriori*, que o acto

plena satisfação do requisito da proporcionalidade da medida. Na ausência deste, deve o tribunal apôr uma medida de segurança *ao lado* daquela, mas *não contra ela*.

B. Refutação da instrumentalidade processual; substituição por uma instrumentalidade material, com concurso e prejudicialidade entre normas substantivas. Conceito de acção principal

I. A admissibilidade de um pedido cautelar de antecipação material que não acarrete, ao mesmo tempo, uma antecipação processual, apenas pode ser explicada por um **concurso entre as normas materiais** aplicadas em sede cautelar e as normas materiais aplicadas em sede principal. E aqui há um problema de fundo, ao qual ainda não demos explicação: apesar das diferenças de conteúdo **o objecto da acção cautelar está relacionado com o objecto da acção principal**.

De outro modo permaneceriam sem explicação os três grandes paradoxos já referidos:

- do ponto de vista das partes *o resultado cautelar poder ser visto como compondo de facto o litígio que, primariamente, as opõe ou noutros casos conservando, pelo menos, aspectos essenciais desse mesmo conflito;*

urgente valeu como solvência da dívida, ou a obrigação extingue-se por desnecessidade superveniente (*idem*, 109–110). Trata-se, afinal, de saber em que consiste materialmente um cumprimento forçado em via executiva, seja extrajudicial, seja judicial.

Em nosso ver, o problema não se coloca quando há um título executivo final (*maxime*, uma sentença condenatória): a extinção da obrigação é uma das consequências almejadas e funcionalmente necessárias para dar sentido a uma execução: o cumprimento/pagamento *não voluntário* é causa de extinção da obrigação do executado. Apenas um excesso de positivismo é que poderá exigir uma norma expressa nesse sentido, para colmatar a falta de intervenção do devedor no próprio acto de cumprimento.

Pelo contrário, o problema coloca-se sempre que o título executivo é provisório, *i.e.*, que possa ser revogado e obrigar à restituição, o que se passa quer com as medidas de autotutela, quer com as providências cautelares, atento o valor *rebus sic stantibus* do seu caso julgado, quer com uma medida antecipatória provisória (v.g., sentença pendente de recurso). Em nossa opinião, tereremos aí um cumprimento/pagamento não voluntário sujeito a resolução, ou em *estado de pendência jurídica*. Esse estado terminará ou com a assunção voluntária da solvência da dívida pelo devedor ou por desnecessidade superveniente (soluções de SCHÜNEMANN) ou por restituição do que foi prestado se a medida, *maxime* cautelar, for objecto de revogação, modificação ou caducidade. Mas é uma questão em aberto, admitimos.

- do ponto de vista funcional o *objecto da providência é limitado pelo objecto da acção principal*, como dita o princípio de *ne pas faire prejudice au principal*, presente nos vários sistemas cautelares que analisámos
- do ponto de vista processual a *superveniência de caso julgado contrário na eventual acção principal é causa de caducidade* da providência cautelar e, no entanto, *não há excepção nem de caso julgado, nem de litispendência* entre ambas as vias processuais.

Como se pode justificar esta relação entre os dois objectos, em geral, e a antecipação da realização do direito?

Como começamos por ver no início do nosso trabalho, tradicionalmente esta ligação e modo de inter reacção entre os dois conteúdos é feita pelo conceito de *instrumentalidade formal e hipotética*. Esta, como expressão formal da função de salvaguarda da eficácia da acção principal, explicaria que, embora imprópria, tivesse lugar uma certa composição da lide, a provisoriedade desta, a limitação ao quadro do objecto principal, e a própria antecipação.

Já atrás fizemos a crítica do seu entendimento dominante como instrumentalidade **hipotética** e agora, que já sabemos que a tutela cautelar tem um fundamento **material**, importa reformular o seu sentido e, muito em particular, explicar o que sucede na antecipação cautelar.

II. Na verdade, a refutação de uma cautela antecipatória no plano processual acarreta necessariamente uma refutação de que uma tal instrumentalidade possa ser **formal**: a ***instrumentalidade deve ser reconduzida ao plano material***²⁵¹⁹ que consiste num **concurso** ou uma **prejudicialidade, consoante os casos, entre o problema material que seria apreciado em acção plena/antecipatória e o problema material que é apreciado em acção cautelar**.

²⁵¹⁹ A doutrina italiana, tradicional defensora de uma instrumentalidade processual, está também a caminhar nesta direcção. A este respeito é particularmente elucidativa a reflexão de VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 55, à introdução de cautelas sem ónus de instrumentalidade em sede de arts. 23º, nº 1 e art. 24º, nº 3 do d.l. n. 5, de 17 de Janeiro de 2003 (processo especial societário): a “instrumentalidade da medida cautelar (...) já não pode ser entendida (...) num sentido exactamente processual”, mas num “sentido mais amplo”, material, enquanto “correlação da cautela, não apenas com uma decisão definitiva de mérito, mas também com a garantia, ainda que provisória, de um direito substantivo da parte que age em juízo”. A generalização dessa solução ao próprio art. 700º CPC/It, pela reforma de 2005/2006 (cf. o § 5º 2.3.2.M., II) leva MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217 e SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135 ss., a falarem de uma “instrumentalidade atenuada”, como já dissemos.

O **fundamento material comum** que justifica esse concurso ou prejudicialidade é a invocação da mesma *situação jurídica subjectiva* ²⁵²⁰ tanto na causa de pedir tanto da tutela cautelar, quanto na causa de pedir da tutela não cautelar. Daí o ac. STJ 13/11/1990 concluir que deve “entender-se que a expressão “propositura de uma acção” significa o uso do meio legal de que o requerente da providencia pode socorrer-se para *demonstrar a propria existencia do direito que pretende salvaguardar*”.

Efectivamente, viu-se como a apreciação do perigo de dano implica uma apreciação do direito que se quer fazer valer a título principal: para se invocar o poder postestativo à constituição da situação jurídica acautelante deve-se demonstrar a titularidade do direito de que aquele é uma dimensão proactiva. Ora trata-se do mesmo direito subjectivo que deverá ser feito valer na acção principal.

A partir desse ponto comum a causa de pedir – que não se resume na alegação do direito – desenvolve-se em sentidos diversos, ou seja, das mesmas estatuições normativas de direitos subjectivos e de interesses protegidos retiram-se, em conjugação com outros preceitos, diferentes pretensões de tutela. A saber

- a causa de pedir cautelar desenvolve-se numa **pretensão de tutela no sentido futuro**: a constituição de novos direitos e deveres;
- a causa de pedir principal desenvolve-se numa **pretensão de tutela no sentido passado**: a realização de direitos e deveres já existentes, incluindo os direitos potestativos que suportam uma acção constitutiva ²⁵²¹

III. Os resultados assim obtidos tanto podem ser *concorrentes* ou apenas *prejudiciais* entre si, consoante se trate de uma cautela de antecipação ou de uma cautela de segurança, respectivamente. No plano normativo, há normas substantivas que concorrem ou pressupõem outras nos seus resultados. Deste modo, *quando correntemente se fala da antecipação do efeito útil ou da eficácia social da acção principal está-se, sem saber, a dar atenção ao corpus do funcionamento de normas materiais concorrentes.*

Concretizando, há **prejudicialidade** entre os resultados da aplicação de normas substantivas cautelarmente e os resultados da aplicação de normas substantivas realizada a título pleno sempre que as providências cautelares decretam uma medida de conteúdo diverso ao da acção final. Embora, por definição, não haja uma área de identidade entre as medidas de tutela, contudo o decretamento da medida cautelar exige a prévia apreciação da existência da mesma situação jurídica acautelanda,

²⁵²⁰ Nesse mesmo sentido, VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 55.

²⁵²¹ Por isso é que normalmente se afirma que a tutela cautelar não realiza direitos; ela até os realiza, só que são outros.

embora em termos sumários, como já sabemos. Neste sentido, uma cautela é sempre prejudicada por uma qualquer decisão que conheça da existência desse direito

Isso sucede necessariamente, por inerência lógica, com as providências cautelares da função constitutiva e da função preventiva cumprida por acção de simples apreciação Nessas eventualidades, nunca será produzido o mesmo efeito constitutivo ou o efeito de simples apreciação, mas um seu sucedâneo: nuns casos serão impostas medidas unilaterais constitutivas — v.g., suspender provisoriamente uma deliberação social — as e noutros medidas bilaterais condenatórias — v.g., deixar passar o vizinho que irá constituir uma servidão.

Isso sucede **eventualmente** com as providências cautelares da função de remédio, sempre que o juiz imponha uma medida que não será idêntica à da condenação final — v.g., um arresto ou uma proibição de venda.

IV. Por seu turno, existe um **concurso** entre os resultados da aplicação de normas substantivas cautelarmente e os resultados da aplicação de normas substantivas realizada a título pleno sempre que as providências cautelares decretem uma medida de conteúdo coincidente como o da acção final plena ou antecipatória embora a partir de causas de pedir diferentes.

Isso sucede necessariamente, por inerência lógica, com providências cautelares de uma acção inibitória, pois a medida adequada é a própria inibição. Aí retiram-se com base nesse direito pretensões de cautela que concorrem com as pretensões da tutela final na sua utilidade prática. No entanto, as primeiras fundam-se numa apreciação de perigo de dano e as segundas numa apreciação de perigo de ilícito.

E sucede *eventualmente com as providências cautelares de função de remédio, se o juiz impor a mesma medida que seria imposta na condenação final* — v.g., o pagamento, a entrega de coisa. Aí exercem-se, como se disse atrás, pretensões constitutivas judicialmente, com base no poder potestativo exercido cautelarmente, e vão que concorrer com as pretensões da tutela final na sua utilidade prática.

No entanto, é certo que ambas as pretensões, conservam sempre a sua *autonomia processual recíproca*: como bem nota SCHUSCHKE, apesar a medida ser de antecipação, i.e., uma *Leistungsverfügung*, o objecto processual desta medida não é o objecto processual da acção principal apesar de se referir à mesma quantia pecuniária ou à entrega da mesma coisa²⁵²². Elas não servem a satisfação ainda que provisória da pretensão (principal) mas apenas a eliminação da necessidade no dizer de TEPLITZKY²⁵²³. GIßLER/SOYKA falam mesmo de *congruência* entre os objectos²⁵²⁴.

²⁵²² § 935 cit., Rdn. 2.

²⁵²³ Arrest cit., 885.

²⁵²⁴ Vorläufiger Rechtsschutz cit., Rdn. 40.

V. Contudo, é uma autonomia apenas no plano formal do título ou causa e que esconde uma *incompatibilidade substantiva potencial*.

É que neste caso o concurso entre normas substantiva é provisório, pois pode conhecer um termo, *maxime* com a prolação de uma sentença final de sentido contrário.

Ora se até esse momento havia dois meios de tutela que tinham idóneidade para disporem no mesmo sentido sobre uma mesma afectação subjectiva do mesmo bem jurídico, a partir daí as esferas jurídicas das partes vão ser objecto de efeitos jurídicos opostos quanto à mesma afectação jurídica.

Daí a preocupação doutrinal, jurisprudencial e, por vezes, legal em colocar um critério limitador com a a irreversibilidade de facto ou a proibição de antecipação. O não uso de um tal critério, *i.e.*, a concessão de tutela cautelar independentemente da sua eficácia concreta, pode comportar uma denegação de tutela da prestação principal para o réu.

Simetricamente o uso de um tal critério, *i.e.*, a não concessão de tutela cautelar dada a sua eficácia concreta, pode comportar uma denegação de tutela para o autor, em face da violação da obrigação de não ingerência.

VI. Porquê este cruzamento de eficácias normativas? A resposta poderia ser neutra: a instrumentalidade material é um efeito secundário não desejado sem um significado especial. Mas assim não é, naturalmente. A resposta consiste primariamente na própria instrumentalidade entre a *obrigação genérica de não ingerência* e a própria *afectação do bem jurídico em termos subjectivos*: aquela concorre para o sucesso desta. Ou seja: a tão falada instrumentalidade entre cautela e acção principal, frequentemente esvaziada de qualquer sentido material imediato, é uma expressão de uma **instrumentalidade material**, entre os meios de tutela preventiva por dano e os meios de realização do direito ou entre um momento preventivo e um momento de realização do direito.

A esta luz, a **acção principal** é qualquer acção em que se realiza a própria afectação do bem jurídico em termos subjectivos: na definição de SCHWONBERG, um “processo legalmente reconhecido” capaz de produzir uma “decisão autónoma e independente” e em que a “pretensão existente possa ser realizada”. Por seu lado, **acção cautelar** é aquela em que realiza a obrigação de não ingerência que seja *conditio sine qua non* daquela mesma realização. **Entre uma e outra há uma instrumentalidade de normas e de efeitos de tutela.**

3. Partes. Eficácia erga omnes do efeito constitutivo cautelar

I. Na nossa hipótese preliminar sobre o mérito cautelar afirmámos a necessária coincidência de partes entre cautela e acção principal, como o demonstrava a análise do direito positivo.

A razão que então invocámos era a da identidade entre o direito feito valer na acção principal e o direito acautelado.

Assim será mas o ponto central não é esse: a instrumentalidade formal ou material, consoante se defenda, explica quem tem legitimidade para a acção principal, *mas não quem tem legitimidade cautelar*.

Ou seja: diz-nos que, no plano material, devem estar na acção principal os sujeitos envolvidos, activa e passivamente, na *obrigação genérica de não ingerência* pois esta concorre, como dissemos, para a própria *afecção do bem jurídico*, e diz-nos que, no plano processual, quem tiver legitimidade em face do objecto processual cautelar, tê-la-á em sede principal, pois apenas partes que foram sujeitas aos efeitos jurídicos do julgado cautelar, terão depois interesse em colocar a acção principal, nos termos gerais do art. 26º ²⁵²⁵.

Quem pode, por conseguinte, participar activa e passivamente num procedimento cautelar?

II. Em nosso modo de ver, a legitimidade para participar de um procedimento cautelar *mede-se pelas normas materiais do art. 381º e semelhantes* (v.g., o art. 412º, nº 1) e que têm expressão na causa de pedir, *i.e.*, na relação material controvertida, que o requerente apresenta ²⁵²⁶. Se o objecto cautelar se relaciona com o objecto principal é uma consideração que não releva directamente na legitimidade cautelar.

Em face da causa de pedir torna-se, então, fácil apurar a legitimidade: poderá ser requerente o titular do direito acautelando; poderá ser requerido o sujeito a quem se impute a autoria do acto ameaçador.

Exemplo (1): invocando os requerentes a existência de um direito de servidão predial e lesões graves e dificilmente reparáveis do seu direito, imputando apenas e só aos requeridos os respectivos actos lesivos, têm estes legitimidade para a causa pelo simples facto de lhes serem imputados factos de oposição ao direito invocado (RP 6/12/1994).

²⁵²⁵ Correntemente, dada a exigência de instrumentalidade formal afirma-se o inverso: a “legitimidade passiva em arresto terá de coincidir com a legitimidade passiva para a acção de impugnação pauliana” (RL 19/10/2006). Isso pode ser correcto, mas dogmaticamente a questão pode ser vista em sentido inverso.

²⁵²⁶ “A legitimidade das partes pode ser aferida pela relação controvertida, tal como a mesma é configurada pelo Autor”, em sede cautelar (RL 19/4/2007).

Exemplo (2): tem legitimidade passiva para o arrolamento a pessoa que possui ou detém os bens ou documentos, já que é ela quem pode provocar o seu extravio ou dissipação (RP 18/5/1993) ²⁵²⁷.

É afinal, a regra geral do art. 26º, nºs 1 e 2 ²⁵²⁸: apenas o titular tem interesse directo em poupar o seu direito a um dano, através da procedência do pedido; apenas o agente pode sofrer um prejuízo com a procedência do pedido de cautela ²⁵²⁹.

Exemplo: um arrolamento não pode ser requerido pelo filho de quem tenha interesse na conservação dos bens ou documentos, pois aquele apenas tem um interesse afectivo a que os bens se conservem no património dos pais, seus proprietários (RP 19/12/2000).

Em síntese: tem interesse em agir aquele cujo direito está ameaçado; tem interesse em contradizer aquele cuja actuação ameaça aquele direito.

III. Nisto há, novamente, uma grande similitude com o que sucede nas acções inibitórias. Aqui, como mostra HENCKEL, independentemente de se defender ou não defender que há uma pretensão material à abstenção, as partes processuais passivas apenas podem ser “quem, segundo a alegação do autor colocou, através do perigo ou da violação do direito, o pressuposto processual da acção inibitória”, *i.e.*, aquele perigo/violação ²⁵³⁰.

Daqui resulta que se o autor pedir a cautela contra um terceiro à ameaça este não terá legitimidade processual ²⁵³¹. Inversamente, bem pode um terceiro ter legitimidade

²⁵²⁷ Na mesma linha de solução: RC 8/6/1995.

²⁵²⁸ Por isso, dada a identidade de legitimidade entre tutela cautelar e acção principal, o ac. RL 25/1/2001, defende a aplicação dos “critérios legalmente estabelecidos para a propositura da correspondente acção (declarativa ou executiva)”. Discordamos, como se pode constatar pela leitura do texto principal: há normas específicas a aplicar.

²⁵²⁹ Neste sentido RP 10/11/2005: A “legitimidade passiva do procedimento cautelar de embargo de obra nova pertence ao dono da obra. (...) A obra pertence a quem decide e ordena a sua execução, que é quem tem interesse directo em contradizer o procedimento cautelar de embargo de obra nova, pois que é a ele que a suspensão da obra vai prejudicar. Por isso é parte legítima”.

²⁵³⁰ HENCKEL, *Parteilehre* cit., 85–86. Lembre-se que HENCKEL pressupõe que o perigo de violação, já iniciada ou apenas ameaçada, não constitui um facto constitutivo do direito do autor, mas um pressuposto processual de accionabilidade de uma pretensão material já pré-existente.

²⁵³¹ *Parteilehre* cit., 85.

litisconsorcial para intervir espontanea ou provocadamente nos termos gerais ²⁵³², se se encontrar seja na posição de sujeito co-ameaçado ou de sujeito co-ameaçador ²⁵³³.

IV. Produzidas estas afirmações, há, porém, uma perplexidade que subsiste: aparentemente as providências cautelares parecem poder ser decretadas contra quem não esteve na acção cautelar

Exemplo (1): pode ser decretada providência cautelar em face do preferente comprador cujo preço se pretende guardar em depósito para garantir o direito à restituição de quantia mutuada ao vendedor, por parte do credor que pretende anular esse crédito, apesar na acção de anulação só apenas o vendedor-mutuário poder, naturalmente, ocupar a posição de réu ²⁵³⁴.

Exemplo (2): pode ser decretada providência cautelar em face do cessionário de quinhão em herança que haja sido objecto de arrolamento incidental de acção de investigação de paternidade contra o autor da herança, apesar de na acção de investigação de paternidade somente o autor da herança ter legitimidade para ser réu ²⁵³⁵..

Exemplo (3): a providência cautelar de inibição de uso de determinada procuração ou qualquer fotocópia autenticada em qualquer escritura notarial implicaria, não fosse abusiva, uma “notificação de todos os Notários do País, através da Direcção Geral dos Registos e Notariados” ²⁵³⁶

Devem estes terceiros ser partes, pelo que estas decisões são nulas por violação da garantia do contraditório? Sim se esses terceiros forem os autores ou co-autores do

²⁵³² Neste sentido, por exemplo: ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 1137 ss.; BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento* cit., 60 ss. Na jurisprudência: a favor RP 20/12/1990 (se o terceiro defender um interesse igual ao do requerido) e RP 18/1/2000, mas, contra, RP 27/11/2001.

²⁵³³ Por isso é que o RP 20/12/1990 quando admite a intervenção de terceiro condiciona-a à não oposição ao “carácter instrumental do procedimento”.

²⁵³⁴ RE 23/1/1979, CJ 4/1 (1979), 206: se é verdade que a “acção de rescisão do contrato de mútuo só contra o mutuário poderá ser proposta”, porém, “a providência estende-se (...) a outros interessados, pelo menos aos que têm de depositar ou pagar o preço da preferência” (*idem*, 208).

²⁵³⁵ RC 22/1/1997, CJ 22/I (1997), 39. LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 17 e ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 121, aludem ainda ao ac. STJ 12/6/1997, CJ/STJ XX/II (1997), 120, em que a providência cautelar foi decretada contra duas sociedades, mas a acção principal, fazendo uso da desconsideração jurídica da personalidade colectiva, foi colocada contra os sócios respectivos. Mas não o utilizamos pois sempre se poderá dizer que houve uma diferente interpretação de uma mesma norma legitimadora.

²⁵³⁶ RC 23/11/2004. Notificação negada dada a “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo respectivo exercício a outrem”.

acto de que retira um perigo de futura ingerência danosa. As regras dos limites subjectivos do caso julgado não têm razões para deixarem de se aplicar ao caso julgado cautelar.

Nos demais casos, a resposta será negativa: está-se perante o *efeito erga omnes* do caso julgado constitutivo. É que a modificação jurídica não vale apenas entre as partes mas, para poder ser realmente útil, vale em face de terceiros. Transitada em julgado a decisão cautelar, todos os sujeitos devem repercutir na sua esfera jurídica a “alteração normativa produzida pelo exercício do direito potestativo” (TEIXEIRA DE SOUSA ²⁵³⁷).

Caso e julgado e efeito constitutivo não são fenómenos diferentes ²⁵³⁸.

²⁵³⁷ *O objecto cit.*, 125.

²⁵³⁸ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto cit.*, 126–128.

§ 13º REGULAÇÃO JUDICIAL

1. Funcionalidade e objecto

1.1. **Preliminares: estrutura comum perigo de dano/constituição de situação acautelante; a regulação como terceiro elemento; razão de ordem**

I. O que apurámos até agora pode ser mostrado numa perspectiva procedimental: quando o juiz recebe o requerimento cautelar toma conhecimento de um objecto litigioso em que a *causa de pedir* é sempre um poder potestativo à constituição de uma situação jurídica acautelante de um direito subjectivo em perigo de dano relevada em normas mistas, materiais e processuais; em consequência, o *pedido* é sempre de natureza constitutiva — de uma situação jurídica acautelante eficaz autónoma e imediatamente ou de constituição de uma situação jurídica acautelante eficaz de modo dependente e mediato, com uma natureza de uma pretensão material. Consoante a estatuição da norma mista seja determinada ou não, a parte deve invocar a norma material concreta que prevê esse perigo ou apenas a cláusula geral de cautela do art. 381º.

Se for o caso, o conteúdo da *situação jurídica acautelante* é de facto idêntico ao da sentença principal, em razão de um concurso de normas materiais, mas sem que seja formalmente antecipatória.

É esta estrutura de mérito comum que suporta qualquer a acção cautelar através da sequência *perigo de dano/constituição de situação acautelante*. Do que seja o *perigo de dano*, *i.e.*, a *causa de pedir*, já fizemos a demonstração e, bem assim, do que seja a *constituição*, *i.e.*, o *pedido*.

II. Importa agora ver buscar se o mérito cautelar é só isto ou se é *também* isto.

O mesmo é dizer: que importa buscar se o juiz, depois de receber o pedido de providência cautelar, desenvolve a mesma actividade levada a cabo por um juiz de uma acção plena, não cautelar, sujeita ao princípio dispositivo.

A saber: se se limita a declarar se considera ou não considera *feita a prova dos factos constitutivos* do direito e, em caso positivo, a *subsumi-los* à previsão material e a decretar a medida de tutela pedida pelo autor, *sem mais nenhuma consideração suplementar de facto ou de direito*. A única especialidade das tarefas então desempenhadas pelo tribunal residirá não na *summaria cognitio* do direito, pois essa é

comum a qualquer tutela de urgência, mas a produção de um *juízo impropriamente probatório* de ocorrência futura de um dano, presumida por um acto presente do requerido.

Num tal quadro valerão, por isso, as regras comuns à relevância processual do mérito delimitado pelo autor e já enunciadas na nossa *Introdução*: em obediência ao princípio dispositivo, **aquilo sobre que o tribunal decidirá** será **não mais** e, seguramente, **não outra coisa** do que aquilo que o requerente colocou em discussão contraditória com o requerido — pois a “instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei” (art. 268º) e a “sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir” (art. 661º, nº 1). Esse objecto da decisão será, depois, objecto da qualidade de **caso julgado formal e material restrito** que já vimos ser atingido mesmo em procedimento cautelar²⁵³⁹, em adaptação do art. 671º, nº 1.

O tribunal não terá, por isso, nenhum papel sobre o mérito cautelar que não seja **meramente declarativo** ou **enunciativo**, se se quiser.

Se a esta for a resposta, então poderemos dar por concluída a nossa investigação.

III. Contudo, propomos, como hipótese de trabalho, uma resposta diferente: à **estrutura de mérito comum a toda e qualquer acção cautelar apresentada pelo autor — sequência perigo de dano/constituição — acresce um terceiro termo colocado pelo juiz — a regulação: o mérito cautelar será menos um ponto de chegada, fixado pelo requerente, em contraditório como o requerido, e mais um ponto de partida, carente de ser ainda concentrado ou fechado pelo tribunal.**

A este respeito são de grande valia as palavras de ATTARDI que sintetizam bem o essencial do pensamento: as “medidas cautelares *não antecipam nunca* o conteúdo da decisão de mérito” e quando muito são “uma **regulamentação de relações** que corresponda àquilo que resultará da realização do direito feito que o autor faz valer” ou uma antecipação “de alguns dos efeitos que derivarão de tal situação”. Essa é uma “regulação *provisória* da relação entre as partes, e ainda que corresponda, no todo ou em parte, àquilo que será o conteúdo da decisão de mérito, advém mediante a **constituição** de uma obrigação a cargo de uma delas e do correspondente direito à outra”²⁵⁴⁰. Regulação/regulamentação provisória por causa de um **perigo de dano**, acrescentamos.

IV. Importa, assim, como o objecto deste último *Parágrafo*, fundamentar e demonstrar esta nossa nova hipótese de trabalho.

²⁵³⁹ Cf. § 5º 2.3.2.L.

²⁵⁴⁰ DPC I cit., 153–54.

Em conformidade, propomo-nos investigar as duas linhas de actuação do tribunal em que a lei estrutura expressamente aquilo que, por ora, é um hipotético fenómeno de regulação cautelar: o *juízo de adequação material* da medida pedida, admitido pelo art. 392º, nº 3 e o *juízo de proporcionalidade*, admitido pelo art. 387º, nº 3. Adicionalmente há o limite da proibição de antecipação da acção principal — *Verbot des Vorwegnahmes des Hauptverfahrens* ou *proibição de faire prejudice au principal* — tanto na vertente do objecto, quanto na vertente dos efeitos e que passamos a designar por *reserva da acção principal*, para melhor exprimir a sua funcionalidade.

Por ora não é seguro se efectivamente estes poderes e limites constroem ou não um poder de regulação. Mas, em compensação, sabemos que por força da sua actuação conjugada resulta que não é possível *à parte activa prever qual a medida de protecção que concretamente irá salvaguardar o seu direito se o seu pedido for procente*.

Em relação a elas o nosso escopo não é, de modo algum, fazer um excursus sobre o respectivo regime — não é essa a nossa matéria de investigação. Muito pelo contrário, o nosso objectivo é fazer agora uso remissivo de dados que já foram obtidos na análise de direito positivo para *apurar como a regulação judicial molda o mérito cautelar*. A nossa proposta explicativa é a de que há *unidade dogmática e funcional* entre estas diferentes tarefas levadas a cabo pelo juiz.

Para tal há que fixar os limites e os conteúdos dos poderes de regulação, e, daí, a respectiva *funcionalidade* quanto à conformação do mérito cautelar. Esta funcionalidade permitir-nos-á *definir* o que possa ser uma regulação ou regulamentação cautelar.

1.2. Funcionalidade: revelação da estatuição do art. 381º

I. No nosso direito *seja qual for o pedido deduzido* — *i.e.*, independentemente de ser determinado ou de ser um pedido-quadro (cf. art. 392º, nº 1) — o juiz além de ter de decidir se os factos da causa de pedir se subsumem ou não à previsão, tem de decidir ainda qual será a medida pois ***não está “adstrito à providência concretamente requerida” pelo autor (art. 392º, nº 3)***²⁵⁴¹. Por outro lado, o art. 395º aceita que o “possuidor que seja esbulhado ou perturbado no exercício do seu direito, sem que ocorram as circunstâncias previstas no artigo 393º” use ou convole o pedido para procedimento cautelar comum o que os tribunais devem operar “**mesmo officiosamente**” (RP 6/11/2001).

Trata-se de um poder absolutamente identitário das cautelas, que não é exclusivo do nosso ordenamento, embora conheça um grau variável de importância em função das opções e do quadro legislativos.

²⁵⁴¹ RC 4/4/2006.

Dele já atrás demos notícia tanto na Alemanha, em sede de *einstweiligen Verfügungen*, onde a a ZPO estatui que o juízo tem um *poder de livre apreciação* (“*nach freiem Ermessen*” dispõe o § 938/I ZPO o que também vale para o § 940 ZPO ²⁵⁴²) quanto à escolha da medida que será *a mais adequada à finalidade*, de segurança do direito *que se pretende alcançar*. E também em França o juiz dos *référés* goza de um igual poder discricionário na definição de qual a medida mais adequada à *causa de urgência* alegada pelo requerente, tanto em sede de art. 808º NCPC/Fr ²⁵⁴³, quanto em sede de art. 809º NCPC/Fr ²⁵⁴⁴, *não estando vinculado à medida concretamente pedida por este* ²⁵⁴⁵, mesmo quando se trate de uma medida “para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita” (art. 809º/I NCPC/Fr) e, por conseguinte, o perigo fosse evidente ²⁵⁴⁶.

Pelo contrário, em Itália, na ausência de uma expressa norma de adequação, não há certeza quanto à questão, como se verá já de seguida.

II. Em face destes dados, o que é um juízo de adequação material?

Antes de mais podemos dizer o que não é: não é o poder comum a toda a acção e procedimento jurisdicionais de correcção da qualificação jurídica de uma medida pedida, decorrente do princípio *jura novit curia* (cf. art. 664º, primeira parte) como bem nota LEBRE DE FREITAS ²⁵⁴⁷.

Diversamente, o juízo de adequação material parece ser, genericamente, um juízo *sobre a idoneidade da medida de cautela pretendida pelo requerente para cumprir a função pretendida* de “tutela do direito invocado e à prevenção do *periculum in mora* concretamente invocado” ²⁵⁴⁸.

Mas essa definição é, em si mesma, algo imprecisa e genérica. Importa regressar ao conteúdo e sentido do fundamento normativo do pedido de tutela, que é o que surge na sua causa de pedir.

²⁵⁴² F. BAUR, *Studien* cit., 71; HEINZE, § 940 cit., Rdn. 15; GRUNSKY, § 940 cit., Rdn. 13; REICHHOLD, § 940 cit., Rdn. 5; SCHUSCHKE, § 940 cit., Rdn. 12; HARTMANN, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* cit., § 940, Rdn. 1. Contra: WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 136.

²⁵⁴³ LACABARATS, *[La compétence]* cit., nºs 124.160 a 124.163.

²⁵⁴⁴ LACABARATS, *idem*, nºs 124.231 a 124.249.

²⁵⁴⁵ LACABARATS, *idem*, nº 124.232.

²⁵⁴⁶ LACABARATS, *idem*, nº 124.232. Pode assim ser decretada desde uma medida que quase conhece do fundo até uma medida de instrução antecipada, passando por medidas de conservação.

²⁵⁴⁷ *Et alia*, *CPCanot 2* cit., 67–68. Aparentemente contra, REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 118, explica o art. 392, nº 3 enquanto uma concretização do art. 664º.

²⁵⁴⁸ LOPES DO REGO, *ComCPC I* cit., 362.

Ora, já mostrámos como pela tutela cautelar se opera a realização de uma norma mista de direito material e processual que a uma *previsão* de um estado de perigo de dano a um direito associa uma estatuição de interrupção desse nexos; também mostrámos que esta estatuição não está pré-determinada ²⁵⁴⁹. Uma providência cautelar, ainda que típica, não somente é geradora de **efeitos jurídicos novos**, a partir da aplicação de uma norma de conteúdo aberto, como também é **concretizadora ad hoc** das respectivas **estatuição** dessa mesma norma.

Portanto, é com naturalidade que se pode afirmar que o juízo sobre a medida mais adequada é o **juízo de revelação da estatuição aberta da norma material** — o art. 381º — que associa perigo de dano a um evento adequado a evitá-lo. Se quisermos, tendo em conta que uma tal revelação não tem autonomia no procedimento, o juízo de adequação é o juízo de constituição da **situação jurídica capaz de interromper o nexos de causalidade presumido entre o acto actual do requerido e acto futuro de ingerência danoso na esfera do requerente, conseguindo, assim, um resultado de não de perturbação ou de não impedimento**.

III. Esta definição permite dizer que o poder de adequação é um *poder positivo* já que, por si mesmo, dado o âmbito subsidiário do art. 381º, permitirá sempre a concessão de uma medida, ainda que não seja a pedida inicialmente, *desde que haja um medida alternativa*. Ou seja: *um pedido poderá ser indeferido em razão de inadequação do conteúdo da medida apenas em último caso*. Deste modo, o poder de adequação permite — não inibe — o acesso à tutela do direito alegado pelo requerente.

Por outro lado, a existência de um *poder de adequação genérico*, i.e., que abrange tanto cautelas típicas, como cautelas atípicas, força à desvalorização de qualquer intenção de se manter em termos absolutos a distinção *pedido de conteúdo pré-determinado/pedido-quadro* ou, em termos mais simples, a distinção providências cautelares típicas/providências cautelares atípicas. Essa oposição releva no *estrito plano formal de formulação do mérito por parte do requerente*, e por isso da invocação de uma dada norma de suporte ao pedido — *maxime*, de uma norma do Código —, mas *não na economia global do mérito cautelar*.

É que mesmo um pedido que pressuponha o uso de uma norma estatuidora de uma cautela típica pode ser desconsiderado pelo juiz no sentido da aplicação de outra norma de cautela típica ou da aplicação do art. 381º.

Exemplo de LEBRE DE FREITAS ²⁵⁵⁰: o requerente pede a apreensão de um imóvel e o juiz convola o mérito para intimação de abstenção do requerido em certo comportamento danoso.

²⁵⁴⁹ *Supra* § 12º 1.2.1.B.

²⁵⁵⁰ *Et alia*, CPCanot 2 cit., 67,

Exemplos jurisprudenciais (1) o requerente pedir a restituição provisória na posse de bens adjudicados em inventário e o juiz convolar o mérito para arrolamento ²⁵⁵¹ ou para providência inominada ²⁵⁵²; (2) o requerente pedir o embargo de obra nova e o juiz convolar para providência inominada ²⁵⁵³.

E, ao mesmo tempo, trata-se necessariamente de um poder/dever funcional e, por isso, a verificação da adequação deve ter lugar oficiosamente, seja qual for a medida concretamente pedida.

IV. Daqui resulta, que **uma decisão cautelar é sempre uma revelação da estatuição da cláusula geral do art. 381º, tanto directamente** — quando o juiz afirma ou nega expressamente a sua aplicação, porque as partes a invocaram — **quanto indirectamente** — quando o juiz nada afirma, porque as partes nada alegaram nessa direcção, mas tem proceder à verificação da adequação da cautela típica pedida, como operação interna.

Neste sentido pode afirmar-se, preliminarmente, que o poder de adequação parece ser um poder de **regulação** (judicial), porquanto é *conditio sine qua non* para *elaboração da estatuição de uma norma de direito positivo* por meio da prolação da decisão de mérito. Sem esta decisão, que é estruturada fazendo-se uso daquele poder, aquela estatuição está incompleta.

1.3. **Objecto: parte disponível do mérito**

I. A questão que se deve colocar de seguida é de saber que aspectos do mérito cautelar definido pelo requerente é que esse poder de regulação pode alterar.

A este propósito e antes de mais, a doutrina afirma correntemente que em sede de cautelar vigora, mas de modo mais moderado ²⁵⁵⁴, o princípio dispositivo ²⁵⁵⁵ tanto

²⁵⁵¹ RP 8/1/1998.

²⁵⁵² RP 30/10/2001, RP 6/11/2001, RP 16/10/2006. Contra, o ac. RP 19/9/2000 recusou convolar uma restituição provisória de posse em cautela inominada, invocando que aquele fora “um procedimento cautelar processado em conformidade com as regras próprias” daquela.

²⁵⁵³ RP 22/11/2001.

²⁵⁵⁴ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 67, falam de *maleabilização* do dispositivo, o que para PAIS DE AMARAL *DPC* cit., 33 configura uma *excepção* a este princípio e para REMÉDIO MARQUES, *Acção* cit., 118 será um *recuo*.

²⁵⁵⁵ Expressamente neste sentido, por exemplo: CALVOSA, *Il processo* cit., 790; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 290; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 97; CONSOLO, *Art. 669-bis* cit., 580; GHIRGA, *Principi generali del processo e misure*

quanto ao *impulso processual* — há uma não oficiosidade das medidas ²⁵⁵⁶ —, como quanto à colocação do *mérito da causa*: o autor tem o ónus da alegação e demonstração dos *fundamentos* do seu pedido e tem o ónus de deduzir este *pedido* ²⁵⁵⁷, mesmo que seja um pedido-quadro como sucede na Alemanha. Um requerimento cautelar despido de causa de pedir ou despido de pedido sofre de ineptidão, nos termos do art. 193º, nº 2, al. a) ²⁵⁵⁸.

Perante este mérito, o poder de adequação tem apenas apenas por objecto dos seus efeitos uma sua parte: a "providência concretamente requerida" no dizer do art. 392º, nº 3, ou seja, não o *pedido* — pois este mantém-se como parte válida e eficaz de um acto processual consumado — mas o *objecto desse mesmo pedido*: a providência de tutela concretamente a decretar.

Abrigada de qualquer adequação judicial permanece a *causa de pedir* ²⁵⁵⁹: o *periculum* e o *jus*. Esta apenas pode ser colocada em processo pelo requerente e, bem assim, modificada nos termos gerais dos arts. 272º e 273º, nºs 1 e 6. Em nenhum ponto a lei autoriza o juiz a convolar ou a corrigir a causa de pedir. A causa de pedir mantém-se assim, como a parte do mérito na plena *disponibilidade* das partes.

Deste modo, o poder de adequação material é um **poder de conformação do objecto do pedido**.

II. Importa, por conseguinte, apurar como é aquele princípio dispositivo, de um lado, e o poder de adequação, do outro, se conjugam quanto ao objecto do pedido.

Quanto a isto, a doutrina entende que o conteúdo do pedido irá restringir qualquer eventual poder discricionário do tribunal, pois este ficará vinculado a ter de actuar

provvisorie, RDP 52/2 (1997), 494; FRUS, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, GI 150/I (1998), 197 ss.; LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 67; LOMBARDO, *Natura* cit., 467; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 402-403, 405; GRUNSKY, *Vor § 916* cit., Rdn. 21; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 544; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 293 ss; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 32.

²⁵⁵⁶ F. BAUR, *Studien* cit., 71; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10

²⁵⁵⁷ Neste sentido, expondo a estrutura de um requerimento cautelar como idêntica à estrutura da petição inicial fixada no art. 125º CPC/It = art. 467º do nosso Código: FRUS, *Le riforme (dir. CHIARLONI)* cit., Art. 74/669 bis. Forma della domanda, 612; G. VERDE, *Appunti* cit., 438; CONSOLO, *Art. 669-bis* cit., 576 e *SpDPC* I cit., 353 e 354; MERLIN, *Procedimenti* cit., 402; CECHELLA, *Il processo* cit., 5 ss.; E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti* cit., 543-544; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 290; VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 124-125.

²⁵⁵⁸ No mesmo sentido de uma solução de nulidade do requerimento, não impeditiva de uma ulterior repetição, após correcção, CONSOLO, *Art. 669-bis* cit., 577;

²⁵⁵⁹ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 68.

dentro do quadro fixado pelo requerente ²⁵⁶⁰. Diz-se, então, que o tribunal só poderá dar o que foi pedido ou menos do que isso; não pode dar outra coisa (*aliud*), nem mais do que foi pedido ²⁵⁶¹.

O que isso queira dizer, varia consoante as matrizes positivas e as leituras doutrinárias.

Na Alemanha alguns AUTORES são do entendimento de que o tribunal apenas está vinculado ao **sentidom direcção** (*Richtung*) ou **finalidade** de tutela (*Rechtsschutzziel*) desse mesmo pedido: o tribunal apenas tem de decidir em igual sentido funcional do que foi pedido — *Sicherungs-, Regelungs-, Leistungsverfügungen* ou *Arrest* — mas não tem de decretar a exacta medida pedida ²⁵⁶².

Em Itália a doutrina divide-se. Há AUTORES que defendem uma estrita sujeição à expressão geral do princípio dispositivo do art. 112º CPC/It, *i.e.*, da necessária coincidência entre o que se pede e o que se decide, e uma correlativa inexistência de poder de adequação, salvo quanto à forma de execução da medida, *ex vi* art. art. 669 *duodecies* segunda parte CPC/It ²⁵⁶³. Por isso, o juiz apenas poderia alterar a qualificação jurídica e nada mais, tanto entre as diversas medidas ²⁵⁶⁴ — *v.g.*, não conceder a media providência denominada se o autor pediu um *sequestro* —, como dentro do conteúdo específico do art. 700º CPC/It ²⁵⁶⁵ — *v.g.*, não pode decretar uma inibição se o autor pediu uma apreensão de bens.

Diversamente, os AUTORES que reconhecem um poder de adequação seja em sede de 700º CPC/It, seja em sede geral, dada a existência de um procedimento uniforme, defendem, em termos próximos dos alemães, que o tribunal não está vinculado à solução concretamente requerida ²⁵⁶⁶.

²⁵⁶⁰ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 152; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1582; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 11.

²⁵⁶¹ MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 97; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 10; HUBER, *Das Zivilurteil* cit., Rdn. 544.

²⁵⁶² Assim: F. BAUR, *Studien* cit., 71 ss.; TEPLITZKY, *Arrest* cit., 886; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 97; BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1582 e 1593; DUNKL, *Teil. A* cit., Rdn. 560; HEINZE, § 938 cit., Rdn. 9; SCHUSCHKE, § 938 cit., Rdn. 3 e 6; REICHOLD, § 938 cit., Rdn. 2; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz* cit., Rdn. 11.

²⁵⁶³ TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 290 ss; CECHELLA, *Il processo* cit., 8.

²⁵⁶⁴ Assim, TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 283 ss; GHIRGA, *Principi* cit., 494; FRUS, *Riflessioni* cit., 200; TARZIA, *Providências* cit., 255; LOMBARDO, *Natura* cit., 467, nt. 8; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 294 e 295.

²⁵⁶⁵ TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 290 ss; GHIRGA, *Principi* cit., 494; FRUS, *Riflessioni* cit., 200; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 297–299.

²⁵⁶⁶ Genericamente, em função da funcionalidade do instituto cautelar: P. PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C. P.c.*, cit., 386; ARIETA, *I provvedimenti* cit., 57, 137, 317; G. VERDE, *Appunti* cit., 439; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 405;

III. Entre nós, como na Alemanha, existe a já referida regra do art. 392º, nº 3 pelo que uma afirmação do princípio dispositivo deve ser feita *em termos funcionais* sob pena do esvaziamento do preceito. *Dispositivo* e *regulação* devem, assim, serem compatibilizados: há que buscar a parte do pedido que apenas pode ser modificada nos termos gerais dos arts. 272º e 273º, nºs 1 a 5 — o **núcleo indisponível do pedido**, neste sentido. Fora dela poderá o tribunal exercer o seu poder de adequação.

Em face da experiência de direito comparado, pensamos que qualquer utilidade de adequação deverá de ter o pedido como base de referência, não no *plano abstracto* da funcionalidade da cautela, mas no *plano concreto* e único da própria vontade do requerente.

Efectivamente, no plano abstracto o tribunal pode dar qualquer medida que cumpra as necessidades de tutela que o autor enunciou, sendo irrelevante, como já se disse, se para tal ignora um pedido de arresto e concede uma qualquer outra medida ou vice-versa. O limite do dispositivo não reside aí.

Na verdade, o tribunal deve respeitar a estrutura do próprio perigo tal como ele é invocado pelo requerente — pois o tribunal não pode substituir esse periculum, como dissemos — *i.e.*, se é um perigo de dano por alienação, por deterioração, por concorrência, por não entrega imediata de uma quantia indemnizatória. É esse o *plano concreto* e único da própria vontade do requerente, como bem defende LEBRE DE FREITAS. a medida efectivamente decretada não deve ser “incompatível com a **vontade manifestada** no requerimento cautelar” ²⁵⁶⁷ ou, se quisermos, com a **intensidade concreta** daquele sentido de tutela.

Exemplo de GRUNSKY: se ao autor requer autorização para usar uma parte desportiva comum de um prédio todas as segundas-feiras das 18 às 20 horas, o tribunal não pode regular senão nesses exactos horários e semanais se resultar do pedido que de outro modo o direito do autor não será servido e, por isso, não haverá tutela ²⁵⁶⁸.

VALITUTTI, *I procedimenti* cit., 133–134. Apenas em função da viabilidade da execução, a que se restringiria a discricionariedade do juiz: CARPI, *La tutela* cit., 700–701.

²⁵⁶⁷ *Et alia*, *CPCanot 2* cit., 67. Nesse sentido aparenta ir o ac. STJ 27/1/1998: é “nulo o acórdão da Relação que, em providência cautelar não especificada, condena o requerido em providência substancialmente distinta da pedida pelo requerente”, embora no domínio do Código de 1967. Identicamente, alguma jurisprudência italiana tem entendido que não tem o autor de indicar expressamente o pedido, devendo ser buscada a sua vontade, tanto a expressada quanto a implícita ou indirectamente deduzida — cf., criticando esta tendência, FRUS, *Riflessioni* cit., 200.

²⁵⁶⁸ *Vor § 935* cit., Rdn. 11.

Desse modo, o autor também não pode receber mais do que aquilo que pediu ²⁵⁶⁹ — *i.e.*, na enunciação do art. 721º, n.º 2 segunda parte LEC, as medidas recebidas não serem elas próprias “mais gravosas do que as solicitadas” — , nem contra aquilo que, pelo seu ponto de vista, configura o essencial do litígio.

Formalmente este limite surgirá, assim, como o **máximo concreto — *i.e.*, para aquele requerente** — da medida passível de ser decretada como adequada e o conteúdo desta será **idêntico** ou será um ***minus* quantitativo ou qualitativo**.

A este limite podemos chamar, em termos mais sintéticos, de **finalidade concreta do pedido**

IV. Em conclusão: o tribunal deve conformar a situação jurídica acautelanda em **termos que nunca se afastem da estrutura objectiva e subjectiva da finalidade concreta de tutela fundada no perigo de dano ao direito do autor na tutela**.

Também, por isso, se pode dizer, recuperando um conceito entretanto abandonado, que **todo o pedido cautelar é um pedido-quadro**, efectivo ou potencial.

2. Parâmetros de adequação/revelação normativa

²⁵⁶⁹ GRUNSKY, *Vor § 935 cit.*, Rdn. 11

2.1. Nexos virtual de funcionalidade

I. O poder de adequação é um poder de regulação, enquanto revelação de uma norma de direito positivo, definimos atrás. O produto final dessa revelação é a constituição de uma situação jurídica entre requerente e requerido que cumpra a função da norma mista: a *interrupção do nexo de causalidade presumida* entre o acto actual do requerido e acto futuro de ingerência danoso na esfera do requerente, *i.e.*, um *resultado* de não de perturbação ou de não impedimento.

Aferir a adequação é aferir a idoneidade para esse resultado.

Deste modo não estamos perante um juízo de natureza probatória e idêntica à do já referido nexo de causalidade presumido, pois não se trata de deduzir ou prognosticar de um facto (actual) um evento futuro. Não: um juízo de adequação da medida cautelar é um *juízo de busca da medida mais idónea a cumprir a função de interrupção*: o juiz terá de ponderar se para o *periculum* que foi alegado e demonstrado *a medida pedida é a que, à luz das regras de experiência será idónea a interromper o nexo de causalidade presumido*.

Portanto, retira-se de um evento virtual um nexo virtual evento futuro/efeito futuro. É este o conteúdo útil mínimo e necessário do art. 392º, nº 3.

II. Tratando-se de uma cautela típica dir-se-ia que esta tarefa surge bastante simplificada no plano formal pois o juiz terá perante si um pedido do autor que está enunciado por subsunção à norma material de estatuição pré-determinada, *i.e.*, típica. Ou seja: o legislador já elaborou e cristalizou *a priori* esse juízo de idoneidade medida/interrupção do perigo.

Assim será, porventura.

Seguramente que do lado do autor o esforço na enunciação do mérito concentrou-se não na medida pedida, *i.e.*, no conteúdo da estatuição, mas na causa de pedir, *i.e.*, no preenchimento dos respectivos conceitos vagos e indeterminados — *v.g.* “justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos” (art. 421º, nº 1), julgar-se “ofendido no seu direito de propriedade, singular ou comum, em qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace causar prejuízo” (art. 412º, nº 1).

Contudo, a tarefa judicial perante um pedido de conteúdo pré-determinado não é, ainda assim, uma pura e mera verificação da subsunção dos factos à previsão normativa e uma automática decisão com o conteúdo da estatuição típica.

Nada disso: também em sede típica o “tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida”, *ex vi* art. 392º, nº3, conjugado com o respectivo nº1. Uma decisão cautelar é sempre uma revelação da estatuição da cláusula geral do art. 381º, tanto directamente, como directamente, já o dissemos.

Deste modo, implicitamente o juiz deverá sempre, a título de operação lógica interna, concluir que in casu a medida legalmente tipificada é a **melhor medida** para aquele perigo, o que *implica prescrutar a aplicabilidade quer de medida típicas quer de medidas inominadas*.

Exemplo anterior: (1) se o requerente pede a apreensão de um imóvel e o juiz convola o mérito para intimação de abstenção do requerido em certo comportamento danoso, ele teve necessariamente de simular os efeitos (as causalidades presumidas) de outras medidas que foram excludentes da medida proposta; (2) se o requerente pede a apreensão de um imóvel e o juiz decreta essa mesma apreensão é porquem ao contrário, a simulação efeitos (as causalidades presumidas) de outras medidas não foi excludente daquela.

III. Mas trata-se de um *conteúdo útil mínimo e necessário* do art. 392º, nº 3, *repetimos*. Os dados da nossa análise ao direito positivo e respectivas jurisprudência e doutrina mostram-nos que podem ser colocados ao juiz mais vectores de ponderação de adequação, além do estrito eixo da funcionalidade. A saber:

- Proporcionalidade
- Reserva da acção principal

Isso é, entre nós, muito claro com as providências inominadas produzida ao abrigo do art. 381º cujo regime é, no seu essencial, subsidiariamente aplicável a qualquer cautela dos arts. 393º ss., ex vi art. 392º, nº 1. Nestas, de uma causa de pedir normativamente suportada no art. 381º, tudo o que se retira da estatuição é uma cláusula geral de funcionalidade (“providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”), sem mais.

O tribunal terá assim de conjugar os vectores do nexu virtual de funcionalidade, proporcionalidade e da reserva de acção principal em ordem a construir o terceiro termo da sequência perigo de dano/constituição de situação acautelante/regulação.

Vamos ver em que termos

2.2. **Proporcionalidade**

2.2.1. **Funcionalidade**

I. Manda o art. 387º, nº 2, que, mesmo que o tribunal conclua que há uma providência funcionalmente adequada, esta pode *“não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente*

o dano que com ela o requerente pretende evitar”²⁵⁷⁰. Trata-se, assim, como já notámos, de um poder que é exercido no sentido da “proporcionalidade”²⁵⁷¹, ou “justo equilíbrio entre o prejuízo que a providência pode causar e aquele que pode evitar” no dizer do ac. RL 17/2/1945²⁵⁷².

A proporcionalidade é um vector recorrente nas matrizes cautelares: seja na *Interessenabwägung* alemã, seja no *balancing the hardships e defenses* norte-americano, seja nas considerações doutrinárias de *balanço de interesses*, feitas em França, na Bélgica — aqui a gravidade do prejuízo que a medida causará ao requerido, deverá ser inferior à gravidade do prejuízo que a negação da providência causará ao requerente²⁵⁷³ — e em Itália — o “prejuízo do requerente seja qualitativa ou quantitativamente maior que o dano sofrido pela contraparte”²⁵⁷⁴.

No nosso direito é um vector que vale, *prima facie*, sempre que se faça uso da cláusula geral do art. 381º, ex vi art. 387º, nº 2. Para as medidas típicas a regra é a da sua exclusão directa, como patenteia o art. 392º, nº 1, embora ela seja repescada em sede específica de arts. 397º, nº 2, 399º, nº 2, 408º, nºs 2 e 3, e 419º, nº 2.

A sua eventual função em face do mérito cautelar e a sua eventual relação com a adequação precisam de ser esclarecidas.

II. O nosso entendimento é o seguinte: a proporcionalidade cumpre a função de segundo parâmetro de adequação a par do parâmetro mínimo do nexo virtual de funcionalidade. **Uma e outro são constitutivas do poder de regulação judicial** ou se quisermos, do poder de adequação.

O modo como o fazem e se relacionam entre si é, porém, complexo, diferente e não linear, mas que pode ser resumido ao seguinte: **o nexo virtual de funcionalidade atenta apenas para a medida cautelar a decretar à luz do estrito conteúdo do mérito, i.e., da causa de pedir, do pedido e das partes; os critérios de proporcionalidade atentam para os efeitos da medida cautelar sobre a globalidade**

²⁵⁷⁰ Cf., entre muitos outros, tratando a proporcionalidade como um dos pressupostos cautelares, a par do *fumus* e do *periculum*: STJ 15/1/1980, BMJ 293 (1980), 230, STJ 9/3/1988, STJ 28/9/1989, STJ 7/11/1989, RL 15/1/1991, STJ 23/4/1991, STJ 26/9/1991, STJ 15/5/1992, STJ 5/11/1992, STJ 20/5/1993, RL 15/12/1993, STJ 15/3/1994, STJ 13/4/1994, RL 21/4/1994, RL 19/5/1994, STJ 20/9/1994, RP 27/11/1995, STJ 28/5/1997, STJ 26/6/1997, RP 23/10/1997, STJ 19/12/2001.

²⁵⁷¹ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 234. Identicamente, ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 220.

²⁵⁷² RJ 30 (1945), 112.

²⁵⁷³ Cf. § 5º 2.3.2.K, III.

²⁵⁷⁴ P. PISANI, *LDPC* cit., 610.

das esferas jurídicas envolvidas e, em certos ordenamentos, também para a qualidade da cognição cautelar²⁵⁷⁵.

A primeira afirmação é apenas uma síntese das nossas recentes considerações sobre o assunto, pelo que não carecem de nova demonstração. Efectivamente, o parâmetro do nexa virtual de funcionalidade opera no plano absoluto e restrito de relevância dos factos integrativos da causa de pedir, *i.e.*, do litígio, para uma dada interrupção do nexa causalidade presumida ou medida de tutela. Numa palavra: buscam a solução para o problema aplicando a norma de direito material do art. 381º.

Ora, no estrito plano da norma do art. 381º apenas é necessário um poder de adequação/idoneidade estrita entre a medida potencial e o afastamento do perigo: ou é idóneo ou não é idóneo. A estatuição ou consequência jurídica do art. 381º parece ser apenas a salvaguarda do direito mediante a constituição de uma situação jurídica acautelante; os factos da previsão são, como sabemos, o perigo de dano a uma situação juridicamente relevante de que o requerente é titular. Daí, em correlação, o já conhecido conteúdo do pedido e da causa de pedir, respectivamente.

Portanto, não há lugar para juízos de proporcionalidade em face da norma de direito material que suporta a pretensão processual do sujeito.

III. A ser assim como se justifica um juízo adicional de proporcionalidade?

A doutrina dominante, na sua visão processualista do fundamento cautelar, associa-o apenas e somente à própria provisoriedade da tutela cautelar e ao carácter sumário da respectiva cognição: um tribunal que decide com base em *informação incompleta* incorre em *elevado risco de erro*, escreve POSNER²⁵⁷⁶. Bem se poderia, então, perguntar porque é que um tal juízo de proporcionalidade não constitui, em regra²⁵⁷⁷, condição ou limite à concessão de tutela antecipada, em que os fenómenos da *summaria cognitio*, da provisoriedade, da ausência de contraditório são correntes. Efectivamente, injunção, revelia, execução provisória, por exemplo, são concedidas mediante um juízo expresso ou ficto de procedência sem que possam ser recusadas se o risco de dano inerente for superior à vantagem proporcionada. Será por descuido legislativo que só pontualmente se exige a prestação de caução (cf. *v.g.*, o art. 47º, nº 4) acauteladora do risco de erro judiciário, contraposto ao cuidado que se teria posto com as consequências de uma *summaria cognitio* cautelar? Não o cremos.

²⁵⁷⁵ A “relevância da decisão para a totalidade dos aspectos sociais, assim como dos institutos jurídicos”, no dizer de DAMM, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 29.

²⁵⁷⁶ *Economic Analysis cit.*, 565. No mesmo sentido, DAMM, *Vor § 916 cit.*, Rdn. 29; ABRANTES GERALDES, *Temas III cit.*, 220, 221.

²⁵⁷⁷ Mesmo o “prejuízo considerável” a que se refere o art. 692º, nº 3 (cf. § 5º 2.3.1., V. F) é uma estrita medida do dano, sem qualquer comparação com o dano que a contraparte sofrerá.

A justificação para a inerente necessidade de proporcionalidade da medida cautelar tem de ser, sempre e ainda, procurada no fundamento material da tutela cautelar, *i.e.*, na obrigação de não ingerência na esfera alheia.

IV. Ora, o cumprimento forçado dessa obrigação pode, além da via processual, inibitória ou cautelar, ter lugar extrajudicialmente nos termos das cláusulas gerais e excepcionais da autotutela.

E se formos a ver bem também estas conhecem restrições de proporcionalidade: pode-se lançar mão da legítima defesa conquanto que o “prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão” (art. 337º, nº 1 *in fine* CC), enquanto que a “acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar” (art. 336º, nº 3 CC).

Claramente *há entre o regime civil e o regime das cautelas uma mesma resposta legislativa comum para um problema comum.*

O problema comum reside na natureza constitutiva ou ingerente da situação jurídica acautelante, cumulada com a sua provisoriedade intrínseca.

In casu, as acções cautelares são, como sabemos, acções que acarretam a *constituição* quer de deveres específicos, quer de estados de sujeição na esfera jurídica do requerido, *i.e.*, uma situação jurídica acautelante. Esses deveres e sujeições são posições jurídicas passivas, implicando uma desvantagem para o requerido: o requerido sai do processo cautelar com mais vinculações do que as que tinha à entrada. A acção cautelar é, assim, uma acção ingerente na esfera jurídica do requerido ²⁵⁷⁸: a *competência constitutiva* apontada por SCHWONBERG às *Regelungsverfügungen* ²⁵⁷⁹ é uma *competência de ingerência*, no dizer de U. RITTER ²⁵⁸⁰.

V. Mas este carácter não seria, em si mesmo, bastante, pois sucede com qualquer acção constitutiva, não fora a circunstância de **se tratar de uma situação jurídica que é mutável e que não é previsível**. *Mutável* por razões apontadas atrás ²⁵⁸¹: intrínsecas — o estado de perigo é mutável — e extrínsecas — o juízo de presunção da ocorrência futura do dano, enquanto juízo não de certeza, mas de verosimilhança ou mera

²⁵⁷⁸ Na prática pode ser mesmo altamente ingerente, como sucede em França com as medidas preventivas judiciais atinente a quase todos os sectores vida empresarial e laboral de uma sociedade, falando-se mesmo de um “intervencionismo judiciário” (MANDOLINI, *Les interventions* cit., nº 5).

²⁵⁷⁹ *Die einstweilige Verfügung* cit., 206.

²⁵⁸⁰ *Vorläufige Anordnungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1991, 95. Várias referências à ingência das providências cautelares na esferas das partes podem ser compulsadas nas pp. 89 e 94 ss.

²⁵⁸¹ No § 12º 1.3.3.A.

justificação é mutável; *não previsível* em razão de a estatuição normativa material ser revelada pela própria emissão da tutela preventiva.

Em suma: **estamos perante uma acção constitutiva cujos efeitos podem ser significativamente exigentes mas que, apesar disso, assenta, no plano material, sobre uma causa de pedir com uma dimensão futura que a torna probatoriamente e materialmente instável, e no plano normativo sobre uma estatuição de conteúdo variável.**

Daí a colocação, à semelhança das cláusulas de autotutela, de um vector de proporcionalidade ou de razoabilidade — a *resposta comum* aos meios de tutela preventiva concreta.

VI. O vector da proporcionalidade é um *sinal distintivo central da tutela cautelar* e que conduz a que a norma decorrente do art. 387º, nº 2 deva, assim, ser integrada com o art. 381º, constituindo um complexo de normas permissivas e restritivas à semelhança do que sucede com os regimes da legítima defesa e da acção directa.

Esse complexo deve ser enunciado, do seguinte modo: quem tiver “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito” (*previsão*), pode requerer “providência conservatória ou antecipatória [que seja] concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”, desde que o “prejuízo dela resultante para o requerido não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” (*estatuição*).

A proporcionalidade é, também assim, um vector de uma **elaboração da estatuição de uma norma de direito positivo por meio da prolação da decisão de mérito.**

2.2.2. Objecto e conteúdo: juízos de comparação e de graduação de ingerência; exclusão de um juízo de compensação

I. O objecto dessa proporcionalidade são as duas ingerências em causa: a **ingerência ilícita do requerido** e a **ingerência lícita do requerente**. Deve-se, então, fazer uso de um **padrão de medição e comparação**²⁵⁸² **do grau da ingerência** — *i.e.*, uma medida da desvantagem (“prejuízo”) patrimonial e não patrimonial comparativamente com o estado anterior à constituição de efeitos — **que a recusa ou a concessão da situação jurídica acautelante acarretará na esfera jurídica de requerente e de requerido.**

²⁵⁸² Neste sentido, VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, Hom. Rigaux, 1993, 504 e o ac. STJ 21/10/1997 que alude a um “juízo comparativo”.

Exemplos de comparação de ingerências favoráveis à parte passiva: entre as ingerências sofridas por duas partes vizinhas, traduzidas em “falta de repouso dos ocupantes” de “andares contíguos e inferiores” (requerente), e a falta de um baile em resultado da sua proibição por causa do ruídos cuja cessação é pedida (requerido) ²⁵⁸³; entre a ingerência da perda do direito à casa (requerente) e a falta de pagamento de prestações pecuniárias (requerido) ²⁵⁸⁴; entre a ingerência no direito de uma pessoa ao descanso e sossego (requerente) e a ingerência no direito ao uso das máquinas criadoras dos ruídos, em exploração comercial ou industrial (requerido) ²⁵⁸⁵.

Mas, também aqui, ao ter de fazer uma prognose de eventos futuros, *in casu* de ingerências virtuais, o juiz terá de operar sempre sobre nexos virtuais de funcionalidade ²⁵⁸⁶.

Como a doutrina tem notado, tal operação será sempre uma **operação de partilha de riscos de dano** resultantes seja da concessão, total ou parcial, seja da denegação da cautela ²⁵⁸⁷, e mesmo de partilha de riscos de dano **irreparáveis** para uma das partes, pelo menos ²⁵⁸⁸.

O resultado dogmático mais significativo é o de que a tutela preventiva do dano concreto, *i.e.*, cautelar, *não é uma tutela universal, i.e.*, garantida em qualquer circunstância, como, aliás, já resultava das restrição imposta pelo interesse processual. Pois mesmo uma ingerência ilícita pode ter de ser tolerada, se for desproporcionada a ingerência lícita. Decretar uma cautela acaba, assim, por ser resolver uma **colisão de direitos** ²⁵⁸⁹. O ponto é significativo se atentarmos que em todas as demais tutelas a colisão de direitos não tem esta importância impeditiva, permanente e nuclear.

Exemplo: uma condenação no pagamento será decidida sem qualquer consideração pelos efeitos que o exercício judicial do direito ao crédito possa ter na esfera jurídica do réu.

²⁵⁸³ STJ 5/3/1974, BMJ 235 (1974), 199.

²⁵⁸⁴ STJ 9/1/1997.

²⁵⁸⁵ RP 22/6/1995.

²⁵⁸⁶ Neste mesmo sentido, RP 10/2/1998: a “*mera justificação* também é suficiente para a demonstração pelo requerido de que o dano que ele *sofreria* com o decretamento da providência excede consideravelmente aquele que o requerente *pretende evitar*”.

²⁵⁸⁷ Como bem demonstra SCHOCH, em *Vorläufiger Rechtsschutz* cit. Cf. uma apresentação introdutória das questões inerentes nas pp. 46 ss. dessa obra.

²⁵⁸⁸ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4.

²⁵⁸⁹ E não de interesses de facto ou económicos. Por isso, não é de falar, como MANUEL RODRIGUES, *Lições* cit., 27, em “colisão de interesses”.

Isto permite que quando sejam direitos desiguais ou de espécie diferente ²⁵⁹⁰ o juiz possa fazer uso do art. 335º, nº 2 CC. Sendo iguais o juiz fica entregue às suas próprias considerações ²⁵⁹¹ como a exigência de não suspensão do gozo/exercício do direito ²⁵⁹².

A questão da proporcionalidade é, por isto, uma questão de mérito, antes de mais, porquanto da sua apreciação releva a produção de juízos de procedência ou improcedência do pedido de constituição de uma situação acautelante. Ela não integra, porém, a causa de pedir sendo um facto negativo com função de excepção *peremptória impeditiva* (art. 487º, nº 2 e 493º, nº 3) que o requerido tem interesse em invocar e ónus de provar, nos termos do art. 342º, nº 2 CC. Para tanto, o requerido deverá alegar e demonstrar, novamente em termos presuntivos, o prejuízo futuro ²⁵⁹³ ou, sendo a oposição diferida, um prejuízo já verificado ²⁵⁹⁴.

Essa função foi já afirmada por LEBRE DE FREITAS ²⁵⁹⁵ sendo agora confirmada e explica porque é que frequentemente a jurisprudência o trata, incorrectamente, como um pressuposto ou requisito adicional, ao lado do *fumus* e do *periculum* ²⁵⁹⁶.

II. A pergunta que se pode colocar é a de se o vector da proporcionalidade comporta o uso desses mesmos critérios judiciais não apenas para um juízo de radical dualismo d procedência/improcedência da medida tida por adequada segundo as regras de experiência, mas se também para um **juízo intermédio de graduação da intensidade da medida cautelar, em função da da ingerência** que seja concomitante com o juízo de adequação estrito ou de causalidade segundo regras de experiências.

²⁵⁹⁰ Neste sentido, J. RAMOS PEREIRA, *Prontuário* II cit., 452. Diferentemente, ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 222, invoca apenas padrões judiciais de razoabilidade, sem recurso ao art. 335º CC.

²⁵⁹¹ Pois o uso do nº 1 do mesmo artigo deve ser excluído, já que o seu resultado — uma cedência recíproca na medida do necessário para que os dois direitos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes — é contrário a um juízo de procedência em que a parte activa ou vence ou é vencida.

²⁵⁹² STJ 22/4/1947, BMJ 1 (1947), 165: podem-se decretar providências adequadas a “evitar que a exploração de uma concessão mineira cause lesão grave em propriedade alheia” desde que “não impliquem a suspensão dos trabalhos de extracção do minério”.

²⁵⁹³ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 37.

²⁵⁹⁴ Neste sentido, RC 9/11/2004: a “ponderação da situação que se evidenciava à data da propositura da providência cautelar e a que se regista no momento da oposição a tal procedimento, pode determinar o levantamento desta, por prejuízo decorrente de tal decretamento ter entretanto excedido consideravelmente o dano que com ela o requerente pretendia evitar”.

²⁵⁹⁵ *Et alia*, *CPCanot* 2 cit., 36. No mesmo sentido, J. RAMOS PEREIRA, *Prontuário* II cit., 348–349 e ABRANTES GERALDES, *Temas* III cit., 220.

²⁵⁹⁶ Assim: os acordãos citados na nota 2576.

Neste o juiz poderá, perante a desproporcionalidade, em vez da recusa pura e simples, decretar uma medida menos ingerente e, nesse sentido, menos adequada. Ou, ao contrário, apesar da proporcionalidade decretar uma medida que tenha uma eficácia equiparável, mas menos ingerente

Desse modo, o poder de adequação, enquanto poder de elaboração da estatuição do art. 381º, seria um poder activo, autónomo e oficioso, de **adequação graduada da medida**.

Um tal poder de decretar a medida adequada e proporcional pressuporia duas coisas: que pode existir mais do que uma medida idónea segundo as regras de experiência a interromper virtualmente o nexo de causalidade acto presente/facto danoso futuro; que ainda que haja apenas uma medida idónea ela não será decretada se haver colisão de direitos, sendo, se possível, substituída por outra medida menor que inevitavelmente permitirá a ocorrência de parte do dano que o requerente receava. Neste sentido segue no essencial o pensamento de ABRANTES GERALDES ²⁵⁹⁷.

Ora, já sabemos ²⁵⁹⁸ que assim sucede na matriz alemã e na matriz francesa: uma *einstweilige Verfügung* e um *référé* concretos são **fixados dentro dos limites ditados pela ponderação ou balanço proporcional entre os interesses em litígio** ²⁵⁹⁹, de modo que “a medida conservatória” que o juiz escolher seja “adequada, ou seja, apropriada e razoável em relação à finalidade procurada pelo juiz” ²⁶⁰⁰. Essa medida pode ser a mesma que o autor pediu, como pode ser outra que o juiz repete ser menos invasiva da esfera do requerido.

Fala-se a este propósito num *princípio de ingerência mínima na esfera jurídica do demandado* ²⁶⁰¹, segundo o qual apenas se pode decretar uma certa medida desde que ela não possa ser “ser susceptível de substituição por outra medida **igualmente eficaz**”, de modo a tornar possível a efectividade da tutela judicial “mas menos gravosa ou prejudicial para o demandado” (art. 726º, 2ª al. LEC).

III. A nossa posição é a seguinte: é inegável a incorporação de um tal juízo de graduação da intensidade da ingerência; se assim não fosse, o escopo do vector da proporcionalidade — ingerência com o mínimo risco de dano para o requerido — não

²⁵⁹⁷ *Temas* III cit., 223–224.

²⁵⁹⁸ Cf. § 5º 2.3.2.K., III.

²⁵⁹⁹ CASTILLON, *Variations* cit., 102 ; CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 22 ; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80 ; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

²⁶⁰⁰ MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge* cit., 56.

²⁶⁰¹ MONTESANO, *Problemi* cit., 234, 237; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 84; W. P. WALTER, *Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast* cit., 101; JOVÉ, *Medidas* cit., 133; SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 209, implicitamente; U. RITTER, *Vorläufige Anordnungen* cit., 96, aludindo ao uso jurisprudencial de um *Prinzip des mildesten Eingriffs*.

seria plenamente realizado. A admissão legal de substituição da medida decretada por caução adequada é uma clara expressão legal deste critério ²⁶⁰², pois exige sempre que esta se “mostre suficiente para prevenir a lesão ²⁶⁰³ ou repará-la integralmente” (art. 387º, nº 2) ²⁶⁰⁴. Isso significa que o juízo de minização da ingerência, vem *depois* do juízo de comparação da ingerência, tal como este vem *depois* do juízo de causalidade adequada presumida.

Ou seja: por um lado, não basta uma medida passar o crivo da proporcionalidade para ser decretada, pois o juízo deve considerar sempre outra medida que confira, no essencial, uma protecção de eficácia idêntica, mas como menos custo para a parte passiva; por outro lado, nenhuma medida menos ingerente será decretada se for mais desproporcional.

Deste modo, apenas o resultado do juízo de comparação das ingerências é que determina a concessão/denegação da medida, enquanto o respeito pelo princípio da ingerência mínima apenas determinará a medida concretamente a aplicar.

A proporcionalidade terá ser assim, não apenas um mero facto impeditivo que o requerido invoca ou não, mas também um *facto de conhecimento oficioso* pelo juiz ²⁶⁰⁵ que este terá de ter em conta, *ab initio*, quando pondera a medida que será mais adequada. Pois um juiz que pode recusar a medida porque desrazoável bem pode elaborar um juízo intermédio de decretamento de uma medida menos ingerente ²⁶⁰⁶ que, ainda que não evite parte do dano ao requerente, colocará este sempre em melhor posição que a simples recusa.

IV. No limite, o que é desejável é um máximo resultado favorável ao requerente, com um mínimo de ingerência na esfera do requerido. Todos os sistemas cautelares convergem nesse objectivo.

²⁶⁰² Exemplo de providências substituídas: de inibição de importação, produção e comercialização de um medicamento (STJ 25/2/1975) ou outro produto comercial (STJ 14/11/1975, BMJ 251 (1975), 102).

²⁶⁰³ Desde que seja um dano passível de ser satisfeito por equivalente e a providência cautelar “tente evitar um prejuízo de natureza patrimonial” (STJ 12/12/1975, BMJ 252 (1976), 106), bastando que a caução apresente um “montante for proporcional ou aproximado da estimativa provável do dano” (STJ 14/11/1975, BMJ 251 (1975), 102).

²⁶⁰⁴ Quando seja um dano apenas passível de ser satisfeito por reparação in natura — cf. LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* 2 cit., 38. Também no Brasil uma medidas cautelar pode ser convolada em “*medida cautelar substitutiva*” (CARREIRA ALVIM, *CPCref* cit., 423–425) oficiosamente ou a requerimento de qualquer das partes, e que consiste na “*prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido*” desde que “adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

²⁶⁰⁵ J. RAMOS PEREIRA *Prontuário* II cit., 349 e ABRANTES GERALDES *Temas* III cit., 223 ss.

²⁶⁰⁶ ABRANTES GERALDES *Temas* III cit., 223.

O princípio da proporcionalidade é, assim, uma busca da **medida que gera menos desproporcionalidade de ingerências, dentro do quadro das medidas virtualmente idóneas a pôr termo ao estado de perigo**.

E portanto o vector da proporcionalidade opera mediante um **juízo de graduação da intensidade da medida cautelar, em função da ingerência** ²⁶⁰⁷. O seu conteúdo é aquele que já apontámos em sede do *pedido*: desde a menos ingerente das medidas de segurança até à plena satisfação, antecipada, do direito.

V. Mas há ainda uma dúvida, quanto ao conteúdo do padrão judicial de comparação do grau da ingerência que deverá ser utilizado pelo juiz.

É que esse padrão não se resume na Alemanha e em França à busca de uma vantagem económica favorável ao requerente: como escreve VAN COMPERNOLLE, a comparação entre os danos “pode repousar não apenas na importância económica dos prejuízos respectivos mas igualmente numa primeira apreciação de fundo” ²⁶⁰⁸.

Vectores dessa primeira apreciação são: *a vantagem da aparência do direito do requerente sobre a aparência do direito do requerido, incluindo o grande possibilidade de procedência futura da acção principal* ²⁶⁰⁹ — quanto menor forem essa vantagem, menos intrusivas poderão ser as medidas decretadas, *i.e.*, a “uma aparência relativamente fraca pode corresponder uma protecção mais fraca” ²⁶¹⁰ e, inversamente, quanto mais favorável ao requerente for a aparência dos direitos em litígio, mais forte poderá ser a medida provisória ²⁶¹¹; *a verosimilhança do perigo* — quanto mais intensa e profunda for a medida pedida, mas intenso terá de ser o receio ou grau de verosimilhança desse de perigo ²⁶¹²; *a intensidade do perigo* — quanto mais favorável ao requerente for a gravidade do prejuízo, mais forte poderá ser a medida provisória ²⁶¹³.

Nesta abordagem os factores que constroem o padrão da graduação da ingerência nesses ordenamentos são, afinal, **os pontos fracos da segurança da apreciação judicial**: quanto maior o risco de injustiça, menor será a ingerência lícitamente

²⁶⁰⁷ Um *Gradualisierungstest* segundo DAMM, Vor § 916 cit., Rdn. 29.

²⁶⁰⁸ *Vers une nouvelle* cit., 504.

²⁶⁰⁹ CLOSSET-MARCHAL, *L'urgence* cit., 22; GRUNSKY, *[Recensão]* cit., 363. É essa a utilidade do conceito legal, em sede de *référé*, de pretensões “passíveis de alguma contestação séria” ou de que a “obrigação [em si mesma] não é seriamente contestável”.

²⁶¹⁰ VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 12.

²⁶¹¹ SCHLOSSER, *ZPR II* cit., Rdn. 261; CASTILLON, *Variations* cit., 102–103; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80–81; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11–13; GRUNSKY, § 935 cit., Rdn. 8 ss.

²⁶¹² SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 14.

²⁶¹³ CASTILLON, *Variations* 102–103; NORMAND, *Les fonctions* cit., 80–81; VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 11–13.

admissível²⁶¹⁴. No limite, se fizermos uso dos critérios dos arts 808º e 809º NCPC/Fr — *i.e.*, do critério da *contestation sérieuse* ou intensidade do *fumus boni iuris*²⁶¹⁵ — , como, na prática, sucede na Alemanha, dir-se-ia que: se o direito é evidente antecipa-se, se o direito não é evidente conserva-se, ao menos.

Em suma: um **juízo de compensação** nas terminologias de DAMM e GRUNSKY²⁶¹⁶.

A dúvida que nasce daqui é se ente nós, além de um juízo de graduação, o juiz deve levar a cabo também um juízo de compensação

Exemplo: o direito de propriedade sobre os bens A, B e C é manifesto e daí é altamente provável um vencimento na acção principal pelo que se pode aceder a colocar os bens a uso do requerente; ao contrário, se o direito for duvidoso, não seria possível senão um arrolamento.

Em nossa opinião, e sem prejuízo de melhores entendimentos, não existe na nossa lei base literal nesse sentido e a teleologia do poder de adequação do art. 392º, nº 3 deve ser compaginada com todo o sistema cautelar.

Efectivamente, apenas se pode contar com o art. 387º, nº 2 e este é claro ao associar o juízo de proporção ao prejuízo, sem mais nenhum factor adicional.

Ademais em matéria de estrita procedência apenas se exigem a demonstração da causa de pedir em termos de verosimilhança, como se sabe. E portanto ou os factos constitutivos do pedido — *i.e.*, o direito e a ameaça de dano — estão demonstrados ou não estão; **não há juízos intermédios fora de um juízo de procedência**²⁶¹⁷. Obtida

²⁶¹⁴ Apesar de citado indirectamente em SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 126–127, não podemos deixar de dar a nota de GERKAN: quanto “mais clara for a legitimação da pretensão de tutela [= direito acautelando] e quanto mais evidente for que o requerente também obterá vencimento na acção principal, quanto mais substanciais forem os interesses do requerente que estão envolvidos, em especial em comparação com a posição contrária, e quanto mais a negação da tutela cautelar em face de uma irreversibilidade do desenvolvimento ameaçador conduzir de facto a uma negação de tutela na acção principal, mais o decretamento de cautelas com medidas ingerentes”, incluindo com efeitos de satisfação, pode ter lugar.

²⁶¹⁵ Neste sentido, identificando os dois conceitos operativos: E. F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione*, RDP 45/4 (1990, 1029; JOMMI, *Il référé* cit., 34

²⁶¹⁶ *AlternativKomm* cit., § 921, Rdn. 6 e *Vor § 916* cit., Rdn. 29, respectivamente.

²⁶¹⁷ Como nota WALKER, § 922 cit., Rdn. 5 = BROX/WALKER, *ZVR* cit., Rdn. 1510, 1631, não há na lei nenhum critério adicional para proceder a uma graduação da intensidade da convicção: as duas partes estão em posição de igualdade enquanto não fizerem a demonstração do seu direito.

procedência, o tribunal irá buscar a medida mais adequada a um objecto que foi tido como procedente, comparando prejuízos presumidos, e nada mais.

Deste modo, a valoração que é dada pela lei à ponderação/contraposição de interesses/ingerências não substitui a verificação da estatuição do art. 381º e o inerente juízo de procedência/improcedência.

Se assim não fosse cair-se-ia, porventura, na tese proposta por LEIPOLD ²⁶¹⁸, de que na ausência de uma prognose segura do desfecho da acção principal, *i.e.*, da existência do direito, ainda assim, um balanço de interesses favorável ao requerente seria suficiente para o decretamento, desde que a pretensão não se anteveja como manifestamente improcedente na acção principal.

De todo: como nota WALKER ²⁶¹⁹ tal com o qualquer outra forma de tutela “também a tutela jurisdicional provisória é uma tutela de *direitos* e não uma pura tutela de *interesses*”. E uma tutela de direitos manda que o tribunal deve decidir a quem cabe o direito, sob pena de, *de facto*, se desrespeitar o preceito cardinal do art. 8º, nº 1 CC de que o “tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”. *Julgar* é decidir da procedência.

2.3. Reserva da acção principal (proibição de antecipação)

2.3.1. Funcionalidade

A. Visão dominante

I. Passemos agora para o vector da reserva da acção principal.

Usamos esta expressão para abranger aparentes limites ao mérito e à decisão cautelares, apontados pela doutrina e pela jurisprudência, e que parecem ter uma finalidade comum: **conservar intacto**, sem restrições de direito ou de facto, **o poder jurisdicional do tribunal que conhecerá da causa principal** ²⁶²⁰.

²⁶¹⁸ *Grundlagen* cit., 53 ss., 83 ss. e *Strukturfragen* cit., 268. No mesmo sentido, com adaptações, LITTBARSKI, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht*, 1996, 103 ss., esp. 107 ss.

²⁶¹⁹ § 922 cit., Rdn. 5.

²⁶²⁰ Apontando esta finalidade: COUCHEZ, *PCv* (col. LANGLADE/LEBEAU) cit., 38 = *PCv* cit., 59 ; BENDJOUYA, *PCv* cit., 112 ; CASTIILLON, *Les pouvoirs* cit., 32 ; HÉRON/LE BARS, *DJP* cit., 248, 294, 295; JULIEN/FRICERO, *DJP* cit., 196 ; VINCENT/GUINCHARD, *PCv* cit., 670.

O primeiro limite é no plano do conteúdo do mérito cautelar: *não pode ultrapassar o mérito principal quanto às vantagens concretas*. Sobre ele, VAN COMPERNOLLE afirma que em nenhum caso pode o juiz da medida provisória “alocar ao requerente uma vantagem excedente [quantitativa ou qualitativa] dos limites do que, a título principal, lhe poderia ser acordado” ²⁶²¹, dando mais ou com requisitos legais diferentes daqueles em que a acção principal daria, como nota a doutrina italiana ²⁶²².

Exemplo português: “Não pode obter-se através das providências cautelares mais do que aquilo que se pode vir a obter com a acção”, *in casu*, obter a inibição de venda de imóvel prometido vender, se na acção principal o máximo que se obteria seria a condenação da restituição do sinal em dobro (RL 11/1/ 1974) ²⁶²³.

Exemplo francês: o juiz do *référé* não pode ordenar a manutenção de uma relação contratual revogada ilegal e unilateralmente, visto que o juiz de fundo poderia, quando muito, condenar essa parte a pagar uma indemnização ²⁶²⁴.

O segundo limite coloca-se no plano dos efeitos da decisão de mérito cautelar: *esta não pode ser incompatível de direito ou de facto com a decisão principal*, pois dada a anterioridade temporal a decisão cautelar acabaria por esvaziar a decisão principal de utilidade ²⁶²⁵, perdendo todo o seu sentido ²⁶²⁶. Por isso, **o tribunal deve decretar a**

²⁶²¹ *Introduction* cit., 9. No mesmo sentido, CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 40 e DOMEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 49.

²⁶²² MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 129 e *DPC* III cit., 352 ; ARIETA, *Funzione* cit., 595–596; TARZIA, *Considerazioni* cit., 249–250 ; TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 880; COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 405; SALETTI, *Le système* cit., 62 ; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 44; LUISO, *DPC* IV cit., 157–158. Ainda, PICOZZA, *Sull'ammisibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.*, RDP 52/4 (1997), 1253: se o cancelamento de uma inscrição registal supõe sentença transitada em julgado, não pode providência *ex art. 700º* CPC/It ser decretada para servir de título bastante para um tal cancelamento.

²⁶²³ BMJ 233 (1974), 237; ainda: STJ 23/7/1981, BMJ 309 (1981), 310: não se pode “atingir com ele um objectivo que nesta [a acção principal] não se possa obter”. No mesmo sentido, STJ 9/7/1998.

²⁶²⁴ Exemplo de VAN COMPERNOLLE, *Introduction* cit., 14; mas CASTILLON, *Les pouvoirs* cit., 40–41, dá nota de alguma jurisprudência favorável a uma manutenção provisória do contrato.

²⁶²⁵ SCARPA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2004, 61, fala em proibição de “*provvdimento d'urgenza che esaurisca tutti gli effetti della decisione di merito*”.

²⁶²⁶ MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 98.

medida “**sem pré-julgar o fundo da questão**” (art. 728º, nº 2 LEC ²⁶²⁷ ou *Verbot des Vorwegnahmes des Hauptverfahrens* ou *proibição de faire prejudice au principal*, constante do art. 484º NCPC/Fr e art. 1039º/I CJ/B).

Em consequência, as medidas antecipatórias são **excepcionais**, podendo apenas ser decretadas se forem **reversíveis de facto** ²⁶²⁸, **desde que de modo não difícil** ²⁶²⁹.

Em suma: a “providência cautelar não deve representar a realização do direito a accionar (ou accionado), mas o seu acautelamento” (ac. STJ 28/10/1993 ²⁶³⁰). No dizer de F. BAUR ²⁶³¹, a providência cautelar é sempre um *minus* — porque não pode ultrapassar as vantagens que o fim da acção principal permitirá.

II. A existência de uma reserva da acção principal parece bastar-se com a explicação processual clássica de ela seria a expressão máxima da instrumentalidade formal e hipotética ²⁶³², limitando a funcionalidade cautelar ²⁶³³. Paradoxalmente, uma

²⁶²⁷ Exigência que é repetida em especial para as medidas antecipatórias de proibição: não podem “*pré-julgar a sentença* que em definitivo se venha a ditar” (art. 726º, nº 2 *in fine* LEC).

²⁶²⁸ ARIETA, *Funzione* cit., 598; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 4; SCHUSCHKE, *§ 938* cit., Rdn. 12, 466. Trata-se uma boa intenção teórica, mas com frequente denegação numa irreversibilidade prática, maxime em sede de inibições cautelares decretadas no direito da concorrência (cf. JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 37, Rdn. 15). Contra, bastando-se com a irreversibilidade jurídica, CASTILLON, *Les pouvoirs* 42 ; I. CELESTE FONSECA, *Introdução* cit., 135–136.

²⁶²⁹ GIACOBBE, *Orientamenti* cit., 214 ss, maxime, 214–217.

²⁶³⁰ “Mediante providência cautelar não especificada, não se pode ir além da função da conservação das condições de facto idóneas para assegurar (...) a hipotética condenação” (RL 29/9/1992). Já no estrito plano normativo o art. 383º, nº 4 apenas parece dar como óbvia e garantida esta reserva da funcionalidade da acção principal a *montante*, i.e., *no próprio mérito cautelar*, quando enuncia que, a *jusante*, nem o respectivo julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar “têm qualquer influência no julgamento da acção principal”. É a única interpretação que evita tornar o art. 383º, nº 4 uma declaração de boas intenções, por ser apenas válida ao nível da eficácia abstracta e formal da decisão final. Em termos semelhantes, desde a reforma de 2005/2006, que o art. 668 *octies*, al. 8ª CPC/It estatui que “L' autorita' del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo” (cf. BALENA, *[La disciplina]* cit., 330).

²⁶³¹ *Studien* cit., 72–73.

²⁶³² A necessária coordenação ou pré-ordenação entre cautela e acção principal no dizer de TOMMASEO *Provvedimenti* cit., 860.

²⁶³³ Assim, CASELLA *Il nuovo processo* cit., 1009–1010: a função instrumental das providências cautelares constitui o seu próprio limite, pelo que os limites são os *petitum*

refutação — como a que foi feita por TOMMASEO²⁶³⁴ — da reserva da acção principal, facilitadora da produção de cautelas antecipatórias, facilmente pode conduzir à conclusão²⁶³⁵ de que o objecto cautelar é sempre um *minus* quantitativo do objecto principal ao qual deve estar confinado²⁶³⁶. Ou seja: uma tutela antecipatória, imprópria eventualmente, sem espaço para qualquer tipo de regulação²⁶³⁷.

Esta conclusão é, em nosso ver, tão absolutamente inadequada à funcionalidade cautelar, quanto uma estrita abordagem clássica. A existência de cautelas tradicionalmente tidas como conservatórias, em que não há uma satisfação/realização da afectação do direito, está aí para o demonstrar, ao menos no plano do direito positivo. Aqui, afirma JAUERNIG, a tutela cautelar de segurança (*Sicherungsverfügung*) não é um *minus* mas um *aliud*²⁶³⁸.

B. Posição

I. Há que ter algumas cautelas dogmáticas.

Por um lado, já fizemos a crítica àquele dogma do *Verbot des Vorwegnahmes des Hauptverfahrens* ou *proibição de faire prejudice au principal*. Concluímos, então, que esse momento preventivo não é só de antecipação, podendo ser de segurança, mas que *nunca* é de conservação: é uma tutela de intensidade graduada pela sua causa de pedir, *i.e.*, o que o concreto *periculum/Grund* impõe como efeito adequado e necessário ao seu afastamento²⁶³⁹.

e à *causa petendi* da acção principal, à qual a cautela está ligada. Identicamente, TOMMASEO *Provvedimenti*, cit., 860.

²⁶³⁴ Tese apresentada na sua obra *I provvedimenti* cit., esp. pp. 209 ss. = *Provvedimenti* cit., 858 ss. e 870 ss.

²⁶³⁵ Crítica certamente colocada por JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 326.

²⁶³⁶ Vício em que incorrem TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 860 = DITTRICH, *II provvedimento* cit., 225 ss., que encaram o objecto cautelar como o mesmo objecto da acção principal, mas antecipado *quantitativamente* em termos de efeitos práticos. Na mesma linha, o ac. STJ 9/2/1995 (“Qualquer procedimento cautelar tem por função a antecipação do reconhecimento de um direito que o requerente se arroga ter contra o requerido”) ou o ac. RL 29/3/1990 (“A providência cautelar está para a sentença a proferir no processo principal na mesma relação em que um juízo provisório sobre determinada matéria está para com o juízo definitivo sobre a mesma matéria”).

²⁶³⁷ TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 880 e DITTRICH, *II provvedimento* cit., 226, são dessa opinião.

²⁶³⁸ *Der zulässige Inhalt* cit., 326.

²⁶³⁹ Neste sentido, medindo a cautela pelo perigo, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 111, 114.

Por outro lado, já concluímos que a instrumentalidade é, *prima facie*, material, *i.e.*, entre os fundamentos jurídicos das duas vias de tutela.

Estamos, por isto, em face de um limite que diz respeito à própria funcionalidade cautelar e à própria funcionalidade da acção principal e que nelas deve buscar fundamentação. A questão deve, por isso, ser revista primeiramente no *plano normativo dos efeitos jurídicos possíveis* e, só depois, no *plano dos efeitos concretos*

II. No *plano normativo dos efeitos jurídicos possíveis*, importa relembrar que no processo declarativo o juiz decide fazendo uso do direito positivo vigente, aplicando critérios normativos cuja estrutura previsão/estatuição é pré-existente e de conteúdo prédefinido. O juiz enuncia direito positivo.

Muito diversamente, no processo cautelar o juiz decide fazendo uso de normas cujo efeito jurídico (estatuição) é revelado pela própria actividade processual, como já afirmámos. Não há um efeito jurídico *a priori*, pronto a ser declarado, como bem nota a doutrina alemã ²⁶⁴⁰. O juiz das cautelas não pode enunciar uma norma que não existe: por isso não pode “declarar a nulidade, a inexistência ou qualquer outra forma de invalidade” (STJ 5/6/1996) pois estes são juízos de desvalor de um acto perante uma norma prévia.

A reserva da acção principal exprime então que o juiz **não pode usar** das primeiras normas de direito material; essas constituem para ele os “limites superiores” que não pode ultrapassar ²⁶⁴¹: “ainda que a matéria de facto alegada e demonstrada em termos de verosimilhança pudesse conduzir a um certo efeito jurídico, este não pode ser declarado porque ele não mais serviria a segurança da posição jurídica do requerente” ²⁶⁴². Daí a frequente conclusão jurisprudencial de que “não se pode pretender alcançar através da decretação de uma providência cautelar a satisfação de direito que só através da respectiva acção principal se deve concretizar” (RL 29/1/2004) ²⁶⁴³.

Uma vez que ambas as áreas normativas dizem respeito ao mesmo direito — e daí a necessidade de reserva funcional — a **acção principal** pode ser redefinida como aquela em que o juiz realiza a afectação de um bem jurídico, em termos subjectivos, aplicando critérios normativos cuja estrutura previsão/estatuição é pré-existente e de conteúdo prédefinido, enquanto a **acção cautelar** é aquela em que o juiz realiza a

²⁶⁴⁰ JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 326; F. BAUR, *Studien* cit., 18; EVERS, *Die Begründung* cit., 50.

²⁶⁴¹ EVERS, *Die Begründung* cit., 50.

²⁶⁴² EVERS, *ob. loc. cit.*

²⁶⁴³ No mesmo sentido: RP 29/11/1993.

afecção do mesmo bem jurídico ²⁶⁴⁴, em termos subjectivos, aplicando normas cujo efeito jurídico (estatuição) é revelado pela própria actividade processual.

Daqui decorre que *norma, objecto e tutela estão intrinsecamente ligados*, não constituindo um *minus*, mas um *aliud* em face da normas, objecto e tutela da acção principal ²⁶⁴⁵.

Formalmente é tão correcto e tão inexpressivo falar-se numa reserva da acção principal, como numa reserva da acção cautelar. Falar-se naquela é admitir que as normas, objecto e tutela cautelares se descobrem por relação com aquela. Dizer-se que não se pode antecipar a decisão principal é dizer-se o óbvio: a decisão cautelar tem de ser *funcionalmente* cautelar — e não apenas porque foi produzida segundo um procedimento cautelar.

III. Mas, paradoxalmente, os círculos de funcionalidade tocam-se, não são estanques: em ordem a ser funcionalmente cautelar bem pode ser decretada uma medida de realização/antecipação do direito se a graduação de intensidade o justificar ²⁶⁴⁶.

Ou seja: as questões de mérito cautelar e principal podem, como já notámos, colocar-se entre si em posição de **concurso de normas**, num quadro de instrumentalidade entre a **obrigação genérica de não ingerência** e a própria **afecção do bem jurídico** em termos subjectivos ²⁶⁴⁷. Esta natureza material da instrumentalidade pressupõe, como se viu ²⁶⁴⁸, que se está sempre em sede do **mesmo direito tutelando** ²⁶⁴⁹, havendo depois diferenças **entre um momento preventivo e um momento de realização do direito**.

Neste plano um tal concurso de normas materiais, pode ter *consequências irreversíveis de facto* ²⁶⁵⁰ pelo que se pode discutir se a reserva da acção principal ou proibição de antecipação apresenta um segundo nível de utilidade, claramente invocado

²⁶⁴⁴ Daí termos antes distinguindo entre dimensão histórica/passiva e dimensão proactiva/dinâmica das situações jurídicas subjectivas — cf. § 10º 1.2.

²⁶⁴⁵ É esse o entendimento de JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt* cit., 326, várias vezes por nós repetido.

²⁶⁴⁶ Cf. o que se escreve sobre o pedido de conteúdo antecipatório no § 12º 2.3., em geral, e no § 12º 2.3.3.A., em especial.

²⁶⁴⁷ Cf. 12º 2.3.3.B.

²⁶⁴⁸ Cf. 12º 2.3.3.B., VI.

²⁶⁴⁹ Parcialmente neste sentido, MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 338: o objecto cautelar é a mesma relação jurídica objecto da acção de mérito, pelo que são de excluir os simples interesses de facto ou outros que não sendo tutelados pela lei, não podem ser tutelados por uma acção principal (*idem*, 358).

²⁶⁵⁰ Assim, em sede de inibições de concorrência desleal (cf. JAUERNIG/BERGER, *ZV-IR* cit., § 37, Rdn. 15) como já referimos por mais de uma vez.

na doutrina e na jurisprudência, enquanto necessidade evitar essa *incompatibilidade substantiva potencial*. A ser assim, então não bastaria a medida estar legitimada no plano normativo, como teria ainda de ser não ser incompatível de facto com os efeitos práticos da acção principal. Numa palavra: cautelas antecipatórias fácticamente irreversíveis estariam excluídas.

Ao prevenir essa incompatibilidade o sistema processual tomaria posição a favor do momento da realização direito.

IV. Com o devido respeito não cremos que assim seja: não há fundamento legal razoável e constitucional para preferir a tutela actual do autor, *i.e.*, cautelar, à tutela futura do réu, *i.e.*, principal.

Uma tal preferência, doutrinamente corrente, é uma mera invocação de uma pretensa instrumentalidade a favor da acção dita principal que postula uma subsidiariedade ou menoridade da tutela cautelar — uma unilateralidade ou desigualdade, portanto. Esta, com o seu carácter extremamente ingerente, apenas poderia ser admissível em termos legais expressos, pelas vias do dano qualificado.

Discordamos: a preocupação com a ingerência não deve ser relevada a prioristicamente em que todo o resultado de uma acção principal é intrinsecamente melhor no plano da tutela dos direitos em conflito. De todo: apenas a ponderação proporcional dos concretos direitos privados conflitantes pode ditar qual o resultado que prevalecerá de facto e não uma vaga consideração de pendor publicista, favorável à acção principal e que é própria das teses da mera acção.

Assim, entre duas medidas de tutela com idêntico valor prático — a cautela actual e a acção principal futura — prevalece a que é, de facto, menos ingerente pois **ambas estão materialmente legitimadas**. Apenas um juízo de proporcionalidade desfavorável ao autor pode impedir que este obtenha uma cautela antecipatória, irreversível. Nesse caso o tribunal deve apôr uma medida de segurança *ao lado* daquela, mas *não contra ela*.

V. Contra este nosso entendimento, **dir-se-ia que assim se ignora o carácter materialmente excepcional de uma medida que permite a satisfação de um bem jurídico ou a realização de uma prestação antes do tempo legal ou contratualmente devido**. Não é verdade: essa é uma excepcionalidade material que tem uma expressão normativa precisa através do requisito de **nenhuma medida ser idónea a provocar a interrupção do nexo de causalidade *acto presente* / *acto* senão a antecipatória**²⁶⁵¹.

²⁶⁵¹ Cf. o que escrevemos no 12º 2.3.3.A.

Verificado esse elemento da norma mista material/processual a medida antecipatória não pode ser denegada verificados os vectores de adequação que são o nexos virtual de funcionalidade e a proporcionalidade.

Em síntese: bem pode ser condenada uma empresa-ré a não concorrer com a empresa-autora se essa for a única medida adequada a evitar o dano que se teme e o prejuízo potencial para aquela não exceda consideravelmente o dano que o autor pretende evitar, apesar da inerente irreversibilidade da medida.

2.3.2. Objecto e conteúdo

I. Restringindo deste modo, o conteúdo da funcionalidade material da reserva da acção principal resulta que, no estrito campo procedimental, o que deve resultar sempre do conteúdo do mérito é a **natureza preventiva do fundamento material** do requerimento cautelar para um direito que existe na ordem jurídica.

Com esse escopo *não há que individualizar a específica pretensão que será deduzida na acção principal, nem tampouco a sua causa de pedir*, mas apenas o estritamente necessário para mostrar aquele carácter preventivo/acessório e satisfazer a norma de competência territorial do art. 83º, nº 1 ²⁶⁵². Pelo contrário, essa individualização deverá ter lugar quando a existência da situação jurídica salvaguardada dependa de acção constitutiva, nos termos do art. 381º, nº 2., segunda parte. Naquele exacto sentido, decidiu o ac. RP 2/12/1998 que o “requerente não tem de identificar a acção que vai propôr, bastando que do procedimento se conclua ser ele preparação de

²⁶⁵² Ou seja: basta indicar o sentido funcional da acção — *v.g.*, “pretender agir judicialmente para a cessação dos comportamentos denunciados” (jurisprudência citada por ARIETA, *TDPC* III/1 cit., 811), pretender agir judicialmente para a obtenção do pagamento, pretender agir judicialmente para a anulação de um contrato. Cf., no nosso sentido: ARIETA, *I provvedimenti* cit., 140 e *TDPC* III/1 cit., 809 ss., esp. 811.; CHIARLONI, *Contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, GI 145/I (1993), 785; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 404–405; LEANZA/PARATORE, *I provvedimenti* cit., 335; VALITUTTI, *I provvedimenti* cit., 134; na jurisprudência: RE 23/1/1979 (CJ 4/I (1979), 206. Contra, a doutrina que vê, com maior ou menor grau, a cautela como um instrumento antecipatório do objecto da acção principal: TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 224 ss. = *Provvedimenti* cit., 870, 876; CARPI, *La tutela* cit., 63; FRUS, Art. 74/669 bis cit., 613–614; SALVANESCHI, *La domanda* cit., 290 ss.; CONSOLO, Art. 669–bis cit., 577 e *SpDPC* I cit., 354; CECHELLA, *Il processo* cit., 1–2; GHIRGA, *Principi* cit., 492–493; MANDRIOLI, *DPC* III cit., 342 = *CDPC* cit., 213; F. VERDE, *I provvedimenti* cit., 319 ss.; BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento* cit., 27 ss.

uma providência final” ²⁶⁵³, enquanto, por seu turno, VALITUTTI afirma que a indicação da acção principal está implícita na “dedução do direito accionado e dos factos respeitantes ao perigo receado pelo requerente” ²⁶⁵⁴

Deste modo, a demonstração da existência de um direito subjectivo em perigo, torna *ipso facto* ociosa a demonstração da sua accionabilidade. A falta desta caberá ao requerido mostrar em tempo oportuno ²⁶⁵⁵. Aliás, atendendo à **mutabilidade do litígio**, entretanto materialmente pendente, isso seria ou inútil ou constitucionalmente contrário ao princípio *pro actione* ou *favor actionis* para as normas processuais, pois nada obriga no plano material o requerente a ter de colocar a exacta acção que pensava que iria colocar ²⁶⁵⁶.

Em conformidade, *cabará, sim, ao juiz proceder à antecipação dos possíveis conteúdos da acção principal* através de uma “indispensável (...) e prévia individualização não tanto dos elementos objectivos da acção principal mas [muito justamente, acrescentamos] do direito /relação material” ²⁶⁵⁷.

II. Para tal deverá analisar o mérito cautelar apresentado — a causa de pedir, o pedido e as partes — procurando a verificação dos *dois enunciados materiais* em que se desdobra aquela relação de instrumentalidade.

Desde logo, um primeiro enunciado material quanto ao elemento passado da causa de pedir cautelar: a acção cautelar deve constituir uma situação jurídica acautelanda para a mesma (e não outra) afectação jurídica subjectiva que será objecto da acção em que se realizará essa mesma afectação jurídica subjectiva — *i.e.*, a designada acção principal ²⁶⁵⁸

²⁶⁵³ No mesmo sentido, RP 3/2/1992 e STJ 23/9/1998. Contra, RL 18/5/1993, STJ 9/2/1995: o requerente tem de definir a acção principal.

²⁶⁵⁴ *I procedimenti* cit., 134.

²⁶⁵⁵ Todo o regime de ónus associados à instrumentalidade formal quando exista — é o caso português, mas não o francês ou o alemão — não funciona a *motu* ou no interesse do juiz, mas mediante alegação do requerido. É este que, em regra, tem o ónus de invocar o facto extintivo da caducidade da situação jurídica acautelante e, por isso, a não propositura de uma dada acção que repute de principal.

²⁶⁵⁶ Cf. a referência a este princípio no § 4º 2.1. A sua violação seria uma denegação do “direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva” (RUI MEDEIROS *Art. 20º* cit., IX, 190 = LOPES DO REGO, *Os princípios* cit., 839–840), *in casu cautelar*, dizemos nós.

²⁶⁵⁷ MONTESANO/ARIETA, *DPC* III, cit., 352.

²⁶⁵⁸ O “direito a definir na acção de que o procedimento cautelar é preliminar, há-de ser o mesmo que pelo procedimento se pretende acautelar” (RL 15/1/1991).

Exemplo (1): não pode obter-se a inibição de venda de imóvel prometido vender, se na acção principal o máximo que se obteria seria a condenação da restituição do sinal em dobro, porquanto um tal direito subjectivo não existe na esfera jurídica do autor em face das duas acções relevantes.

Exemplos (2): o juiz do *référé* não pode ordenar a manutenção de uma relação contratual revogada ilegal e unilateralmente, se o juiz de fundo poderia, quando muito, condenar essa parte a pagar uma indemnização, porquanto na esfera jurídica do autor apenas existe um direito a indemnização e não outro; o juiz cautelar não pode decretar o arrolamento de bens de uma sociedade e a proibição de alienar, onerar e arrendar ou constituir a favor de terceiros quaisquer outros direitos de gozo relativamente a tais bens, se o juiz de fundo irá decretar uma anulação de cessão de uma quota social ²⁶⁵⁹; o juiz cautelar não pode decretar uma restituição provisória de posse se a vantagem material que prossegue é a certeza jurídica proporcionada por decisão principal de simples apreciação ²⁶⁶⁰.

Isso assim não sucede quando:

- é deduzido um pedido ou decretada uma medida que **não decorrem do direito fixado na causa de pedir cautelar e esta até enuncia o mesmo direito da acção principal**

Exemplo (3): pede-se a inibição de venda de imóvel prometido vender, quando na acção principal (= direito subjectivo acautelando), o máximo que se obteria seria a condenação da restituição do sinal em dobro, e ele é caracterizado nesses mesmo termos na *causa petendi* cautelar, é deduzir um pedido que não deriva daquele fundamento jurídico/ causa de pedir.

Exemplo (4): pede-se em *référé* a manutenção de uma relação contratual revogada ilegal e unilateralmente, quando na acção principal (= direito subjectivo acautelando) o máximo que se obteria seria uma indemnização, e ele é caracterizado nesses mesmo termos na *causa petendi* cautelar, é deduzir um pedido que não deriva daquele fundamento jurídico/ causa de pedir.

- é deduzido um pedido ou decretada uma medida que **decorrem do direito fixado na causa de pedir cautelar, mas esta não enuncia o mesmo direito da causa de pedir principal, seja no seu lado objectivo, seja no seu lado subjectivo**

Exemplo (5): pede-se a inibição de venda de imóvel prometido vender, quando na acção principal (= direito subjectivo acautelando) o máximo que se obteria seria a condenação da restituição do sinal em dobro, mas ele **não é** caracterizado nesses mesmos termos na *causa*

²⁶⁵⁹ STJ 2/12/1993.

²⁶⁶⁰ RL 10/12/1991.

petendi cautelar, é deduzir um pedido intrinsecamente despido de instrumentalidade material, por razões objectivas.

Exemplo (6): pede-se em *référé* a manutenção de uma relação contratual revogada ilegal e unilateralmente, quando na acção principal (= direito subjectivo acautelando) o máximo que se obteria seria uma indemnização, mas ele **não é** caracterizado nesses mesmo termos na *causa petendi* cautelar, é deduzir um pedido intrinsecamente despido de instrumentalidade material, por razões objectivas.

Exemplo (7): pede-se uma medida indiferenciada, com efeitos semelhantes aos do arresto de bens imóveis, contra a sociedade X, quando na acção principal se pede a anulação da subscrição do aumento de capital pelos sócios A e B, é deduzir um pedido despido de instrumentalidade²⁶⁶¹ material, por razões subjectivas.

III. Depois, um segundo enunciado material quanto *elemento futuro da causa de pedir* cautelar: ao referir-se à mesma e não outra afectação jurídica subjectiva que será objecto da acção principal deve-se pedir como medida de tutela a *constituição da situação jurídica acautelanda* — i.e., um novo complexo de direitos e deveres — e não a realização do direito acautelando.

Exemplo (8): o juiz do *référé* não pode “produzir, ainda que provisoriamente, decisões sobre a acção principal, declarar se as pretensões das partes estão bem ou mal fundadas, modificar os efeitos de um julgamento” (art. 1039º/VII primeira parte CJ/B)²⁶⁶²;

Sempre que assim não suceda estará a ser feito um **pedido ou decretada uma medida pelo juiz**

— **Contraditório com a causa de pedir, no seu elemento de *periculum***; ou seja, com ausência da causa de pedir específica para a realização do direito.

²⁶⁶¹ Neste sentido, STJ 9/6/1992.

²⁶⁶² Em suma, a decisão em *référé* “não pode tornar impossível a execução da decisão que será proferida no fundo” (KRINGS, *La jurisprudence* cit., 215). Contudo, o juiz do *référé* pode “examinar os direitos das partes, desde que as medidas que ele ordene não causem a estas um prejuízo definitivo e irreparável” (art. 1039º, 6ª al. CJ/B), aspecto reconhecido também pela decisão da Css/B 9/9/1982, citada por KRINGS, *idem*, 214–216, que nota o perigo de *bis in idem* entre dois tribunais — do *référé* e do fundo. Em qualquer caso, pode sempre decretar uma *measure conservatoire* se existirem “aparências de direito suficientes para justificar uma decisão” (KRINGS, *La jurisprudence* cit., 216).

Exemplo (9): após alegar-se perigo de dano a um direito de crédito já vencido, pede-se a condenação no pagamento desse crédito por causa do vencimento ou a simples apreciação da sua existência.

- **Não contraditório com a causa de pedir, pois esta não contém, sequer um elemento de perigo;** ou seja, com presença de causa de pedir específica da realização do direito.

Exemplo (10): alega-se que o direito de crédito já vencido e pede-se a condenação no pagamento desse crédito por causa do vencimento ou a simples apreciação da sua existência.

IV. Nos casos exemplificados com os números 1 a 4, 8 e 9, o desrespeito pela reserva da acção principal redundará em *ineptidão do requerimento cautelar*, nos termos do art. 192º, nº 2, al. b) ²⁶⁶³. Directamente, como bem nota SCHWONBERG, um “pedido de decretamento de uma providência cautelar não pode ser indeferido apenas com fundamento de violação da proibição de antecipação” ²⁶⁶⁴. Tampouco constitui falta de um pressuposto processual específico ²⁶⁶⁵.

Não há razão para que, sendo possível e em ordem a evitar uma tal violação ou uma ineptidão, o juiz, como sucede com um pedido desproporcionado (art. 387º, nº 3) e, em geral, com os vícios sanáveis (art. 265º, nº 2), não deva corrigir oficiosamente o vício. Para tal, convolará o pedido no que for necessário para o colocar dentro da matéria cautelar, *i.e.*, dentro da respectiva causa de pedir

Tal correcção do vício será, porém residual, pois exige que a causa de pedir admita esse pedido o que pode não acontecer. A correcção da *própria* causa de pedir é de excluir.

Assim, os exemplos 1 a 4 não são sanáveis porque toda a causa de pedir ou se refere a um direito que não existe ou não é instrumental.

Já nos exemplos 8 e 9, como a causa de pedir apresenta instrumentalidade material, o juiz pode substituir a medida pedida, de cunho marcadamente final, por uma medida

²⁶⁶³ Com um resultado semelhante, falando em *nullità* do requerimento: jurisprudência, apontada e subscrita por CONSOLO, *Ancora sulle applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme in materia cautelare (1994–1995)*, Il nuovo processo cit., 137 e *Le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo corpo legislativo (1993–1994)*, Il nuovo processo cit. 110. Aparentemente em termos próximos, seguiu o ac. RP 13/4/1993 (“quando o direito a acautelar na providência cautelar não serve de fundamento à acção principal, nem aí se dirime, aquela carece de viabilidade”).

²⁶⁶⁴ SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 113.

²⁶⁶⁵ Nesse sentido, MONTESANO/ARIETA, *Il nuovo processo* cit., 121; CECHELLA, *Il processo* cit., 2–3

verdadeiramente cautelar, v.g., a condenação nos efeitos práticos da simples apreciação. Só assim não será se tal não fosse, manifestamente, a vontade do requerente.

Na verdade: a ter lugar trata-se afinal do exercício do poder de adequação do pedido à causa de pedir segundo um nexo de causalidade presumida. A medida primitivamente pedida nunca seria idónea para por um termo a essa causalidade.

Se o juiz, em todo o caso, decidir conceder a medida, sem a sua correcção, está-se perante uma decisão ilegal porque vai proferir uma decisão nula nos termos do art. 668º, nº 1, al. c) — pois assenta num objecto processual inepto.

V. Diversamente sucede nos **casos 5, 6 e 7**: o processo de cautelar não tem a ver com a situação jurídica que pode ser objecto de apreciação em acção principal, porque não há identidade entre direito acautelando e direito a declarar. Não há instrumentalidade²⁶⁶⁶.

Já no **caso 10** o processo de cautelar apenas tem o *nomen*, já que causa de pedir e pedido se subsumem a normas materiais que apenas podem ser aplicadas em processos declarativos, i.e., em acção principal — v.g., uma acção de reivindicação e inerante declaração do direito real alegado, uma acção constitutiva.

Sem dúvida que vale aí o princípio *iura novit curia*: há uma qualificação que deve ser corrida nos termos gerais e se for, possível, aproveitar actos processuais caso haja um desvio entre o procedimento corrido e o procedimento exigido em sede de tutela plena²⁶⁶⁷. Uma tal sanação/correcção apenas será de excluir por força de regras processuais imperativas como as relativas à competência do tribunal.

VI. Para o juiz que, em todo o caso, decida conceder a medida tal como ela está proposta — no caso 10, sem ter feito a sua correcção —, está-se perante uma decisão ilegal porque, é funcionalmente inadmissível: proferida fora da porção de poder jurisdicional que é atribuída ao juiz enquanto juiz das cautelas.

Relembre-se que já tínhamos proposto, precisamente uma separação de competência material entre o tribunal cautelar e o tribunal da acção principal, na senda doutrina do *référé*²⁶⁶⁸. O *juiz da tutela cautelar conhece da violação da obrigação genérica de não ingerência, geradora de um poder potestativo à situação acautelante, e*

²⁶⁶⁶ No dizer do ac. RP 10/12/1991, trata-se de um “procedimento cautelar que não depende[...] de alguma causa, já proposta ou a propor”.

²⁶⁶⁷ Aplique-se, então, o princípio da adequação formal por parte do juiz (cf. art. 265º-A), com os limites impostos, *analogicamente*, pelo art. 199º, nº 2. Por parte do requerido poderá ser feita idêntica invocação do nº 1 do mesmo artigo, em analogia com o erro na forma de processo.

²⁶⁶⁸ Cf. § 5º 2.3.2.D., IV.

não conhece do incumprimento/violação do próprio direito acautelado. Em suma: da pretensão de tutela no sentido futuro — a constituição de novos direitos e deveres. O juiz da tutela plena/antecipatória conhece do incumprimento/violação do próprio direito acautelado e não conhece da violação da obrigação genérica de não ingerência. Em suma: da pretensão de tutela no sentido passado — a realização de direitos e deveres já existentes, incluindo os direitos potestativos que suportam a acção constitutiva principal.

Correlativamente, no plano formal, o juízo da tutela cautelar decreta providências cautelares, revelando estatuições normativas, enquanto o juiz da acção principal declara o direito subjectivo, apenas, ou como condição de condenação por violação ou de realização de um direito potestativo (que não a uma situação acautelante). Como bem enuncia o já referido ac. STJ 5/6/1996 uma “providência cautelar não é o meio próprio para se declarar a nulidade, a inexistência ou qualquer outra forma de invalidade, matéria que pertence ao domínio da acção principal”.

Uma decisão que seja proferida sem respeito por essa distribuição de jurisdição viola os limites integrantes da designada *reserva da acção principal*, sendo nula ²⁶⁶⁹

VII. Deste modo, a relevância processual da violação da funcionalidade cautelar autónoma é sempre indirecta ²⁶⁷⁰, não gerando improcedência do pedido ²⁶⁷¹.

²⁶⁶⁹ O já referido ac. RP 10/12/1991, concluiu pela inadmissibilidade.

²⁶⁷⁰ Não é de excluir que no plano *dogmático* se possa ver uma falsa providência cautelar — *i.e.*, com um fundamento e uma decisão próprios de uma acção principal — não como sendo improcedente, não como sendo violadora de um pressuposto processual, mas como sendo inadmissível ou inadequada. Afinal, como sucede num requerimento de injunção ou num recurso de revisão colocados com inobservância dos seus requisitos específicos. É essa a proposta doutrinal de EVERS, *ob. cit.*, 52 ss, de uma *Statthaftigkeit* como uma categoria especial de admissibilidade, *i.e.*, um pressuposto processual especial (“besondere Kategorie der Zulässigkeit”), autonomizado como requisito de tutela (*Rechtsschutzvoraussetzung*), diferente quer da falta de pressupostos processuais, *proprio sensu* quer de condições de acção (*Sachurteilvoraussetzungen*). Na sua visão, também a legitimidade processual, a accionabilidade da pretensão ou o interesse necessário para uma acção de simples apreciação seriam *Rechtsschutzvoraussetzungen*. Porém, do ponto de vista do direito positivo tal categoria, a existir — o que não é objecto desta tese apurar — não tem expressão como se demonstra no texto principal quanto à reserva da acção principal.

²⁶⁷¹ Discordamos, por isso, do ac. RL 7/12/1995 que concluiu que havendo um “desajustamento entre o pedido da providência e o da acção principal já pendente e a que foi apensa, não visando aquele acautelar este, deve a procedência ser recusada”.

3. Consequências

3.1. Revelação/adequação como regulação judicial

I. No início deste parágrafo propusemos como hipótese de trabalho, que à estrutura de mérito comum a toda e qualquer acção cautelar apresentada pelo autor — sequência *perigo de dano/constituição* — acrescesse um terceiro termo colocado pelo juiz — a *regulação*.

O dado de partida era anterior e material: o conteúdo da estatuição da norma do art. 381º, vertido em deveres e estados de sujeição. Estas vinculações não pré-existem à decisão cautelar; esta é duplamente constitutiva: a estatuição do art. 381º estabelece um sentido da utilidade a ser produzida (adequação a remover o perigo de dano) mediante a constituição de uma situação jurídica acautelante, mas não concretiza esses deveres e sujeições. Antes da decisão cautelar não se sabe quais serão: **uma decisão cautelar é sempre uma revelação da estatuição da cláusula geral do art. 381º**. Neste sentido, a própria aplicação do direito (*Rechtsdurchsetzung* na terminologia alemã), implica a descoberta (*Rechtsfindung*) desse direito. Há uma necessária **revelação judicial** do conteúdo de normas jurídicas.

Ora, o que encontramos neste último excursus? Apurámos que essa revelação faz-se segundo vectores que integram um **poder de adequação** previsto primariamente no art. 392º, nº 3. Esse vectores moldam a decisão final tanto quanto à procedência, como quanto ao conteúdo da providência decretada: um juízo de causalidade virtual e um juízo de proporcionalidade. Adicionalmente, o limite que designámos como de reserva da acção principal quando releva é em sede de juízo de causalidade.

O peso relativo desses vectores varia de intensidade consoante o regime da lei: desde uma cautela típica não sujeita a nenhum tipo de proporcionalidade, assente apenas no nexos de causalidade (assim no art. 421º), passando por uma tutela típica limitada com aspectos de proporcionalidade (assim no art. 397º, nº 2), até a uma tutela atípica sujeita aos resultados configuradores, tanto deste nexos quanto da proporcionalidade (assim, o art. 381º).

Em consequência, em nenhum caso o juiz se limita apenas a considerar procedente ou improcedente o pedido que o autor deduziu, ou a considerá-lo procedente mas sob outro fundamento legal (*jura novit curia*) ou a considerá-lo procedente em parte.

A pergunta que se impõe, por conseguinte, é a de **se este poder de adequação/revelação é o nosso hipotético poder de regulação judicial**.

II. O termo *regulação* pode-se prestar a equívocos.

A título meramente preliminar e num plano estritamente abstracto, tanto pode significar a mera *aplicação* de uma norma ao caso concreto, como a produção de uma

regra de decisão apenas *para o caso concreto* ou ainda a produção de uma norma jurídica *a partir do caso concreto*.

A primeira acepção é absolutamente imprópria, sendo de excluir. Apesar das dificuldades que levanta a distinção interpretação/aplicação/criação normativas ²⁶⁷² damos por boa a opinião de que as tarefas de interpretação, integração e aplicação normativas não são tarefas de criação de regras de direito, *i.e.*, de critérios materiais de decisão de casos concretos ²⁶⁷³, mas instrumentos *intermediários* entre a fonte e a solução do caso concreto ²⁶⁷⁴.

Em face desta delimitação, o ponto é, então, o de saber se o poder de adequação do juiz é um poder de interpretação de uma disposição legal em ordem a apurar a solução para o caso concreto.

Num plano argumentativo *formal* a resposta só pode ser negativa: se o poder de adequação fosse um poder de interpretação não se veria qual a utilidade específica que teria em face do princípio *iura novit curia*. Ora o legislador não produz enunciados inúteis. Aliás já atrás demos nota de que a doutrina considera, justamente, que adequar não é o poder comum de correcção da qualificação jurídica de uma medida pedida, decorrente desse mesmo princípio ²⁶⁷⁵.

Ainda assim, bem se pode manter a pergunta, para se obter uma melhor justificação, agora numa plano argumentativo *funcional*: adequar é interpretar?

III. Trata-se seguramente de um poder justificado e onerado com uma funcionalidade estritamente processual, e, por isso, de um “poder-dever” como nota LOPES DO REGO ²⁶⁷⁶.

A partir daqui é discutível a sua natureza jurídica.

Alguns AUTORES como ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD ²⁶⁷⁷ afirmam que não se trata de um poder autónomo, mas apenas e só da aplicação de uma disposição do direito objectivo, sem a qual o juiz não pode actuar e que determina o conteúdo dessa mesma actuação. Por isso, a actividade do juiz seria igual à que desenvolve para

²⁶⁷² Como bem nota SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 191.

²⁶⁷³ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* cit., 299.

²⁶⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *idem*, 299. O ponto é discutível, atenta a existência de tarefas de preenchimento judicial do conteúdo de conceitos indeterminados: aqui alguns podem ver um “papel criador da jurisprudência” funcionando numa “zona de jogo no interior da qual se articula a interpretação da regra” (VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 499 e 500). Em qualquer caso esta é uma questão geral à jurisdição e, por isso, não explicativa do particular poder de adequação do juiz das cautelas.

²⁶⁷⁵ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 67–68.

²⁶⁷⁶ *ComCPC I* cit., 354.

²⁶⁷⁷ *ZPR* cit., 526 = ROSENBERG, *LdZPR* cit., 411.

a produção de qualquer sentença: a subsunção do caso concreto à norma abstracta²⁶⁷⁸, interpretando uma cláusula geral²⁶⁷⁹.

Pelo contrário, outros AUTORES qualificam-no sempre com um puro poder discricionário, pelo qual tem lugar a criação judicial de medidas com modalidades e conteúdos autónomos e diversos dos que surgem na tutela ordinária²⁶⁸⁰. Para uns haveria aí a aplicação de critérios de equidade, “como no direito romano ou no direito inglês”, justificada pela necessidade de dar uma “pronta resposta (...) — com plena independência do *strictum ius* escrito nas leis — às exigências prementes colocadas pela mutável evolução da realidade económico-social”²⁶⁸¹; mas para outros, essa criação judicial não pode prescindir do direito positivo²⁶⁸².

IV. Temos para nós que não estamos perante uma mera actividade de interpretação e aplicação de critérios normativos materiais. Mas porquê? O **poder de interpretação** é um poder de *enunciar* o conteúdo de um critério normativo, necessariamente anterior. Em conformidade, no plano da tutela o juiz declara se *o efeito pretendido é o efeito estatuído*. Numa acção declarativa constitutiva é esse o exacto poder exercido pelo juiz: apurar e declarar se os efeitos pretendidos de modificação, constituição ou extinção de efeitos são os mesmos efeitos previstos na lei, demonstrados os factos da *fattispecie/Tatbestand*.

O poder de adequação *não* é um poder de enunciação: o critério normativo que pré-existente carece de ser **completado na sua estatuição** como já dissemos, revelando-se deveres e sujeições (situação acautelante) que antes da decisão cautelar não se sabe quais serão em face do enunciado legal, *i.e.*, sabe-se quais poderão ser, como fizemos na análise do direito positivo, mas não se sabe quais são, *i.e.*, vigentes. Pois tais critérios não são pré-vigentes.

Efectivamente, o juiz tem o poder-dever de determinar os efeitos jurídicos (*Rechtsfolgenbestimmung*²⁶⁸³) associados à previsão normativa, pois a lei apenas determina a *funcionalidade* desses efeitos (a interrupção da causalidade presumida) e os *vectores de determinação* desses efeitos.

²⁶⁷⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZPR* cit., 526 = ROSENBERG, *LdZPR* cit., 411.

²⁶⁷⁹ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Natureza* cit., 35.

²⁶⁸⁰ MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 24 ss.; ARIETA, *Funzione* cit., 593; VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 503–504.

²⁶⁸¹ MONTESANO, *I provvedimenti* cit., 24.

²⁶⁸² ARIETA, *Funzione* cit., 593

²⁶⁸³ SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 192

Deste modo o poder de adequação conferido pelo art. 392º, nº 3 é um **poder de constituição** — um *Gestaltungsbefugnis* no dizer de EVERS²⁶⁸⁴ — que permite ao juiz “encontrar a medida adequada situada fora dos efeitos jurídicos” pré-fixados²⁶⁸⁵.

V. Mas qual é o objecto desse poder constitutivo de adequação? É uma regra de decisão apenas *para o caso concreto* ou é uma norma jurídica *a partir do caso concreto*? Na primeira opção a estatuição que for revelada pelo juiz apenas vinculará as partes, nos termos do caso julgado *rebus sic stantibus*. Na segunda opção a estatuição que for revelada pelo juiz gerará uma dupla vinculação: a vinculação das partes, nos termos do caso julgado *rebus sic stantibus* e a vinculação de todos os sujeitos que se venham a encontrar em situação abstracta e genericamente idêntica.

A resposta pode ser destilada, por via *negativa* ou por via *positiva*.

Por via *negativa*, dir-se-á que a priori não apenas a hierarquia constitucional e legal exclui o juiz como agente formador de regras jurídicas, como, é bom de ver, a estrutura e sentidos lógicos de uma medida cautelar de todo têm o valor hipotético, geral, abstracto que característicos de uma norma²⁶⁸⁶.

Esta resposta é formalmente correcta, mas nada nos diz sobre o que é que o juiz das cautelas efectivamente opera por meio da decisão cautelar. Há que enveredar por uma via *positiva* de aplicação dos conceitos e princípios da Teoria Geral do Direito.

Conjugando os ensinamentos de OLIVEIRA ASCENSÃO, com a função de revelação normativa que acometemos ao juiz das cautelas, podemos dizer que o poder constitutivo de adequação é **um poder discricionário conferido um ente público – in casu, judicial — como “base de soluções não normativas”**²⁶⁸⁷, para “fixar a consequência jurídica”²⁶⁸⁸. O “sujeito [*in casu* o juiz] deve resolver à luz do fim legal, preenchendo os espaços que as regras deixaram em branco”. Ao preencher esses espaços o “juiz pode escolher de entre várias possibilidades, sem que nenhuma delas esteja juridicamente errada” (SCHWONBERG²⁶⁸⁹), não havendo “uma solução única que se possa considerar a imposta por lei” (OLIVEIRA ASCENSÃO²⁶⁹⁰).

O juiz decide produzindo um juízo quanto ao que é *melhor/e deve ser* para o fim de tutela cautelar e não apenas quanto ao que *deve ser*, pois qualquer das soluções é sempre um *deve ser*.

²⁶⁸⁴ *Die Begründung* cit., 50.

²⁶⁸⁵ EVERS, *idem*, 50; implicitamente, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung* cit., 193.

²⁶⁸⁶ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* cit., 424 ss.

²⁶⁸⁷ *O Direito* cit., 496

²⁶⁸⁸ *O Direito* cit., 502.

²⁶⁸⁹ *Die einstweilige Verfügung* cit., 193.

²⁶⁹⁰ *O Direito* cit., 496.

Um tal juízo tem a natureza de um juízo de “equidade complementar” ²⁶⁹¹ a uma norma de direito positivo, em particular, de complemento da cláusula geral *providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*.

Um enunciado estatutório que assente na discricionariedade — e na equidade, acrescente-se — é *irrepetível*. Toda a normatividade possível termina naquela mesma que a lei já pré-fixa.

Deste modo, o tribunal usa a cláusula geral do art. 381º para regular um litígio — nos quadros impostos pelo próprio enunciado daquele preceito — mas não para produzir normas jurídicas. O mesmo se pode dizer do sujeito que actua em acção directa, com a única e importante diferença de que é juiz em causa própria dada a urgência: actua nos quadros civis para regular o seu litígio, e não mais.

Mas, se aqui não há criação normativa também não há mera aplicação normativa: juiz e agente fazem uso de um espaço de *auto-determinação funcional*.

VI. Concluindo: numa providência cautelar a revelação da estatuição do art. 381º faz-se mediante a produção de uma regra de decisão apenas *para o caso concreto*. O preceito apresenta uma estrutura mista:

- a *previsão*, a *funcionalidade* e os *limites* da estatuição são critérios materiais de decisão, dado apresentarem hipoteticidade, abstracção e generalidade
- o *conteúdo* da estatuição é um critério formal de decisão em que são os caracteres do caso que determinam a solução

Deste modo o poder de adequação pode ser definido como *a vinculação passiva funcional para a produção de uma regra de decisão judicial apenas para o caso concreto tal como é delimitado pela causa de pedir e pela parte indisponível do objecto do pedido* ²⁶⁹².

Neste sentido é um poder de regulação.

Pode-se, assim, concluir que a estrutura de mérito comum que suporta qualquer a acção cautelar é a sequência *perigo de dano/constituição/regulação*.

²⁶⁹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* cit., 498.

²⁶⁹² Em sentido essencialmente idêntico, EVERS, *Die Begründung* cit., 51: sendo respeitados o que o requerente pretenderia e os efeitos jurídicos possíveis em face do direito material, pode o juiz decretar uma medida diferente da pedida.

3.2. Relevância para o caso julgado cautelar

O que se acabou de dizer tem uma consequência em matéria de pluralidade de objectos: litispendência e caso julgado cautelares não podem ser apenas aferidos pelos elementos partes/causa de pedir/pedido, segundo a regra geral do art. 498º, nº 1, pois a eficácia possível da decisão final é potencialmente diferente daquela proposta pelo autor ²⁶⁹³. O que o juiz pode alcançar no seu juízo de adequação deve, deste modo, também ser tido em linha de conta.

Por isto, deve entender-se que apenas há litispendência/caso julgado entre dois objectos cautelares quando haja repetição de *partes, causa de pedir* — i.e., o mesmo perigo e o mesmo direito subjectivo —, *pedido-quadro* e os *efeitos* que o tribunal pode decretar, limitados pela *finalidade concreta* do pedido ²⁶⁹⁴, sejam *incompatíveis* entre si, no tempo e no conteúdo ²⁶⁹⁵.

É a esses efeitos que alguma jurisprudência se refere sob os termos “objecto” e “finalidade”, respectivamente. Ou seja, também entre nós, pode valer como conceito operativo aquele de **sentido** ou **directão** (*Richtung*) ou **finalidade** de tutela (*Rechtsschutzziel*), alemães.

Exemplo: a providência cautelar que tenha o **mesmo objecto** e **finalidade** da anterior, não pode ser repetida, mesmo que na segunda providência se venha a provar aquilo que se não conseguiu demonstrar na primeira (RC 9/2/1999).

Esses efeitos tanto são aqueles que *já transitaram em julgado*, ainda que por sentença homologatória de desistência do pedido ²⁶⁹⁶, como, se o procedimento estiver pendente, os efeitos *potenciais* máximos em face do núcleo indisponível do pedido-quadro ²⁶⁹⁷.

²⁶⁹³ Deve, por isso, ser interpretada correctivamente a consideração de que existe “repetição da providência, sempre que haja semelhança essencial, sendo as partes as mesmas e os mesmos os fundamentos e o pedido” (STJ 29/2/1996, BMJ 454 (1996), 663). Identicamente, aplicando o que designa como “tripla identidade”, entre duas providências cautelares, STJ 5/6/2003.

²⁶⁹⁴ Expressamente neste sentido de que uma diferente finalidade da pretensão cautelar relativamente a uma mesma situação jurídica gera diferentes objectos processuais: BAUR, *Studien* cit. 91.

²⁶⁹⁵ WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 162; ERBERT, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 14.

²⁶⁹⁶ Pois nesse caso “não pode o pedido de providência ser repetido” (STJ 29/2/1996, BMJ 454 (1996), 663. Contra, LEBRE DE FREITAS, *Repetição* cit., 473.

²⁶⁹⁷ Atendendo à “mesma finalidade de tutela [*Rechtsschutzziel*]” no dizer da doutrina alemã — F. BAUR, *Studien* cit., 84; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz* cit., Rdn. 162;

3.3. Natureza mista do mérito cautelar

I. As reflexões que acabámos de produzir significam que o mérito cautelar apresenta uma **natureza mista** — e, por aí, o objecto da decisão cautelar — quanto ao seu conteúdo: é “determinado de igual maneira tanto pelo direito material como através do direito processual” ²⁶⁹⁸.

Não que, com isso, se queira dizer que estamos perante uma realidade processual, de facto, ou algo semelhante, mas, sim, que a actividade processual *revela* também direito.

Sobre esta questão MINNEROP faz uma leitura diversa, mas com resultados parecidos.

A tese que pretende demonstrar é a de que enquanto nos procedimentos ordinários vigora uma cláusula geral de abertura para qualquer previsão normativa ²⁶⁹⁹, sendo excepcionais normas de admissibilidade ²⁷⁰⁰, a tutela cautelar está restringida por normas de admissibilidade (*Statthaftigkeit*) de natureza formalmente processual. A questão de saber se há uma posição jurídica material assegurável é, afinal, a mesma questão da admissibilidade do próprio meio de tutela ²⁷⁰¹, não havendo efeitos jurídicos materiais autónoma e previamente estabelecidos normativamente ²⁷⁰². Deste modo o objecto cautelar não é a apreciação da existência de uma prévia posição jurídica, mas uma apreciação da assecurabilidade (*Sicherbarkeit*) ou acautelabilidade do que o autor pretende

Pelo ponto de vista desta posição jurídica, esta não surge isolada do direito processual, mas antes como tendo uma “estrutura mista”, cuja previsão normativa não decorre de efeitos jurídicos.

II. Não andamos longe: as mesmas normas que aparentemente apenas determinam se uma medida é admissível ou não, *i.e.*, o art. 381º, o art. 700º CPC/It, os §§ 916, 935, 938, 949 ZPO, são as mesmas normas que fixam, nessa mesma determinação, critérios materiais, *i.e.*, critério de decisão. Ou seja: saber se a pretensão processual do

GRUNSKY, *Vor § 935 cit.*, Rdn. 14; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz cit.*, Rdn. 42 e 83.

²⁶⁹⁸ EVERS, *ob. cit.*, 50, a propósito do conteúdo da sentença cautelar. Identicamente, MINNEROP, *Materielles Recht cit.*, 10 alude a um fenómeno de “interpenetração” entre direito material e direito processual.

²⁶⁹⁹ *Materielles Recht cit.*, 17

²⁷⁰⁰ *Materielles Recht cit.*, 18.

²⁷⁰¹ *Materielles Recht cit.*, 31.

²⁷⁰² *Materielles Recht cit.*, 31.

requerente é procedente, no que isto tem de sinónimo com o mérito ou litígio que justifica o uso do processo, é saber se os pressupostos aparentemente “processuais” daqueles preceitos se verificam.

A esta luz o *periculum* é inequivocamente uma questão de mérito — um mérito misto, contraposto ao mérito puro de uma acção declarativa. Por isso, a sua falta consubstancia uma improcedência do pedido: fica certificado que o autor não era titular de uma posição jurídica acautelável ²⁷⁰³.

²⁷⁰³ MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 32.

EPÍLOGO: A CAUTELA NO SISTEMA DE ACÇÕES

1. *Plano sistémico horizontal*

I. As nossas conclusões suscitam, já externamente ao nosso objecto imediato de investigação, algumas reflexões no plano sistémico.

A produção dessas reflexões é perfeitamente congruente com a economia interna do nosso trabalho. As acções cautelares não estão isoladas; o que sobre elas se diga em desvio ao pensamento corrente tem consequências sobre o pensamento corrente quanto a todo o sistema de acções. Mais pertinente ainda, alguns dos resultados põem em crise os nossos próprios pontos de partida quanto à instrumentalidade do processo e a distinção entre normas primárias e normas secundárias.

Deste modo, impõem-se, primariamente reflexões no **plano sistémico global** ou **horizontal** das acções, enquanto modelos de expressão do *método de discurso lógico* que é o do *processo*²⁷⁰⁴, e, secundariamente, reflexões no **plano sistémico local** ou **vertical** da ligação funcional com a acção principal.

Boa parte delas foi já produzida por EVERS e MINNEROP.

II. No **plano sistémico global das acções**, o conteúdo das constatações é absolutamente contrário tanto ao *modus operandi*, quanto ao *postulado* do processo declarativo.

Este pode, sem grande compromisso, ser, precisamente, definido por aquele *modus*: como o processo em que a função específica de tutela — preventiva, constitutiva, de remédio — se funda sobre uma *iurisdictio*, i.e., um *enunciado final e vinculativo nos limites do caso julgado* da existência *in casu* do direito cuja titularidade o autor invoca, como efeito jurídico da previsão normativa, aplicada por subsunção a ela de elementos de facto. O *processo declarativo* é, assim, um *processo de afirmação/negação judicial de estatuições de direito material*. Um processo de “ou tudo ou nada”, no dizer de MINNEROP²⁷⁰⁵

Nesse paradigma são ainda de incluir as acções ditas *executivas* quando, tendo por utilidade a *efectivação* do direito quando ela não resulte da própria prolação da sentença, dispensem essa produção de *iurisdictio*²⁷⁰⁶, em favor de uma certificação extrajudicial de uma titularidade anterior. Como vimos atrás, a execução é apenas um

²⁷⁰⁴ Cf. § 4º 12.1., III.

²⁷⁰⁵ *Materielles Recht* cit., 30.

²⁷⁰⁶ A acção executiva é a que “tende à aplicação do direito já acertado” (M.DINI, *La denunzia* cit., 72).

momento, eventual, do exercício do direito à tutela, visto na sua globalidade — ela limita-se a receber o produto do funcionamento do modelo processual a montante, sem nada acrescentar: o binómio declaração/execução é meramente procedimental, sendo partes de um mesmo todo.

III. O postulado dogmático desse paradigma é o da clara e líquida separação entre *direito substantivo* e *actividade processual* ou entre *criação normativa* e *aplicação normativa* ou, se quisermos, entre *função legislativa* e *função judicial*. Em conformidade, o processo *enuncia* o direito que recebe, mas *não dá* um direito que crie: a massa de direito no início do processo é a mesma massa de direito do final do processo.

Esta divisão não existia no direito romano ²⁷⁰⁷, mas, como notam EVERS ²⁷⁰⁸, SAENGER ²⁷⁰⁹ e MINNEROP ²⁷¹⁰, e é um facto notório na doutrina, começou com a teoria da pretensão material de WINDSCHEID, acompanhada da teoria dos pressupostos processuais de BÜLOW. Aquele definiu a pretensão como a “faculdade de exigir algo a outrem” ²⁷¹¹, sendo *actio* e *pretensão* uma e a mesma coisa ²⁷¹². Esta é uma categoria pré-processual ou a-processual pois “não é imanente a prossecução jurisdicional, *não sendo a sua natureza alterada pelo seu uso em processo*”, explica TEIXEIRA DE SOUSA ²⁷¹³.

A partir daqui, e apesar das ulteriores críticas ao conceito ²⁷¹⁴, a verdade é os efeitos de uma tal visão permanecem bem vivos na dogmática processual. Sem cuidar de despender muito tempo note-se que se tem como um dado adquirido, inclusive por nós próprios ²⁷¹⁵, que o processo apenas pode ser meramente instrumental ²⁷¹⁶. Todos os critérios de decisão estão fora e são anteriores ao processo: “estruturas normativas exactas e completas existentes fora do processo, que apenas conhecem direitos como existentes ou não existentes”, como diz LEIPOLD ²⁷¹⁷.

²⁷⁰⁷ Cf. EVERS, *Die Begründung* cit., 79–81.

²⁷⁰⁸ *Die Begründung* cit., 36.

²⁷⁰⁹ *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 1.

²⁷¹⁰ *Materielles Recht* cit., 11 ss.

²⁷¹¹ *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, 5: « *Actio* ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann.

²⁷¹² *Ob. loc. cit.*: “*Actio* is der Ausdruck für den Anspruch”.

²⁷¹³ *Sobre a teoria* cit., 148.

²⁷¹⁴ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto* cit., 93–98.

²⁷¹⁵ Cf. § 8º 1.1.

²⁷¹⁶ Ou, ainda, a existência de um direito material e de um direito formal, como nota EVERS, *ob. cit.*, 38–39.

²⁷¹⁷ [Recensão a] Manfred Minnerop, *Materielles Recht und einstweilige Rechtsschutz*, ZZP 88/ 4 (1975), 471.

À luz deste postulado, a tutela — *in casu*, por via do processo — é, paradoxalmente, menos uma resolução de litígios e mais uma aplicação de normas positivas ²⁷¹⁸, atestada pelo juiz. MINNEROP fala, a este propósito, de uma *Bestimmungsfunktion* ²⁷¹⁹.

Todo o litígio será *sobre* e a *respeito* de direitos, necessariamente existentes, ficando excluída, até por razões constitucionais de separação de poderes, e sendo impensável, por razões de lógica, uma tutela que tenha de criar normas de decisão *ad hoc*. Ou seja: a instrumentalidade do processo é sinónimo de positividade do direito. Mesmo numa acção declarativa constitutiva ²⁷²⁰ a decisão inclui uma funcionalidade de reconhecimento da titularidade de um direito potestativo ²⁷²¹ — o *Gestaltungsrecht* alemão — por parte do autor, enquanto o efeito constitutivo é somente a realização da estatuição normativa respectiva.

Ou seja: numa acção declarativa um efeito constitutivo surge como resultado/consequência da decisão final

IV. Chamemos a este sistema lógico de relação entre direito material e processo *paradigma declarativo*.

Trata-se de um *paradigma final*, como final e instrumental se pede ao processo que seja. Antes dele outros paradigmas se perfilam cuja génese é historicamente bem vincada e que explicam a longevidade do modelo material winscheidiano: o *paradigma da auto-suficiência dos órgãos legislativos* do Estado como produtores de critérios de decisão ²⁷²² e do tribunal como “órgão de expressão” ²⁷²³ desses critérios (legais) — ou *paradigma político liberal* pós-Revolução francesa ²⁷²⁴; o *paradigma da auto-suficiência da norma escrita* para decidir das relações entre sujeitos da ordem jurídica — ou

²⁷¹⁸ VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 495: o “juiz retira a sua decisão de uma regra legal *cujá vontade realiza* num caso de natureza litigiosa”.

²⁷¹⁹ *Materielles Recht* cit., 18.

²⁷²⁰ Esta interessa-nos, muito em particular, dada a natureza constitutiva da acção cautelar.

²⁷²¹ Assim, por exemplo, FRISINA, *Tutela* cit., 898 e TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto* cit., 109, 124 ss.

²⁷²² Neste sentido, VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 497, afirma, de passagem, que a “reflexão sobre o acto de julgar” contém “aspectos (...) de colocção em causa de uma teoria da separação de poderes”.

²⁷²³ VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 497.

²⁷²⁴ Neste, o processo civil está construído de modo a que “atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança absoluta do vencedor contra quaisquer futuras investidas do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada”(OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 8).

paradigma filosófico do racionalismo cartesiano e kantiano, depois cristalizado no positivismo oitocentista; o *paradigma do silogismo* como único modo de formação de enunciados de relevância jurídica de um facto ²⁷²⁵.

V. O que observámos em sede de mérito cautelar é dificilmente compatível com a conservação deste paradigma ²⁷²⁶ levantando-se a questão de se a tutela plena que constitucionalmente é exigida, tem de ser *declarativa* como propugna o paradigma corrente.

Tradicionalmente entende-se que sim: qualquer outro modelo é uma mera composição provisória, como se diz quanto à tutela tutelar ²⁷²⁷ ou é duvidoso que tenha natureza jurisdicional, como se diz quanto à jurisdição voluntária. Como nota e bem OVÍDIO BAPTISTA, quando se diz “que o processo cautelar não contém mérito e que a sentença que o decide igualmente *não é uma sentença de mérito*” quer-se significar que “somente haverá *verdadeiro julgamento* no processo contencioso, quando o juiz *decidir alguma questão*, de forma definitiva, ou seja, *declarar o direito* de uma das partes” ²⁷²⁸.

O que se diz das providências cautelares é assim uma manifestação extrema do postulado do paradigma declarativo: se a providência cautelar não declara o direito, então *não é acção* ²⁷²⁹ ou, numa versão mais moderada, é uma *composição provisória*, i.e., um sucedâneo de uma acção.

Não é verdade: o que a acção cautelar não tem é natureza de processo declarativo ou de conhecimento de direitos ²⁷³⁰, o que é diferente. Rectius: usa a *estrutura* lógica

²⁷²⁵ Quando, como na esteira de RIGAUX nota VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle* cit., 496, a “forma do silogismo não é de todo adaptada ao movimento natural do raciocínio judiciário”, pois o sentido deste é exactamente inverso ao daquele: o “instinto do juiz empurra-o a partir dos factos para chegar, em seguida, ao direito” (aqui citando RIGAUX).

²⁷²⁶ Neste sentido, MINNEROP, *Materielles Recht* cit., 29–30.

²⁷²⁷ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 226–227.

²⁷²⁸ *Do processo* cit., 37.

²⁷²⁹ “O requerimento de ratificação de *embargo de obra nova* não constitui nem traduz propositura de uma acção, pois apenas se consideram acções aquelas que o artigo 4 do Código de Processo Civil define, revogada como foi a antiga categoria de acções conservatorias” (STJ 31/10/1991). MONTELEONE, DPC cit., 1206, antes da reforma de 2005/2006: a providência cautelar é “uma projecção reflexa” da acção principal pois “não entra por si e autonomamente no paradigma do poder agir em juízo para tutela dos direitos”, previsto constitucionalmente no art. 24º CRIt, mas apenas na medida “em que a cautela é instrumental (*idem*, 1150).

²⁷³⁰ Nesse sentido, EVERS, *Die Begründung* cit., 121. Ainda, OVÍDIO BAPTISTA, *Do processo* cit., 117: “as medidas cautelares devem operar no plano da realidade e não no plano abstracto das normas jurídicas”

comum ao processo declarativo — alegação de direitos, prova de factos, decisão de procedência/improcedência — relativamente a um objecto normativo diferente²⁷³¹

Neste sentido, *estamos perante uma tutela que é estruturalmente autónoma*.

Apenas uma ortodoxa condução do pensamento pelos estreitos caminhos do paradigma declarativo do processo pode justificar entendimentos doutrinários recondutores da tutela cautelar às tutelas declarativa e/ ou executiva como os de CARNELUTTI²⁷³², CALAMANDREI²⁷³³, LANCELLOTTI²⁷³⁴ ou mesmo de ALLORIO²⁷³⁵.

Contra poder-se-ia arguir que a tutela cautelar pressupõe sempre uma prévia situação jurídica — o direito subjectivo ou interesses em perigo —, a qual é, precisamente, objecto de uma *summaria cognitio*. Nós mesmos admitimos que sobre ele se poderia formar caso julgado numa acção cautelar não urgente.

Isso é verdadeiro, mas é metade do problema: o juiz tem de conhecer quer da existência do direito acautelando, quer do poder potestativo que a situação de perigo gerou. Ora, antes da decisão não existe na esfera jurídica do autor um tal poder potestativo: será o juiz a definir se ele se constituiu ou não, ao determinar se há ou não há um estado de perigo.

Em suma: se numa acção constitutiva se exerce um poder potestativo pré-existente na ordem jurídica, na acção cautelar exerce-se um poder potestativo que é revelado por ela.

²⁷³¹ Na mesma linha de pensamento, de contraste entre o procedimento que a cautela usa e o fundamento normativo que lhe está subjacente, EVERS, *Die Begründung* cit., 126.

²⁷³² *Carattere della sentenza dichiarativa di fallimento*, RDP 8/II (1931), 159: a tutela cautelar não é um *tertium genus* mas, consoante os conteúdos, seria um subespécie do processo declarativo (*v.g.*, o decretamento do *sequestro*) ou do processo executivo (*v.g.*, a execução do *sequestro*).

²⁷³³ *Introduzione* cit., 7–9 e 140, fazendo distinção semelhante à de CARNELUTTI, embora reconhecesse a autonomia das providências cautelares, ao contrário deste AUTOR.

²⁷³⁴ *Osservazioni* cit., 159, 232, restringindo a especialidade das providências cautelares ao âmbito declarativo, cuja utilidade salvaguardavam, não se podendo falar em rigor numa execução de providências cautelares.

²⁷³⁵ *Per una nozione* cit., 19 não vendo na tutela cautelar nenhuma especialidade procedimental que justificasse a sua diferença: ela lidaria com o direito substantivo de cautela à semelhança do modo como uma qualquer acção declarativa lida com o respectivo direito substantivo.

VI. A este propósito DAMM escreve que “defesa contra o perigo [*Gefahrenabwehr*] marca a posição da tutela cautelar entre a autotutela e o processo normal”, sendo o exemplo do “Direito como conceito gradativo”²⁷³⁶.

Concordamos com DAMM no seguinte: a cautela revela a estatuição de normas e fá-lo não de modo rígido, mas paralelo à intensidade do perigo. Vimos isso mesmo atrás²⁷³⁷.

Mas nós veríamos a questão também de outro modo: o *busilis* não está na tutela em si mesma — pois, afinal, a tutela cautelar é uma tutela, como se viu — mas no direito positivo. A cautela marca os limites da capacidade do direito positivo, enquanto direito pré-constituído, em cumprir uma função de critério material de decisão sobre a regulação do uso dos bens jurídicos, in casu perante o *perigo de dano*. Quais limites? Os limites da generalidade e abstracção: paradoxalmente estes não são compatíveis com os próprios fins ou valores do art. 381º, *i.e.*, as *rationes* de uma norma de direito positivo. Eles lidam bem com litígios cristalizados no tempo, mas não com situações de facto de solução variável no tempo e no objecto.

Isso demonstra-se mesmo em sede cautelar típica: uma norma que estatuisse que em caso de perigo de dano à garantia patrimonial deveria ser *sempre* decretado o arresto, *com exclusão da consideração de outras opções*, *i.e.*, sem juízo de adequação, seria uma norma com patente risco de ineficácia. Do mesmo modo uma norma que estatuisse para o perigo de dano a um direito uma *medida de condenação em inibição* seria também uma norma com patente risco de ineficácia.

O direito tem de permitir a ponderação do individual e concreto enquanto critérios materiais de decisão, seja judicial, seja extrajudicial.

E aqui voltamos à contraposição entre tutela antecipatória e tutela cautelar e ao diferente papel desempenhado pelo *periculum in mora* e pelo perigo de dano.

A tutela antecipatória é uma via formal de antecipação dos efeitos, quaisquer que eles sejam, com desconsideração do objecto — declarativos puros na condenação, constitutivos numa inibição. Porventura, as próprias providências serão acções antecipatórias de acções cautelares autónomas que o sistema dispensa. A tutela antecipatória quando opera em sede declarativa tem fundamento normas positivas, pré-constituídas.

A tutela cautelar é uma via adequada a um dado objecto preventivo — o perigo de ingerência danosa — que pode importar materialmente a antecipação dos efeitos de outra acção. O seu fundamento são normas mistas.

VII. A tutela cautelar, como tutela não declarativa, não estará sózinha no sistema processual.

²⁷³⁶ *Vor § 916*, Rnd. 2.

²⁷³⁷ No § 12º 2.3.

A ausência de declaração de um direito anterior ao momento da tutela, é também uma característica das acções inibitórias pois, como vimos, também estas impõem a condenação no cumprimento de prestações materiais que não lhe pré-existem, em uso de um poder potestativo que se constitui judicialmente ²⁷³⁸. Nesta mesma linha, EVERS conclui que a acção inibitória não é condenatória de uma prévia prestação, mas uma acção de defesa (*Abwehrklage*) que, por não ser declarativa, pode qualificar-se como um “puro meio processual de tutela”, qualificação que EVERS estende depois às próprias providências cautelares ²⁷³⁹. Por seu lado, e em melhor explicação dogmática, a doutrina italiana fala, a respeito da acção inibitória, de cláusulas contratuais abusivas, de “sentença normativa” ²⁷⁴⁰, ou seja, de “uma providência de carácter normativo destinada a reger as relações” entre o sujeito profissional e o mercado ²⁷⁴¹. Em face dela, passarão a ser nulas futuras cláusulas que contrariem a inibição ²⁷⁴².

Depois, já mais longe, a doutrina já teve oportunidade de construir uma dogmática sobre as *acções constitutivas*, em geral, em que estas aparecem como *ingerentes* na autonomia privada dos sujeitos e, por isso, só têm lugar quando a lei material as imponha em especial como condição de produção de efeitos sobre a esfera alheia — *i.e.*, estão sujeitas a uma *tipicidade* ou *numerus clausus* ²⁷⁴³, sem prejuízo de acordo entre os sujeitos quanto a um uso não previsto ²⁷⁴⁴.

As providências cautelares — meios ingerentes de tutela contra um perigo de ingerência danosa — e as acções inibitórias — meios ingerentes de tutela contra um perigo de ingerência — ao serem precisamente acções não declarativas são, *ipso facto*, *acções constitutivas* pois têm de gerar uma situação jurídico que não está pré-enunciado na lei.

E são acções que nunca extinguem situações jurídicas, mas, antes, nuns casos as criam, em outros as modificam ou operam os dois efeitos em cumulação ²⁷⁴⁵. Por isso, na **perspectiva do seu conteúdo**, pode dizer-se que as cautelas e as inibições não são acções constitutivas *negativas*, *i.e.*, extintivas de situações jurídicas, mas serão

²⁷³⁸ Cf. § 10º 1.4.

²⁷³⁹ *Ob. cit.*, 127, mas sem que com isso caia na tese italiana da mera acção. Esta postula um carácter ajurídico no plano da justificação, que todo está ausente aqui.

²⁷⁴⁰ MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza cit.*, 242.

²⁷⁴¹ *Idem*, 243.

²⁷⁴² *Idem*, 242–243.

²⁷⁴³ Neste sentido: GRUNSKY, *GVR cit.*, 375; SCHLOSSER, *ZPR I cit.*, Rdn 205; A . BLOMYER, *ZPR cit.*, 222; CONSOLO, *SpDPC I cit.*, 113; JAUERNIG, *ZPR cit.*, 111. Cf. uma revisão crítica a esse princípio em SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen cit.*, 276 ss.

²⁷⁴⁴ GRUNSKY, *GVR cit.*, 375.

²⁷⁴⁵ Cf. § 6º 2.3.1.C., II.

acções constitutivas *positivas* ²⁷⁴⁶ *latu sensu*, pois são geradoras de situações jurídicas novas (a situação jurídica acautelante, no caso das cautelas) que, por vezes, implicam uma restrição a prévios direitos ou estados e de situações jurídicas — *v.g.*, ao poder de disposição de um bem arrestado.

Por outro lado, na **perspectiva do poder do juiz** já vimos que nas acções cautelares o juiz não está vinculado a um preceito legal que lhe dita a solução, como sucede com as acções constitutivas negativas, *v.g.*, uma acção de anulação ²⁷⁴⁷. Caem, por isso, na categoria das *acções constitutivas de conteúdo determinado discricionariamente pelo juiz*, presente em SCHLOSSER ²⁷⁴⁸ e ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD ²⁷⁴⁹, ou nas *Regelungsstreiten* de BÖTTICHER ²⁷⁵⁰, ou na sentença *determinativa* ou *dispositiva* em oposição às sentenças de *legalidade* da doutrina clássica italiana ²⁷⁵¹ e, mais recentemente, de MONTESANO ²⁷⁵². Nestas, no dizer de LANCELLOTTI, o “juiz decide segundo equidade, no uso de um poder discricionário considerado, pelos menos, em boa medida discricionário” já feita a “verificação de alguns pressupostos legais na previsão normativa” ²⁷⁵³. Alguma doutrina

²⁷⁴⁶ Estamos a fazer uso das categorias presentes em SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen* cit., 50 ss. e ZPR I cit., Rdn 206.

²⁷⁴⁷ Assim, SCHLOSSER, ZPR I cit., Rdn 206.

²⁷⁴⁸ *Gestaltungsklagen* cit., 68 ss.

²⁷⁴⁹ ZPR cit., 528. Estes AUTORES distinguem entre acções constitutivas em acções *com efeitos para o futuro*, acções *com efeitos para o passado* e acções em que o juiz tem, em maior ou menor medida, um *poder discricionário* para determinar como decretará a constituição em especial — *v.g.*, determinação/constituição judicial do conteúdo de um contrato, como a fixação judicial da prestação devida (§§ 315/III 2, 319/I 2, 2048, terceira parte, 2156 terceira parte, 2192 BGB), a redução da prestação devida (§§ 345, 655 BGB), a divisão da prestação por vários devedores; determinação da duração e condições da continuação um arrendamento (§308a ZPO e ainda §§ 556ºa/1 e 3 BGB); o § 1134/II BGB (*Unterlassungsklage* em segurança da hipoteca).

²⁷⁵⁰ *Regelungsstreitigkeiten*, FS Lent, 1957, 99 ss. e *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, 1964, 16 ss.

²⁷⁵¹ Cf. CHIOVENDA, *IDPC* I cit., 190; BETTI, *DPC*, 1932, 35; CARNELUTTI, *SDPC* I, 1936, 134; LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, NssDI XVI (1969), 1134, 1146–1147.

²⁷⁵² *La tutela giurisdizionale* cit., 131 ss. Serão, segundo MONTESANO, *idem*, 134 ss., os exemplos de fixação judicial: do prazo (art. 1183, 1ª al. CC/It), do objecto contratual (art. 1349º, 1ª al. CC/It), de constituição de servidão, na falta de contrato (art. 1032º CC/It) ou a execução específica de contrato prometido (art. 2932º CC/It),

²⁷⁵³ *Sentenza* cit., 1146. Já não as acções inibitórias pois o efeito positivo de constituição da obrigação de abstenção está cominado na letra da lei. Contra, MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza* cit., 241, defende que as inibitórias de cláusula contratual geral abusiva, produzem uma sentença dispositiva “em que o juiz não aplica (como nas sentenças de

vê aí o exercício de um poder substancial ou *lato sensu* de produção normativa ²⁷⁵⁴ o que nós já refutámos completamente, no que somos acompanhados por LANCELLOTTI ²⁷⁵⁵. Diversamente, em face das nossas conclusões sobre o que seja a regulação, pode-se falar num *poder potestativo de regulação* (*Recht zu regelnder Gestaltung*), na terminologia de BÖTTICHER ²⁷⁵⁶.

As acções inibitórias estão excluídas dessa categoria, já que o conteúdo decisório constitutivo está legalmente tabelado.

Deste modo, enquanto as acções inibitórias são *acções não declarativas constitutivas positivas de conteúdo legalmente determinado*, as acções cautelares são *acções não declarativas constitutivas positivas de conteúdo judicialmente determinado*.

VIII. Finalmente, dada esta existência de discricionariedade/regulação judicial, as cautelas aproximam-se de acções constitutivas positivas como são os processos de jurisdição voluntária para SCHLOSSER ²⁷⁵⁷ e, genericamente, SCHWONBERG ²⁷⁵⁸.

Em ambas se acha uma decisão variável e não assente na lei estrita. Mas continua-se sempre em sede de tutela de direitos privados: são estes, processualmente consubstanciados em fumus boni ius e Arrest-/Verfügungsanspruche, que justificam a necessidade de acção cautelar. O que sucede, como afirma SCHLOSSER a propósito da Gestaltung nach richterlichem Ermessen, i.e., de conteúdo discricionário judicial, é que “não há nenhum fundamento para o poder administrativo reivindicar para si o monopólio dos actos discricionários” ²⁷⁵⁹.

IX. Por último: não sucederá precisamente o oposto, ou seja, as normas processuais que regulam as providências cautelares comungarão, ainda, da natureza pública do processo civil? É que se por um lado, há a intervenção de um tribunal e a sujeição a

simples apreciação) uma norma legal completa em todos os seus elementos, sendo, ao invés, chamado a determinar qual seja o conteúdo de uma norma incompleta, que não descreve completamente a previsão e as consequências que dela decorrem”. Claramente a AUTORA confunde o efeito constitutivo com indeterminação, algo que está de todo ausente de uma acção inibitória.

²⁷⁵⁴ Nesse sentido: BETTI, *DPC* cit., 549; CARNELUTTI, *SDPC* I cit., 133; ZANZUCCHI, *DPC* I cit., 40 e 145; MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza* cit., 241

²⁷⁵⁵ *Sentenza* cit., 1147.

²⁷⁵⁶ *Gestaltungsrecht* cit., 16. São poderes que podem ser exercidos extrajudicialmente — v.g., a determinação da prestação pela contraparte ou por terceiro, ao abrigo dos §§ 315 ss. ZPO — como judicialmente — novamente, a fixação judicial da prestação devida (§§ 315/III). Cf. *Idem*, 17 ss., quanto a estes exemplos.

²⁷⁵⁷ *ZPR* I cit., Rdn 208.

²⁷⁵⁸ *Die einstweilige Verfügung* cit., 193.

²⁷⁵⁹ *Gestaltungsklagen* cit., 78.

regras de procedimento, umas e outras visando prosseguir os fins públicos da justiça e da segurança jurídicas, por outro lado, testemunham-se aspectos paradoxais. Não serão as providências cautelares um modo de composição privada de conflitos?

Um desses aspectos é o próprio *requerente* poder propor ao juiz uma medida de tutela que ele próprio recorta para o seu próprio direito. Nada disso sucede numa acção declarativa: o autor apenas pode pedir uma de três medidas: condenação, declaração e constituição. Assim é porque as normas materiais são fechadas na sua estatuição.

O outro aspecto é o seguinte: está na disponibilidade do *requerido* aceitar ou impugnar o resultado. Se a medida de tutela vale ou não como final, ainda que de facto, isso permanecerá sempre na disponibilidade de quem a sofre na esfera jurídica. E isso é muito diverso das soluções formais dos recursos, pois ainda que transite em julgado tanto fomal, como material, não dependerá da parte passiva o destino da medida.

MINNEROP ²⁷⁶⁰ nota esses aspectos e propõe a hipótese de um “*konventional statthafter Verfügungsprozeß*”, diverso da afirmada natureza pública do processo. ARIETA afirma que cada uma das partes “é chamada a valorar, ainda que no âmbito de um acordo tácito entre as mesmas, a idoneidade da regulação provisória da lide a satisfazer os seus próprios interesses e a conveniência em considerá-la em vigor sem instaurar a instância de mérito” ²⁷⁶¹.

Será assim? Porventura não. Os caracteres de provisoriedade afiguram-se-nos serem mais da *natureza do objecto* e menos da *vontade das partes*. O que se pode dizer é antes da cautela temos meios de autotutela cujo conteúdo e cuja eficácia são decididos pelo sujeito e depois da cautela temos meios de tutela declarativa cujo conteúdo e cuja eficácia são fixados por órgãos do Estado. As cautelas apresentam um conteúdo parcialmente à disposição do autor e uma eficácia que é fixada pelos tribunais.

Tem, por isto, razão DAMM no seu posicionamento das cautelas entre a autotutela e o processo dito normal.

2. Plano sistémico vertical

I. No **plano sistémico local** há que retirar todas as consequências da nossa conclusão de que *a instrumentalidade cautelar é, afinal, um concurso/prejudicialidade*

²⁷⁶⁰ *Materielles Recht* cit., 17.

²⁷⁶¹ *TDPC* III/1 cit., 37. Ainda: a vigência (“ultrattività”) das providências do art. 700º CPC/It e de todas as que, por serem antecipatórias, não carecem de acção principal, fica remetida para “a livre determinação das partes, no sentido de que são as partes, com o seu comportamento concludente, a determinar (...) o tempo da ulterior produção de efeitos da medida cautelar” (*ob. loc. cits.*).

entre pretensões/poderes materiais — uma pretensão fundada num direito ou num interesse legalmente protegido e a pretensão de prevenção de dano.

Este concurso não se pode resolver segundo relações formais de litispendência/caso julgado. Retomando um ponto que já afirmáramos atrás, GRUNSKY²⁷⁶², WALKER²⁷⁶³ ou SCHUSCHKE²⁷⁶⁴, por exemplo, têm consistentemente demonstrado que uma providência cautelar não faz caso julgado em relação à acção principal, nem há litispendência entre ambas, seja qual for a ordem da sua pendência e mesmo que se trate de uma providência antecipatória.

Ou seja: nem uma anterior ou pendente providência cautelar vai impedir uma ulterior ou pendente acção, nem esta impede uma ulterior ou pendente providência cautelar. Causa de pedir e pedido formam objectos respectivamente diferentes.

Ambos as vias têm utilidades materiais diferentes, como já mostrámos atrás.

A relação hierárquica entre cautela e mérito declarativo tem de ser revista por completo

A nossa posição é de a CONIGLIO que afirmava não haver razão porque se “deva qualificar como **mediato** o escopo de conservação da coisa e **imediato** aquele de assegurar o êxito do processo de mérito”²⁷⁶⁵. Trata-se de uma “**compreensão unilateral da relação de instrumentalidade**”, *i.e.*, ver esta apenas segundo o prisma da acção declarativa²⁷⁶⁶. Ou seja, o legislador quis estabelecer uma instrumentalidade que afinal não só não é processual, mas cujo sentido não tem de ser na direcção de uma dita acção principal.

E mais: essa relação “não é sempre actual, mas potencial”²⁷⁶⁷ o que é uma boa discrição do real sentido da instrumentalidade cautelar que é cada vez menos necessária.

II. Como alternativa dogmática deve-se aludir a um *concurso/prejudicialidade entre os méritos e as normas materiais envolvidos por via cautelar e por via principal, cujo conteúdo já atrás delineámos*²⁷⁶⁸.

Importa agora explicar com estes novos pressupostos como é que a procedência da acção principal pode ou não ter efeitos na cautela, demonstrada que está que a cautela não se limita a servir uma outra acção.

²⁷⁶² *Vor § 916 cit.*, Rdn. 9.

²⁷⁶³ *Vor § 916 cit.*, Rdn. 15, 13.

²⁷⁶⁴ *§ 935 cit.*, Rdn. 3 e 4.

²⁷⁶⁵ *Idem*, 12

²⁷⁶⁶ *Idem*, 12

²⁷⁶⁷ *Idem*, 15–16.

²⁷⁶⁸ Cf. o § 12º 2.3.3.B.

A regra é a de que os efeitos obtidos em tutela contra o perigo caducarão **quando perderem supervenientemente a sua utilidade**.

Para tal deve-se distinguir se é produzida uma sentença final **conforme** ou **disconforme** com o sentido da cautela ou se aquele não é produzida de todo, sendo certo que não é possível em abstracto — pois isso é juscientificamente incorrecto — consignar de modo fixo e completo a perda ou a manutenção da utilidade cautelar a uma mera consideração abstracta de procedência/improcedência. Podem-se, quando muito, apurar tendências suportadas e excepcionadas em algum casuismo.

Quando **a sentença declarativa é conforme à decisão cautelar** é entendimento tradicional ²⁷⁶⁹ de que fica esgotada a necessidade de permanência da providência cautelar, pois a sua função é a salvaguarda do efeito útil da acção. A cautela seria, dada esta pretensa função, intrinsecamente provisória, não podendo regular indefinidamente o litígio ²⁷⁷⁰, ao contrário da decisão em via de tutela plena. Caducaria ²⁷⁷¹, por conseguinte, com o trânsito em julgado.

Esta *barreira cronológica* ou *ausência de sobrevida pós-caso julgado declarativo* já foi por nós refutada. Toda ela assenta em pressupostos teóricos já foram por nós postos em crise. A função cautelar é proteger, enquanto for necessário, os titulares de posições de vantagem juridicamente relevantes do perigo de dano em resultado de comportamentos contrários ao *princípio neminem non laedere*.

É à luz desta função e deste objecto que devem ser resolvidas as situações de concurso e de prejudicialidade entre cautela e acção principal. Como limite ter-se-á apenas a Constituição e a lei ordinária, sendo certo que esta nada dispõe sobre a matéria da superveniência de sentença conforme a uma providência cautelar anterior.

III. Como afirmação de *princípio* pode dizer-se que a *tutela declarativa concordante* *retira utilidade à tutela cautelar porquando é idónea para colocar um termo ao perigo* ²⁷⁷². Mas isso, não apenas pode não suceder de **modo imediato, i.e., com o trânsito em julgado**, , como em certos casos pode **não suceder de todo**.

²⁷⁶⁹ CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 81 ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti* cit., 277.; M. DINI, *La denuncia* cit., 55; FRISINA *La tutela cautelare* cit., 992 ss.

²⁷⁷⁰ TOMMASEO, *Provvedimenti* cit., 861; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO *LDPC* cit., 368; P. PISANI, *LDPC* cit., 628.

²⁷⁷¹ Assim, CALAMANDREI, *Introduzione* cit., 83: a medida cautelar acaba por “perder toda a eficácia *ipso iure*”.

²⁷⁷² É o que defendem em tese geral, COMOGLIO /FERRI/TARUFFO, *LDPC* cit., 369: se a decisão final for de sentido concordante a providência *caducará* e será *absorvida* pela decisão final.

Isso sucede **imediatamente** com as acções condenatórias, incluindo os pedidos condenatórios cumulados, sempre que antecipadas cautelarmente, por a própria decisão principal já não ter utilidade no momento do trânsito em julgado.

Exemplo: A obtém condenação provisória de B a deixar passá-lo pelo seu prédio; contra B é constituída judicialmente uma servidão. A condenação cautelar será substituída pela condenação definitiva.

Exemplo: A obtém condenação provisória de B a restituir-lhe o bem X, em antecipação de restituição de coisa entregue em cumprimento de contrato. Se a par daquela declaração de nulidade o B for também condenado na restituição, o novo título executivo retirará utilidade ao primeiro.

Isso também poderá suceder de modo imediato nas acções constitutivas puras, em que as respectivas cautelas conservatórias perderão utilidade

Exemplo: A obtém suspensão de deliberação social de S. Essa deliberação é, depois, anulada. A suspensão é absorvida pela anulação dado esta também ser, por maioria de razão, idónea a por terno ao perigo

Isso sucede **diferidamente** nas acções condenatórias, antecedidas de cautelas de segurança, nas acções de simples apreciação e nas acções constitutivas puras: aqui a cautela deixa de ser necessária apenas no momento sejam cumpridas voluntariamente ou em via executiva.

Exemplo: A obtém arresto dos bens de B; B é condenado a pagar-lhe. O arresto só perde utilidade quando se converter em penhora.

Exemplo: A obtém condenação provisória de B a restituir-lhe o bem X, em antecipação de restituição de coisa entregue em cumprimento de contrato. Se se obter apenas aquela declaração de nulidade, a cautela perdura enquanto a coisa não for entregue.

Nesse caso os efeitos virão a ser consumidos, não pelo trânsito em julgado da decisão principal, pois o perigo de incumprimento permanece, mas pela execução da respectiva decisão.

IV. Diversamente sucede sempre que a **acção principal vier a ser improcedente**. A improcedência significa o não reconhecimento da existência do direito que alegadamente corria perigo: v.g., do crédito, do direito de exclusivo concorrencial, do direito de propriedade, do direito à anulação, do direito a alimentos.

Nesse caso a *apreciação negativa tem valor de caso julgado sobre a parte da providência cautelar em que declarou aparência do direito, pois é uma área em que os dois objectos se cruzam.*

Inevitavelmente a providência cautelar extinguir-se-á retroactivamente, pois toda a actuação cometida ao abrigo da providência está desprovida de fundamento jurídico, *i.e.*, é nula ²⁷⁷³. Os já referidos mecanismos de reprecinação do estado anterior à medida e da responsabilidade civil ²⁷⁷⁴ podem, a partir daí, operar.

V. Enfim, se a acção principal não vier a ser proposta, importa distinguir o regime vigente de instrumentalidade formal.

Sendo o *sistema alemão, francês ou italiano*, para as providências *antecipatórias*, se as partes oneradas com a abertura da via de tutela plena nada fizerem, a providência não caduca e continua a vigorar até caducar, eventualmente, por desnecessidade ou impossibilidade física ou jurídica.

Sendo o *sistema português ou italiano*, para as providências de *segurança*, se as partes oneradas com a abertura da via de tutela plena nada fizerem, a providência caduca desde que aquela omissão seja judicialmente verificada: é um efeito legal. No entanto, *de facto* as partes podem continuar a actuar em conformidade com a vinculação cautelar.

VI. Destas reflexões emerge um conclusão final: a acção plena/antecipatória está, ao contrário do que se pensa, ao serviço da providência cautelar, enquanto fase meramente confirmatória ou infirmatória desta.

Como afirma SCHWONBERG em sede de *Regelungsverfügungen* ²⁷⁷⁵ o “sentido e a finalidade da vinculação do processo urgente à acção principal reside **no efeito de legitimação**”. Procedimentalmente, os “efeitos da tutela cautelar concedida antes da procedência do pedido são **ratificados ex post** pela retroactividade da decisão” final ²⁷⁷⁶. Neste nosso sentido parece ir o ac. STJ 2/12/1993 ao defender que a “medida provisória que se pretende deverá, pela procedência eventual da acção, consolidar-se definitivamente por efeito da decisão visada a definir na acção principal”.

Deste modo, a cautela não se limitará a ser um *minus*, instrumental ou servidor da acção principal.

Esta visão é um passo novo que é absolutamente coerente com a qualificação da tutela cautelar como uma verdadeira acção.

²⁷⁷³ LUISO, *DPC IV* cit., 156, fala de actuação contra *ius*.

²⁷⁷⁴ Cf. § 5º 2.3.2.N.

²⁷⁷⁵ *Die einstweilige Verfügung* cit., 208.

²⁷⁷⁶ LUISO, *DPC IV* cit., 158.

Contudo, importa usar de algum cuidado com a invocação de um efeito de ratificação.

Não há um regime formal de convalidação ou ratificação. Neste sentido, M. DINI considera e bem que é um “erro qualificar a providência definitiva ou principal (...) como uma convalidação da providência cautelar” ²⁷⁷⁷. Isso sucederia se ambas as acções apresentassem o mesmo mérito e se a primeira acção, *i.e.*, a cautelar, permanecesse após essa ratificação. Nada disso sucede cautelarmente ²⁷⁷⁸. Pelas mesmas razões não se pode afirmar que a decisão cautelar fique sujeita a uma condição resolutiva; não há uma tutela que resolva outra ²⁷⁷⁹, mas antes efeitos materiais de uma tutela que vão ter repercussões sobre a outra tutela.

Ou seja: estamos perante uma ratificação **material**, sem expressão procedimental, pois ela tem lugar porque os casos julgados das duas vias de tutela dizem respeito ao mesmo direito e se referem a momentos interdependentes — segurança e realização do direito — por meio de relações materiais de concurso e de prejudicialidade entre os efeitos jurídicos das duas decisões.

²⁷⁷⁷ *La denunzia* cit., 46; cf. ainda p. 59.

²⁷⁷⁸ “Definitiva é a providência de mérito, não a providência cautelar”, conclui este M. DINI, *La denunzia* cit., 59.

²⁷⁷⁹ Neste sentido, STJ 11/11/1997: a acção principal não serve para confirmar ou revogar a providência cautelar.

TESES

O objecto desta investigação foi a seguinte pergunta: qual é a questão de mérito de uma providência cautelar? A nossa resposta é de que o mérito cautelar integra

- *Objecto*
 - *Elemento material*: poder potestativo à constituição provisória de uma situação jurídica na esfera jurídica do requerido, idónea a remover o perigo de dano a um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, ainda que por constituir;
 - *Elemento funcional*: constituição de uma situação jurídica acautelante de finalidade concreta pedida pelo requerente e conteúdo fixado pelo juiz;
- *Partes*
 - Activa: titular do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido;
 - Passiva: sujeito autor do facto que é presuntivo de um dano futuro.

CITAÇÕES E ABREVIATURAS

A função de uma abreviatura é tornar a informação instrumental a uma investigação tão leve quanto possível, evitando que ela se torne o actor principal na mancha gráfica de cada página. Foi este o sentido que presidiu ao modo como citações e abreviaturas tomaram forma neste trabalho.

Assim, nas primeiras ocorrências as obras foram citadas por autor, título, edição, data e página, nas primeiras ocorrências. Quando possível o título foi resumido numa sigla de uso corrente na respectiva doutrina ou ao segmento mais importante do título.

Tratando-se de artigo de revista esta foi ainda identificada pelo respectivo ano, número e data de publicação ou, se for editada em tomos ou fascículos, pelo respectivo ano, número de tomo ou fascículo e data de publicação. Nas ocorrências seguintes o título foi abreviado e apenas se referiu a página.

Contudo, quando se tratou de obra sem autonomia formal, mas passível de ser autonomizável quanto à autoria *v.g.* anotação ou comentário ou contributo no âmbito de obra em colaboração, todas as citações integraram sempre a citação da obra geral, por abreviatura, identificação do tomo e/ou volumes, ano e identificação do preceito legal e página ou, sendo o caso, pelo ponto na anotação.

O uso de maiúsculas no título apenas foi feito quando tal constou do original; fora isso, o título foi escrito apenas com as maiúsculas decorrente da Gramática. As segundas frases no título foram separadas por ponto e não por travessão.

As decisões jurisprudenciais foram citadas por tribunal, número da decisão e/ou data e fonte.

Todas as disposições legais não identificadas pertencem ao Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei nº 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, na versão em vigor à data de entrega deste trabalho, mas já com as alterações trazidas pelo Decreto-Lei nº 303/2007, de 24 de Agosto.

Por regra, as citações de fontes estrangeiras foram feitas língua portuguesa. As traduções foram da nossa responsabilidade, salvo quando diversamente se indicou.

Todas as marcações, itálicos e realces que não fossem da nossa lavra foram assinalados com *sic*.

As abreviaturas utilizadas foram as de uso corrente pela doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico respectivo.

Contudo, algumas foram criadas por necessidades de simplificação e uniformização.

A) Publicações

AcP	— <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> (Tübingen, Mohr Siebeck)
ArbuR	— <i>Arbeit und Recht</i> (Frankfurt a. M., AiB-Verlag)
BB	— <i>Der Betriebsberater</i> (Heidelberg, Recht und Wirtschaft)
BGBI	— <i>Bundesgesetzblatt</i>
BO	— <i>Boletim Oficial do Ministério da Justiça</i> (Lisboa, Ministério da Justiça)
BOE	— <i>Boletín Oficial del Estado</i> (Espanha)
BverfGE	— <i>Bundesverfassungsgerichtentscheidungen</i>
BMJ	— <i>Boletim do Ministério da Justiça</i> (Lisboa, Ministério da Justiça)
CJ	— <i>Colectânea de Jurisprudência</i> (Lisboa)
CJ /STJ	— <i>Colectânea de Jurisprudência/Supremo Tribunal de Justiça</i> (Lisboa)
CJA	— <i>Cadernos de Justiça Administrativa</i> (Braga, CEJUR)
CorrG	— <i>Il Corriere Giuridico</i> (Milano, IPSOA)
DB	— <i>Der Betrieb</i> (Düsseldorf, Verlagsgruppe Handelsblatt)
DCI	— <i>Il Diritto del Commercio Internazionale. Pratica internazionale e diritto interno</i> (Milano, Giuffrè).
DGiur	— <i>Diritto e giurisprudenza</i> (Napoli, Jovene)
Dir	— <i>O Direito</i> (Lisboa)
DirJ	— <i>Direito e Justiça</i> (Lisboa)
DDC	— <i>Boletim de Documentação e Direito Comparado</i> (Lisboa)
DPAdm	— <i>Diritto processuale amministrativo</i> (Milano, Giuffrè)
DR	— <i>Diario da República</i>
DRiZ	— <i>Deutsche Richterzeitung</i> (Köln/Berlin/ Bonn/München, Carl Heymanns)
DJZ	— <i>Deutsche Juristen-Zeitung</i> (Berlin, Liebmann)
EnD	— <i>Enciclopedia del Diritto</i> (Milano, Giuffrè)

EnG	— <i>Enciclopedia Giuridica</i> (Roma)
FI	— <i>Il Foro Italiano</i> (Bologna, Zanichelli/Roma, Foro Italiano)
GC	— <i>Giurisprudenza commerciale</i> (Milano, Giuffrè)
GI	— <i>Giurisprudenza Italiana</i> (Torino, UTET)
GCiv	— <i>Giustizia Civile</i> (Milano, Giuffrè)
GRL	— <i>Gazeta da Relação de Lisboa</i> (Lisboa)
GRUR	— <i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i> (München, Beck)
JF	— <i>Jornal do Foro</i> (Lisboa)
JO	— <i>Jornal Oficial das Comunidades Europeias</i>
JZ	— <i>Juristenzeitung</i> (Tübingen, Mohr Siebeck)
MDR	— <i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
NssDI	— <i>Novissimo Digesto Italiano</i> (Torino, UTET)
NJW	— <i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (München, Beck)
RCEDOUA	— <i>Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e do Ambiente</i> (Coimbra, Coimbra Editora)
RDC	— <i>Rivista di Diritto Civile</i>
RDCom	— <i>Rivista di Diritto Commerciale</i>
RDES	— <i>Revista de Direito e de Estudos Sociais</i> (Coimbra, Atlântida Editora)
RDP	— <i>Rivista di Diritto Processuale</i> (Padova, CEDAM)
RDtrib	— <i>Rivista di Diritto Tributario</i> (Milano, Giuffrè)
RespCvPrev	— <i>Responsabilità civile e previdenza</i> (Milano, Giuffrè)
RFD	— <i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i> (Lisboa)
RFDA	— <i>Révue Française de Droit Administratif</i> (Paris, Dalloz)
RGBI	— <i>Reichsgesetzblatt</i>
RGtrib	— <i>Rivista di giurisprudenza tributaria</i> (Milano, IPSOA)
RIE	— <i>Revista de instituciones europeas</i> (Madrid)
RJ	— <i>Revista de Justiça</i> (Lisboa, José Mourisca)
RJUA	— <i>Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente</i> (Coimbra, Almedina)
RLJ	— <i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i> (Coimbra, Coimbra Editora)
RMP	— <i>Revista do Ministério Público</i> (Lisboa)
ROA	— <i>Revista da Ordem dos Advogados</i> (Lisboa)
RT	— <i>Revista dos Tribunais</i> (Porto, José Gualberto de Sá Carneiro)
RTDP	— <i>Rivista Trimestrale di Diritto Publico</i> (Roma)
RTDPC	— <i>Rivista Trimestrale di Diritto e di Procedura Civile</i> (Milano, Giuffrè)

Sci	— <i>Scientia Iuridica</i> (Braga, Universidade do Minho)
SJd	— <i>Sub Judice. Justiça e sociedade</i> (Coimbra, DocJuris)
Th	— <i>Themis</i> (Coimbra, Amedina)
WRP	— <i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
ZZP	— <i>Zeitschrift für Zivilprozeß</i> (Berlin, Carl Heymanns)

B) Tribunais

BVerfG	— <i>Bundesverfassungsgericht</i>
CCost	— <i>Corte Costituzionale</i> italiana
Css/It	— <i>Corte di cassazione</i> italiana
Css/B	— <i>Cour de cassation</i> belga
Pret	— <i>Pretura</i> (Itália)
RC	— <i>Tribunal da Relação de Coimbra</i>
RE	— <i>Tribunal da Relação de Évora</i>
RG	— <i>Tribunal da Relação de Guimarães/Reichsgericht</i>
RL	— <i>Tribunal da Relação de Lisboa</i>
RP	— <i>Tribunal da Relação do Porto</i>
STJ	— <i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
TC	— <i>Tribunal Constitucional</i> (de Espanha ou de Portugal)
TEDH	— <i>Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
TJCE	— <i>Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias</i>
TPI	— <i>Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias</i>

C) Fontes escritas de direito positivo

AGBG	— <i>Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen</i> da Alemanha, de 9 de Dezembro de 1976, vigente até 31 de Dezembro de 2001
ArbGG	— <i>Arbeitsgerichtsgesetz</i> da Alemanha, de 2 de Julho de 1979
BetVG	— <i>Betriebsverfassungsgesetz</i> da Alemanha de 15 de Janeiro de 1972
CADH	— <i>Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de S. José da Costa Rica)</i> , aprovada pela Organização dos Estados Americanos em S. José da Costa Rica a 22 de Novembro de 1969, e em vigor na ordem internacional desde 18 de Julho de 1978, nos termos do seu art. 74º, nº 2
CADHP	— <i>Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos</i> aprovada pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos membros da Organização de Unidade Africana em Nairobi a 26 de Junho de 1981, em vigor na ordem internacional desde 21 de Outubro de 1986, nos termos do seu art. 63º
CBruX	— <i>Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial</i> (assinada em Bruxelas em 27 de Setembro de 1968, adesão através da Convenção Relativa à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa concluída em San Sebastián em 26 de Maio de 1989, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 34/91, de 30 de Outubro, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 52/91, de 30 de Outubro, e entrada em vigor a 1 de Julho de 1992 (Aviso nº 95/92, publicado no Diário da República, I Série-A, de 10 de Julho de 1992))
CC	— <i>Código Civil</i> de 1967, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966
CC/It	— <i>Codice Civile</i> italiano de 16 de Março de 1942
CC/Br	— <i>Código Civil</i> brasileiro, aprovado pela Lei 10 406, de 10 de Janeiro de 2002, em vigor desde 11 de Janeiro de 2003
CCA 1984	— <i>Country Courts Act</i> 1984, de Inglaterra, alterado nomeadamente pelo <i>Courts And Legal Services Act</i>
CCCP	— <i>Californian Code of Civil Procedure</i>

CCG	— <i>Decreto-Lei nº 446/85</i> , de 25 de Outubro (Cláusulas contratuais gerais)
CCon/It	— <i>Codice del consumo</i> de Itália (<i>d.l. n. 206</i> , de 6 de Setembro de 2005).
CDADC	— <i>Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos</i> , aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, na versão da Lei 50/2004, de 24 de Agosto
CDFUE	— <i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i> , proclamada em Nice a 7 de Dezembro de 2000 (JO 2000/C 364/01 de 18 de Dezembro de 2000)
CEs	— <i>Constitución Española</i> , aprovada a 31 de Outubro de 1978, referendada a 6 de Dezembro de 1978, e outorgada pelo Rei a 27 de Dezembro de 1978.
CEDH	— <i>Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais</i> , assinada pelos membros do Conselho da Europa em Roma em 4 de Novembro de 1950 em Roma, entrada em vigor em 3 de Setembro de 1953, e aprovada para ratificação por Portugal pela Lei nº 65/78 de 13 de Outubro publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (rectificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de Dezembro), e entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 9 de Novembro de 1978, na versão em vigor desde 1 de Novembro de 1998 resultante do Protocolo nº 11 de 11 de Maio de 1994.
CFEUAm	— <i>Constituição Federal dos Estados Unidos da América</i> , aprovada pela Convenção de Estados a 17 de Setembro de 1787, ratificada a 21 de Junho de 1788
CIRE	— <i>Código da Insolvência e Recuperação de Empresas</i> , aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março
CJ/B	— <i>Code judiciaire</i> belga de 10 de Outubro de 1967
CNav	— <i>Codice della navigazione</i> (regio decreto n. 327, de 30 de Março de 1942)
CPC/76	— <i>Código de processo civil</i> de 1876, aprovado em Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876, em vigor desde 17 de Maio de 1877.
CPC/39	— <i>Código de processo civil</i> de 1939, aprovado pelo Decreto-Lei nº 29 637, de 28 de Maio de 1939
CPC/Br	— <i>Código de processo civil</i> brasileiro de 1973, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973
CPC/It 06	— <i>Codice di procedura civile</i> italiano de 1942, na versão após a

	entrada em vigor em 1 de Março de 2006 da <i>legge n. 80</i> , de 14 de Maio de 2005, modificada pela <i>legge n. 263</i> , de 28 de Dezembro de 2005
CPI	— <i>Código da Propriedade Industrial</i> , aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 5 de Março.
CPR 1998	— <i>Civil Procedure Rules</i> de 1998 de Inglaterra, em vigor desde 26 de Abril de 1999
CPT	— <i>Código de Processo de Trabalho</i> , aprovado pelo Decreto-Lei nº 480/99, de 9 de Novembro.
CPTA	— <i>Código de Processo nos Tribunais Administrativos</i> , aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro.
CRFr	— <i>Constitution de la V Republique</i> de 4 de Outubro de 1958, na versão em vigor após as alterações trazidas pelas Lois Constitutionnelles de 25 de Março de 2003 (<i>mandat d'arrêt européen</i>) e de 28 de Março de 2003 (<i>organization décentralisée de la Républiq</i>)
CRFBr	— <i>Constituição da República Federativa do Brasil</i> de 5 de Outubro de 1988,
CRIt	— <i>Costituzione della repubblica Italiana</i> , publicada na GU n. 298, ediz. straord., de 27 de Dezembro de 1947, e GU n. 2 de 3 de Janeiro de 1948
CRP	— <i>Constituição da República Portuguesa</i> de 1976, na versão em vigor após o Decreto Constitucional aprovado pela Assembleia da República em 12 de Agosto de 2005 (7ª Revisão Constitucional)
CSC	— <i>Código das Sociedades Comerciais</i> , aprovado pelo Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de Setembro
DUDH	— <i>Declaração Universal dos Direitos do Homem</i> , aprovada em Paris pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 10 de Dezembro de 1948, Publicada no DR, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.
FRCP	— <i>Federal Rules of Civil Procedure</i> na versão em vigor à data
GebrMG	— <i>Gebrauchsmustergesetz</i> da Alemanha de 5 de Maio de 1936 (RGBl II 1936, 130), na versão em vigor à data após a reforma de 28 de Agosto de 1986 (BGBl. I 1986, 1455) e e a alteração de 21 de Junho de 2006 (BGBl. I 2006, 1318)
GG	— <i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> , de 23 de

	Maio de 1949 ((BGBI. I 1949, 1)
Köhler/Bornkamm	— Wettbewerbsrecht (dir. KÖHLER/BORNKAMM)
LPresstG/B-W	— <i>Landespressegesetz</i> do Estado de Baden-Württemberg, de 14 de Janeiro de 1964 (GBI Baden-Württemberg 1964, 11), na versão em vigor à data após a alteração de 14 de Fevereiro de 2007 (GBI Baden-Württemberg 2007, 108)
LDC	— <i>Lei nº 24/96</i> , de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor)
LEC	— <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> de 2000, aprovada pela <i>Ley nº 1/2000</i> , de 7 de Janeiro (BOE nº 7, de 8 de Janeiro de 2000, 575-728), em vigor desde 8 de Janeiro de 2001.
LEC/81	— <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> de Espanha de 1881, em vigor até 7 de Janeiro de 2001.
<i>Legge fall.</i>	— <i>Legge fallimentare (regio decreto n. 267</i> , de 16 de Março de 1942)
LPt	— <i>Ley 11/1986 de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad</i> (BOE nº 73, de 26 de Março de 1986)
LPL	— <i>Ley de Procedimiento Laboral</i> (RDLg 521/1990 de 27 de Abril, refundido pelo RDLg 2/1995 de 7 de Abril)
NCPC/ Fr	— <i>Nouveau Code de procedure civile</i> francês de 29 de Julho de 1976
PatG	— <i>Patentgesetz</i> da Alemanha de 5 de Maio de 1936 (RGBl II 1936, 117), na versão em vigor à data após a reforma de 16 de Dezembro de 1980 (BGBI. I 1981, 1) e e a alteração de 21 de Junho de 2006 (BGBI. I 2006, 1318-2737)
PIDCP	— <i>Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos</i> aprovado pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, entrado em vigor em 23 de Março de 1976, e aprovado para ratificação por Portugal pela Lei nº 29/78 de 12 de Junho publicada no Diário da República, I Série A, n.º 236/78 (rectificada por Aviso de Rectificação publicado no Diário da República, I Série, n.º 153/78, de 6 de Julho), e entrado em vigor na ordem jurídica portuguesa a 15 de Setembro de 1978.
RSC 1986	— <i>Rules of the Superior Court</i> de 1986, da Irlanda
RPE	— <i>Regime Processual Experimental</i> aprovado pelo

	pelo Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de Junho, aplicável às acções e procedimentos cautelares propostos a partir de 16 de Outubro de 2006, assim como às acções resultantes de apresentação à distribuição de autos de injunção a partir da mesma data
SCA 1981	— <i>Supreme Court Act</i> de 1981, de Inglaterra
StatLav	— <i>Statuto dei lavoratori</i> (legge n. 300, de 20 de Maio de 1970).
TCE	— <i>Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa</i> de 29 de Outubro de 2004, publicado no JO 2004/C 310/01 de 16 de Dezembro de 2004.
TUE	— <i>Tratado da União Europeia</i> , publicado no JO 2002/ C 325/01 de 24 de Dezembro de 2002
UkLaG	— <i>Unterlassungsklagengesetz</i> da Alemanha, de 26 de Novembro de 2001, em vigor desde 1 de Janeiro de 2002
UrhG	— <i>Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte</i> da Alemanha de 9 de Setembro de 1965 (BGBl I 1965, 1273), na versão em vigor após a alteração de 23 de Julho de 2002(BGBl I 2002, 2852).
USC	— <i>United States Code</i> na versão em vigor à data
VwGO	— <i>Verwaltungsgerichtordnung</i> de 21 de Janeiro de 1960
UWG/1909	— <i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> da Alemanha de 7 de Julho de 1909, na versão em vigor antes da reforma de de 3 de Julho de 2004 (BGBl. I 2004, 1414)
UWG	— <i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> da Alemanha de 7 de Julho de 1909, na versão em vigor após a reforma de de 3 de Julho de 2004 (BGBl. I 2004, 1414) e a alteração de 29 de Dezembro de 2006 (BGBl. I 2006, 3367-3374)
WEG	— <i>Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht</i> da Alemanha de 15 de Março de 1951, na versão em vigor à data
ZPO	— <i>Zivilprozeßordnung</i> da Alemanha de 30 de Janeiro de 1877, na versão em vigor à data

D) Outras

ac.	— <i>acórdão</i>
act.	— <i>actualizada (o)</i>
al.	— <i>alínea</i> (= abschnitt, <i>quando seja direito alemão</i>)
alternativKomm	— <i>Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung</i> (dir. WASSERMAN)
ampl.	— <i>ampliada</i>
aument.	— <i>aumentada</i>
Baumbach/ Lauterbach/Albers/ Hartmann	— <i>Zivilprozeßordnung</i> (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN)
Berger	— <i>Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht. Handbuch</i> (dir. BERGER)
Bd.	— <i>Band</i> (= volume)
c.	— <i>cerca da página</i>
CCanot	— <i>Código Civil anotado</i>
CDPC	— <i>Corso di diritto processuale civile</i>
CDR	— <i>Curso de Direitos Reais</i>
col.	— <i>com a colaboração de</i>
ComC	— <i>Comentarios a la Constitucion</i> (dir. GARRIDO FALLA)
ComCBruX	— <i>Comentário à Convenção de Bruxelas</i>
ComCE	— <i>Comentarios a la Constitucion Española</i> (dir. VILLAAMIL)
CommBv	— <i>Commentario breve al Codice di Procedura Civile</i> (dir. CARPI/TARUFFO; fund. CARPI/COLESANTI/TARUFFO)
ComCPC	— <i>Comentário/Comentários ao Código de Processo Civil</i>
CommCPC	— <i>Commentario/Commento al Codice di Procedura Civile</i>
ComCPTA	— <i>Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos</i>

comp.	— <i>compiladas por</i>
Consolo/Luiso/ Sassani	— <i>Commentario alla riforma del processo civile</i> , (CONSOLO/LUIISO/SASSANI)
cont.	— <i>continuado/a por</i>
coord.	— <i>coordenada por</i>
CPanot	— <i>Constituição Portuguesa anotada</i> (JORGE MIRANDA/RUI)
CPCanot	— <i>Código de Processo Civil anotado</i>
CPCannot	— <i>Código de Processo Civil annotado</i>
CPCComm	— <i>Codice di procedura civile commentato</i> (dir. VACCARELLA/G. VERDE)
CPCRef	— <i>Código de Processo Civil reformado</i>
CPTanot	— <i>Código de Processo do Trabalho anotado</i>
CRPanot	— <i>Constituição da República Portuguesa anotada</i> (GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA)
d.l.	— <i>decreto-legge/decreto legislativo</i>
DC/Reais	— <i>Direito Civil. Reais</i>
DC/TG	— <i>Direito Civil. Teoria geral</i>
DR/Sum	— <i>Direitos Reais. Sumários</i>
desp.	— <i>despacho</i>
dir.	— <i>direcção de</i>
disp. att.	— <i>disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile</i> <i>e disposizione transitorie</i> , constantes do <i>Regio decreto n. 1368</i> , de 18 de Dezembro
DigDP	— <i>Digesto delle discipline privatistiche</i>
DJP	— <i>Droit Judiciaire Privé</i>
DOb	— <i>Direito das Obrigações</i>
DPC	— <i>Direito Processual Civil/ Diritto processuale civile/Derecho</i> <i>procesal civil</i>
DPC/App	— <i>Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento</i>
DPCD	— <i>Direito Processual Civil Declarativo</i>
DPPCv 2006/2007	— <i>Droit et pratique de la procédure civile</i>
DPVEx 2007/2008	— <i>Droit et pratique des voies d'exécution 2007/2008</i>
DR	— <i>Direitos Reais</i>
Dreier	— <i>Grundgesetz. Kommentar</i> (dir. DREIER)
Dunkll/Moeller/ Baur/Feldmeier	— <i>Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes in</i> <i>allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht</i>

ECP	— <i>English Civil Procedure</i>
ediz. straord.	— <i>edizione straordinaria</i>
Enders/Börstinghaus	— <i>Einstweiliger Rechtsschutz</i> (dir. ENDERS/BÖRSTINGHAUS; ENNEMANN/SCHULZE),
Erman	— <i>Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar</i> (fund. ERMAN)
esp.	— <i>em especial</i>
Est.	— <i>Estudos em Homenagem</i>
FS	— <i>Festschrift</i>
fund.	— fundada/o por
GPPCv	— <i>Guide pratique de procédure civile</i>
Grundz	— <i>Grundzüge</i>
GS	— <i>Gedächtnisschrift</i>
GVR	— <i>Grundlagens des Verfahrensrechts</i>
GkZPO	— <i>Grundkurs ZPO</i>
GZVR	— <i>Grundlagens des Zwangsvollstreckungsrecht</i>
HdZPR	— <i>Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts</i>
Hom. Rigaux	— <i>Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux</i>
HRP-ZP	— <i>Handbuch der Rechtspraxis</i> , Bd. 1 a — <i>Zivilprozess</i>
Intr.	— introdução de
Isensee/ Kirschhof	— <i>Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland</i> (dir. ISENSEE/KIRSCHHOF)
IDP	— <i>Istituzioni di diritto processuale</i>
IDPC	— <i>Istituzioni di diritto processuale civile</i>
INPCI	— <i>Istituzioni del nuovo processo civile italiano</i>
Jarass/ Pieroth	— <i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar</i> (JARASS/PIEROTH)
Kap.	— <i>Kapitel</i>
LDPC	— <i>Lezioni di/sul diritto processuale civile</i>
LBR	— <i>Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts</i>
LdZPR	— <i>Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts</i>
LSchR	— <i>Lehrbuch des Schuldrechts</i>
LxR	— <i>Lexikon des Rechts. Zivilverfahrensrecht</i> (dir. G. LÜKE/

PRÜTTING)

Mangoldt/Klein/ Starck	— <i>Das Bonner Grundgesetz. Kommentar</i>
MDB	— <i>Manual de Direito Bancário</i>
MDPC	— <i>Manuale di Diritto Processuale Civile</i>
Mél. Perrot	— <i>Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot</i>
MgNvCPC	— <i>Méga Nouveau Code de procédure civile</i>
MPC	— <i>Manual de Processo Civil/Manuale della procedura civile</i>
MüKoBGB	— <i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.</i>
MüKoZPO	— <i>Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen</i>
n.	— numero (Itália)
n. p.	— não publicado
NPEx	— <i>Les nouvelles procédures d'exécution</i>
Nt.	— nota
NtCPC	— Notas ao Código de Processo Civil
o.	— outros
Ord.	— Order
org.	— organizada por
Ostrowicz/Künzl/	

Schäfer	— <i>Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens</i> (dir. OSTROWICZ/KÜNZL/SCHÄFER)
Palandt	— <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (fund. PALLANDT)
Pasto	— <i>Der Wettbewerbsprozeß</i>
Pastor/Ahrens	— <i>Der Wettbewerbsprozeß</i>
PCv	— <i>Procédure civile</i>
PCv/DJP	— <i>Procédure civile. Droit judiciaire privé</i>
PCDecl	— <i>Processo civil de declaração</i>
PDPC	— <i>Principii di diritto processuale civile</i>
pref.	— <i>prefácio de</i>
r.	— <i>rule</i>
Rdn.	— <i>Randnummer</i>
RSchV	— <i>Recht der Schulverhältnisse</i>
ref.	— <i>refundida</i>
rev.	— <i>revista (o)</i>
reimp.	— <i>reimpressão</i>
RDL	— <i>regolamento di attuazione della legge</i>
RDLg	— <i>Real Decreto Legislativo</i>
s.	— <i>statute; section</i>
Sc.	— <i>Scritti in onore di</i>
SaR	— <i>Sachenrecht</i>
SchR	— <i>Schuldrecht</i>
Sc.Gr.	— <i>Scritti giuridici in memoria di</i>
s.d.	— <i>sem data</i>
sep.	— <i>separata</i>
ss.	— <i>seguintes</i>
Schuschke/Walker	— <i>Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der ZPO</i> (SCHUSCHKE/WALKER)
Seifert/Hömig	— <i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar</i> (SEIFERT/HÖMIG)
St.	— <i>Studi in onore</i>
StDPC	— <i>Studi di diritto processuale civile</i>
Stein/Jonas	— <i>Kommentar zur Zivilprozeßordnung</i> (dir. STEIN/JONAS)
SDPC	— <i>Sistema di diritto processuale civile</i>
SpDPC	— <i>Spiegazioni di diritto processuale civile</i>
SyDZPR	— <i>System des Deutschen Zivilprozessrechts</i>

t.	— <i>Tomo</i>
TDCP	— <i>Tratado de Direito Civil Português</i>
TDC	— <i>Trattato di diritto civile</i>
TDPC	— <i>Trattato di diritto processuale civile</i>
TGDC	— <i>Teoria Geral do Direito Civil</i>
Thomas/Putzo	— <i>Zivilprozeßordnung</i> (THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE)
TI.	— <i>Theil/Teil</i>
trad.	— <i>tradução</i>
VEx	— <i>Voies d'exécution</i>
VExPD	— <i>Voies d'exécution et procédures de distribution</i>
vol.	— <i>volume</i>
vor.	— <i>vorbemerkung/vorbemerkungen</i>
Zöller/Vollkommer	— <i>Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar</i> (fund. ZÖLLER; VOLLKOMMER)
ZPR	— <i>Zivilprozessrecht/ Der Zivilprozessrecht</i>
ZVR	— <i>Zwangsvollstreckungsrecht</i>
ZV-IR	— <i>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</i>

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Eridano de, *Das providências cautelares não especificadas*, Dir 94 (1962), 110-119.
- ACONE, Modestino *Due sequestri per la tutela giudiziale dei crediti di mantenimento nella riforma del diritto di famiglia*, I processi speciali, 2-55
- ADEN, Menno, *Der einstweilige Rechtsschutzes im Schiedsgerichtverfahren*, BB 38/35-36 (1985), 2277-2282.
- ADERHOLD, Lutz, vide *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*.
- AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial. Independência in Dependência*, Coimbra, Almedina, 2004.
- AHRENS, Hans-Jürgen, vide *Der Wettbewerbsprozeß*.
_____, vide AHRENS, Hans-Jürgen/SPÄTGENS, Klaus.
- AHRENS, Hans-Jürgen/SPÄTGENS, Klaus, *Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen*, Köln, Kommunikationsforum, 1988
- AIELLO, Michele, *I provvedimenti cautelari: provvedimenti di urgenza*, FI 115/V (1992), 427-432.
_____, vide AIELLO, Michele/GIACOBBE, Giovanni
- AIELLO, Michele/GIACOBBE, Giovanni, *Guida ragionata ai provvedimenti cautelari. Ambito di applicazione del nuovo procedimento (art. 669 quaterdecies)*, Milano, Giuffrè, 1996.
- ALBERCA, José Manuel Serrano/ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, *ComC*, Art. 24º, 526-576.
- ALBERS, Jan, vide *Zivilprozeßordnung* (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN).
- ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, vide ALBERCA, José Manuel Serrano/ALCUBILLA, Enrique Arnaldo
- ALEXANDRE, Isabel, *O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa*, Est. Cardoso da Costa, 11-77.
_____, *Princípios gerais do processo do trabalho*, Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, 389-442 = Est. Raúl Ventura II, 849-897.
- ALLORIO, Enrico, *Per una nozione del processo cautelare*, RDP 13/ 1 (1936), 18-44.
_____, vide CERINO-CANOVA, Augusto, *Studi di diritto processuale civile. A cura della Rivista di Diritto Civile*.
- ALMEIDA, António Duarte, vide ALMEIDA, António Duarte/MONTEIRO, Cláudio/SILVA, José Luís Moreira da
- ALMEIDA, António Duarte/MONTEIRO, Cláudio/SILVA, José Luís Moreira da, *A caminho da plenitude da justiça administrativa*, CJA 7 (1997), 3-7.

- ALMEIDA, José Manuel Gonçalves Dias Ribeiro de, *“Crítica da razão legislativa”: a reforma das medidas cautelares na justiça administrativa*, Reforma do contencioso administrativo I, 729-739.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- _____, *Embargo ou nunciação de obra nova*, 3ª ed. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- _____, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis*, JF 31 (1967), 49-58.
- _____, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis (Decreto-Lei nº 54/75, de 12 de Fevereiro)*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1988.
- _____, *Os processos cautelares em geral*, JF 28 (1964), 21-35.
- _____, *Providências cautelares não especificadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- _____, *Restituição de posse e ocupação de imóveis*, 5ª ed. act., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Contributo para a reforma do sistema do contencioso administrativo*, DirJ 9/I (1995), 103-121.
- _____, *Medidas cautelares no ordenamento contencioso. Breves notas*, DirJ 11/I (1997), 139-159.
- _____, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4ª ed. rev. e act., Coimbra, Almedina, 2005 (reimp. 2007).
- _____, vide AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de
- _____, vide ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes
- ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung*, (dir. WASSERMAN) Darmstadt, Neuwied, 1987.
- ALVES, João, *A proibição provisória de cláusulas contratuais gerais. O “prejuízo” para os aderentes*, <http://www.pgdlisboa.pt>, 2004.
- ALVIM, J. E. Carreira, *Ação monitoria e tema polémicos da reforma processual*, 4ª ed. rev., act. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- _____, *Código de Processo Civil reformado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *As providências cautelares no novo contencioso administrativo*, CJA 43 (2004), 4-15.
- _____, *O princípio da justiça no artigo 266º da Constituição*, Est. Rogério Soares, 685-704.
- _____, vide AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de
- AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, 3ª ed. rev. e act., Coimbra, Almedina, 2004.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito processual civil*, 4ª ed., Coimbra, Almedina,

- 2003.
- AMORIM, Tiago, *As providências cautelares do CPTA: um primeiro balanço*, CJA 47 (2004), 41-44.
- AMRANI-MEKKI, Soraya, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002.
- ANA GOUVEIA MARTINS, vide CUNHA, Ana Gouveia e Freitas Martins
- ANDOLINA, Ítalo, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, FI 116/V (1993), 65-82.
- _____, vide ANDOLINA, Ítalo/VIGNERA, Giuseppe
- ANDOLINA, Ítalo/VIGNERA, Giuseppe, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, 2ª ed., ampl. e act. Torino, Giappichelli, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa (Lições)*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.
- _____, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2004.
- _____, *Tutela cautelar*, CJA 34 (2002), 45-53.
- ANDREWS, Neil, *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ANDRIOLI, Vergilio, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed. rev. e act., 1964.
- ANTONI, Michael, *Seifert/Hömig*, Art. 19, 233-245.
- ANTUNES, Tiago, *A tutela cautelar antecipatória no novo contencioso administrativo*, Relatório de mestrado de Direito Administrativo apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2004 (n.p.).
- ARANTES, Tito, *Emprego abusivo de providências cautelares*, RT 66 (1948), 114-116, 130-132.
- ARENS, Peter/LÜKE, Wolfgang, *Arrest und einstweilige Verfügung*, LxR, 5-17.
- ARIETA, Giovanni, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, RDP 39/2 (1984), 585-607.
- _____, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 1985.
- _____, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, RDP 52/2 (1997), 408-451.
- _____, vide MONTESANO, Luigi/ARIETA, Giovanni
- ARNALDO ALCUBILLA, vide ALCUBILLA, Enrique Arnaldo
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Reais*, 5ª ed. rev. e ampl., Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 1993 (reimp. 2000).
- _____, *Direito Civil. Teoria geral do Direito Civil*, vol. III – *Relações e situações jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- _____, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 3ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1983. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997

- ATTARDI, Aldo, *Diritto processuale civile*, vol. I – *Parte generale*, 3^a ed. Padova, CEDAM, 1999
- _____, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del senato sul giudice di pace*, Padova, CEDAM, 1991.
- AULETTA, Ferruccio, *CPCComm*, Art. 688, 402-405.
- _____, *CPCComm*, Art. 703, 453-457.
- BACKSMEIER, Petra, *Das “Minus” beim unterlassungsrechtlichen Globalantrag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- BALENA, Giampiero, *[La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”]*, *Le riforme (BALENA/BOVE)*, 321-366.
- _____, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, GI 155/IV (2003), 2203-2209.
- _____, *vide Le riforme più recenti del processo civile*.
- BALTZER, Johannes, *vide Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*.
- BANDRAC, Monique, *vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc*.
- BANDEL, Stefan, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren. Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfg*, München, Beck, 2000.
- BAPTISTA, Ovídio, *vide SILVA, Ovídio A. Baptista da*
- BARNIER, David J., *Prejudgment Attachment: A Strategic Alternative to Awaiting Trial*, 2004, www.barkerlawgroup.com/about/attorneys/documents/PrejudgmentAttachment_Barnier.pdf.
- BARROS, Sergio Vázquez, *Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2000.
- BARTOLINI, Francesco/PASTOR, Raffaella, *Il nuovo procedimento cautelare uniforme. Guida ai procedimenti cautelari dopo le riforme*, Piacenza, La Tribuna, 2006.
- BASSENGE, Peter, *Palandt*, § 1004, 1445-1450.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, 2^a ed. rev. e act., vol. II, Lisboa, 1971.
- BATISTA LOPES, *vide LOPES, João Batista*.
- BAUER, Horst, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973.
- BAUMBACH, Adolf, *vide Zivilprozeßordnung* (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN).
- BAUMGÄRTEL, Gottfried, *vide Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*.
- BAUR, Fritz, *Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich*, BB 19/1 (1964), 607-615.

- _____, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, AcP 153 (1954), 393 ss.
- _____, *Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil en République Fédérale d'Allemagne*, Fundamental guarantees (dir. CAPPELLETTI/TALLON), 1-30.
- _____, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1967.
- _____, *Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der «vorbeugenden Unterlassungsklage»*, JZ 21/11-12 (1966), 381-383.
- _____, vide BAUR, Jürgen/STÜRNER, Rolf,
- _____, vide GRUNSKY, Wolfgang
- _____, vide *Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht*.
- BAUR, Hansjörg, vide *Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht*.
- BAUR, Jürgen F. /STÜRNER, Rolf, *Sachenrecht* (fund. F. BAUR), 17 ed., München, Beck, 1999.
- BEAN, David, *Injunctions*, London, Thomson/Sweet & Mawell, 2004
- BEHR, Johannes, *Grundlagen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Neuwied, Luchterhand, 1999.
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, *Impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir nos procedimentos cautelares*, Dir 11/I (1997), 337-350.
- BENDJOUYA, Georges, *Procédure civile*, nova ed. rev. e augment., Grenoble, PUG, 2001.
- BENOÎT-ROHMER, Florence, vide *Procédure(s) et effectivité des droits*.
- BERGER, Christian, *[Grundlagen des Arrest- und Verfügungsverfahrens]*, Berger, 81-104.
- _____, vide *Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht. Handbuch* (dir. BERGER).
- _____, vide JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian.
- BERGER, Vicent, *Jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l'Homme*, 9^a ed., Paris, Sirey/Dalloz, 2004.
- BERMUDES, Sérgio, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1996.
- BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen*, 2^a ed., München, Beck, 2003.
- BESSO, Chiara, vide *Le riforme del processo civile*.
- BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1932.
- BEZERRA, J. Miguel, vide VARELA, João de Matos Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e.
- BIAVATI, Paolo, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2003.
- _____, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*),

- RTDPC, 56/3 (2002), 751-775.
- _____, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (Spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, RTDPC 40/1 (1986), 37-68.
- BLANKENBURG, Erhard/LEIPOLD, Dieter, *Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren?*, Neue Methoden (dir. WOLLSCHLÄGER), 109-124.
- BLECKMANN, Albert, *Staatsrecht II — Die Grundrechte*, 4^a ed., Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymans, 1997.
- BLOMEYER, Arwed, *Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*, 2^a ed., Berlin, Duncker und Humblot, Berlin, 1985.
- BLOMEYER, Jürgen, *Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder eine einstweiligen Verfügung*, ZZP 81/ 1-2 (1968), 20-45.
- BLOMEYER, Karl, *Arrest und einstweilige Verfügung*, ZZP 65/1 (1952), 52-66.
- BÖHM, Peter, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Wien, Anton Orac, 1979.
- BONGIORNO, Girolamo, *Il procedimento previsto dall' art. 2409 cod. civ.*, St. Mandrioli, vol. I, 229-275.
- BORCK, Hans-Günther, *Über die Vollziehung von Unterlassungsverfügungen. Die §§ 317 n.F., 750, 890, 922 ff., 945 ZPO unter dem Aspekt des UWG betrachtet*, WRP 9 (1977), 556-563.
- BORNKAMM, Joachim, vide *Wettbewerbsrecht* (dir. KÖHLER/BORNKAMM).
- BORRÈ, Giuseppe, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, I processi speciali, 115-149.
- BÖRSTINGHAUS, Ulf, vide *Einstweiliger Rechtsschutz*.
- BÖTTICHER, Eduard, *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, Berlin, De Gruyter, 1964.
- _____, *[Recensão a] Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, in Verbindung mit...*, ZZP 74/4 (1961), 314-320.
- _____, *Regelungsstreitigkeiten*, FS Lent, 89-105.
- BOVE, Mauro, *Sospensione del processo e tutela cautelare*, RDP 44/4 (1989), 977-1004.
- _____, vide *Le riforme più recenti del processo civile*.
- BOYRON, Sophie, vide BOYRON, Sophie/BROWN, L. Neville.
- BOYRON, Sophie/BROWN, L. Neville, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, RFDA 10/1 (1994), 70-79.
- BRIEGLEB, Hans Carl, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859 (reimp. Frankfurt a. M., Keip, 1969) (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>).
- BROOKS, Richard R. W., vide BROOKS, Richard R. W./SCHWARTZ, Warren F.

- BROOKS, Richard R. W./SCHWARTZ, Warren F., *Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine*, SLR 58 (2005), 381-409.
- BROWN, L. Neville, vide BOYRON, Sophie/BROWN, L. Neville.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 7^a ed., Köln/Berlin / Bonn/München, Carl Heymans, 2003.
- BRUDERMÜLLER, Gerd, vide *Bürgerliches Gesetzbuch*.
- BRÜGGEMANN, Dieter, *Judex statutory und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richermacht und Prateienfreiheit im gegenwärtigen deustchen Zivilprozeß*, Bielefeld, Gieseking, 1968.
- Bürgerliches Gesetzbuch* (fund. PALANDT;
BASSENGE/BRUDERMÜLLER/DIEDERICHSEN/EDENHOFER/GRÜNEBERG/
HEINRICHS/HELDRICH/SPRAU/WEIDENKAFF), 66^a ed., München, Beck, 2007
- Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG* (fund. ERMAN;
WESTERMANN/ADERHOLD *et alia*), 11^aed., Münster/Köln, Aschendorf/Schmidt, 2004.
- BRUNS, Rudolf/PETERS, Egbert, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 3^a ed., München, Vahlen, 1987
- BÜDENBENDER, Ulrich, *Der vorläufige Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung und einstweilige Anordnung im Nichteheichenrecht*, Bielefeld, Gieseking, 1975.
- BURNS, Robert P. Burns, *A theory of the trial*, Princeton University Press, 1999.
- CADIET, Loïc/JEULAND, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5^a ed., Paris, LITEC/LexisNexis, 2006.
- CAEMMERER, Ernst von, vide *Festschrift für Hans Dölle*.
- CAFÉ, Álvaro Pedro, *O processo dos tribunais administrativos. Unidade ou pluralidade de formas processuais*, Reforma do contencioso administrativo I, 741-756.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Intimações*, CJA 16 (1999), 62-66.
- CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Napoli, 1936 (reimp.1983).
- _____, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimenti cautelare*, RDCom I (1936), 279 ss.
- _____, *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1983.
- CALVOSA, Carlo, *Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, UTET, 1970.
- _____, *Provvedimenti d'urgenza*, NssDI XIV (1967), 444-467.
- _____, *Sui provvedimenti presidenziali*, RDP 17/1 (1962), 19-45.
- CAMPEIS, Giuseppe, vide CAMPEIS, Giuseppe/DE PAULI, Arrigo
- CAMPEIS, Giuseppe/DE PAULI, Arrigo, *Le esecuzioni civile. Procedimenti ordinari e*

- speciali. Casi speciali di esecuzione. L'attuazione*, 4ª ed., act., Padova, CEDAM, 2007.
- CAMPESE, Giovanni, *L'ordinanza provvisoria di cui all'art. 432, 2º comma c.p.c.*, RDP 43/4 (1988), 1089-1102.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II — *Besonderer Teil*, 2. Halbband (fund. LARENZ), 13ª ed., München, Beck, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001. – actualizar as pps.
- _____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003 (reimp. 2007).
- _____, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- _____, *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, Estudos sobre Direitos Fundamentais, 137-159.
- _____, *O ónus da prova na jurisdição das liberdades. Para uma teoria do direito constitucional à prova*, Estudos sobre Direitos Fundamentais, 169-175.
- _____, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, RJUA 1 (1994), 55-66.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes/MOREIRA, Vital M., *Constituição da República anotada*, vol. I, 4ª ed., rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CANTILLO, Michele, vide CANTILLO, Michele/SANTANGELI, Fabio
- CANTILLO, Michele/SANTANGELI, Fabio, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2003.
- CAPPONI, Bruno, *Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societario (art. 19 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, GI 165/IV (2004), 442-449.
- _____, vide VERDE, Giovanni/CAPONI, Bruno
- CAPONI, Remo, *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, RTDPC 52/2 (1998), 563-605.
- _____, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile. Profilo storico-sistemico*, Milano, Giuffrè, 2000
- _____, vide CAPONI, Remo/PISANI, Andrea Proto
- CAPONI, Remo/PISANI, Andrea Proto, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro, vide *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation/Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*.
- CARACCILOLO, Francesco Barra, *L'ordinanza ex art. 186 quater*, Nuovo processo civile, 167-177.
- CARDOSO, Álvaro Eurico Lopes, *Projectos de revisão do Código de Processo Civil*, vol. I – *Processo de execução. Processos preventivos e conservatórios. Incidentes da instância*, Lisboa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1958.

- CARLETTI, Fabrizio, *vide* MAGI, Francesca/CARLETTI, Fabrizio
- CARLOS, Adelino da Palma, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, Lisboa, Procural, 1942.
- _____, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1951.
- _____, *Direito processual civil*, t. I, Lisboa, AAFDL, 1956.
- _____, *Linhas gerais do processo civil português*, Lisboa, Cosmos, 1991 = RFD 24 (1972), 313-368.
- _____, *Procedimentos cautelares antecipadores*, Dir 105/III (1973), 236-251.
- _____, *Projecto de alteração de algumas disposições dos Livros I e II do Código de Processo Civil*, Lisboa, 1961.
- CARNELUTTI, Francesco, *Accertamento giudiziale preventivo*, RDP 15/2 (1960), 175-181.
- _____, *Carattere della sentenza di fallimento*, RDP 8/2(1931), 159-173.
- _____, *Durata del provvedimento cautelare*, RDP 14/2 (1937, 97 ss = *Studi di diritto processuale civile*, vol. IV, Padova, CEDAM, 1939.
- _____, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3ª ed., t. I, Roma, Foro Italiano, 1942.
- _____, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II — *La funzione del processo di cognizione*, Parte I, Padova, Litotipo, 1926.
- _____, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I — *Funzione e composizione del processo*, Padova, CEDAM, 1936.
- CARPI, Frederico, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, RDP 40/1 (1985), 680-724.
- _____, *Provvedimenti interinali di condanna, escutorietà e tutela delle parti*, RTDPC 31/3 (1977), 615-650.
- _____, *vide* *Commentario breve al Codice di procedura civile*.
- CARRATTA, Antonio, *Breve osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti, Giusto processo* (dir. LANFRANCHI), 119-142.
- _____, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, Giappichelli, 1997.
- CARREIRA ALVIM, *vide* ALVIM, J. E. Carreira.
- Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- CASELLA, Mario, *Il nuovo processo cautelare (esperienze e problemi)*, RDP 50/4 (1995), 1005-1036 = *Prime esperienze* (dir. FAZZALARI) 1996, 15 ss.
- CASTIILLON, Laure du, *Les pouvoirs, au provisoire du juge des référés : déraison de la mesure ou mesure de la raison?*, *Les mesures provisoires* (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 31-44.
- _____, *Variations autour du principe dispositif e du contradictoire dans l'instance en référé*, *Les mesures provisoires* (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 93-113.
- CASTRO, Artur Anselmo de, *Direito processual civil declaratório*, vol. I, 1981, vol. II,

- 1982, Coimbra, Almedina.
- CASTRO, Francisco Augusto de Neves e, *Manual do processo civil especial em primeira instância*, 1ª ed., Coimbra, Almeida Cabral, 1883, e 2ª ed. ampl., Coimbra, Imprensa Académica, 1901.
- CAVALLINI, Joël, *Le juge national du provisoire face ao droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- CECCHHELLA, Claudio, *Il processo cautelare. Comentario*, Torino, Giappichelli, 1997.
- CERINO-CANOVA, Augusto, *In tema di riforma del codice di procedura civile*, Studi, 840-847 = RDP 37/3, 316-325.
- _____, *Studi di diritto processuale civile. A cura della Rivista di Diritto Civile*, pref. ALLORIO, Padova, CEDAM, 1992.
- _____, *Verso la riforma del processo civile*, Studi, 832-839 = RDP 37/2 (1982), 34 ss.
- CHIARLONI, Sergio, *Contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, GI 145/I (1993), 785-788.
- _____, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1980.
- _____, *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI), Art. 33 [Art. 282 c.p.c.], 153-159.
- _____, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, RTDPC 41/2 (1987), 569-584.
- _____, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, FI 113/V (1990), 499-505.
- _____, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, GI 156/IV (2004), 680-684.
- _____, *vide Civil Justice in Crisis*.
- _____, *vide Le riforme del processo civile*.
- _____, *vide Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89*.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, RDP 10/I (1933), 1-31.
- _____, *Istituzioni di diritto procesuale civile*, Napoli, Jovene, vol. I, 1933 (reimp. 1960).
- _____, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, Zanichelli, 1903.
- _____, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1912.
- CIGNITTI, Giuseppe, *Profili strutturali delle ordinanze di rilascio*, RTDPC 43/1 (1989), 149-190 e 439-453.
- CIPRIANI, Franco, *vide Interventi urgenti sul processo civile*.
- _____, *vide La riforma del processo civile*.
- _____, *vide Provvedimenti urgenti per il processo civile*.
- Civil Justice in Crisis* (dir. ZUKERMANN; col. CHIARLONI/P. GOTTWALD), Oxford, Oxford University Press, 1999.
- CLOSSET-MARCHAL, Gilberte, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant*

- les mesures provisoires, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 363-367.
- _____, *L'urgence*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 19-29.
- _____, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 156-162.
- _____, *Les voies de recours*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 317-329.
- Codice di procedura civile commentato*, (dir. VACCARELLA/VERDE), Torino, UTET, 1997 (reimp. 2002).
- Código de Processo Civil [versão da 1ª revisão ministerial]*, BMJ 122 (1963), 151-173.
- COLAÇO ANTUNES, vide ANTUNES, Luis Filipe Colaço.
- COLESANTI, Vittorio, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, RDP 30/4 (1975), 577-619.
- _____, vide *Commentario breve al Codice di procedura civile*.
- _____, vide LIEBMAN, Enrico Tullio.
- Comentarios a la Constitución*, (dir. GARRIDO FALLA), 3ª ed., ampl., Madrid, Civitas, 2001.
- Comentarios a la Constitución Española*, (dir. VILLAAMIL), t. III – *Artículos 24 a 38*, Madrid, EDESA, 1996.
- Commentario alla riforma del processo civile*, (CONSOLO/LUISO/SASSANI, Bruno), Milano, Giuffrè, 1996.
- Commentario breve al Codice di procedura civile*, (dir. CARPI/TARUFFO; fund. CARPI / COLESANTI/TARUFFO), 4ª ed., Padova, CEDAM, 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM, 1970.
- _____, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, RTDPC 48/3 (1994), 1063-1111.
- _____, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, RDP 45/4 (1990), 963-981.
- _____, *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, RTDPC 52/3 (1998), 887-938.
- _____, vide COMOGLIO, Luigi Paolo/FERRI, Corrado/TARUFFO, Michele.
- COMOGLIO, Luigi Paolo/FERRI, Corrado/TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- COMPENSIS, Ulrike, *Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung*, Berlin, Schmidt, 1991.
- CONIGLIO, Antonino, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, Giuffrè, 1942.
- _____, *La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile*, RDP 4/I (1927), 3-23.

- CONSOLO, Claudio, *Ancora sulle applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme in materia cautelare (1994-1995)*, Il nuovo processo cit., 125-139 = *Il processo cautelare: profili generali*, RTDPC (1996), 345 ss.
- _____, *Art. 700 C.p.c., art. 4 l.ac. e Corte Costituzionale (sent. 300/1996)*, Il nuovo processo, 426-427.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 282, 255-267.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 337, 365-369.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 669-bis, 574-581.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 669-septies, 631-648.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 669-quaterdecies, 724-740.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 703, 747-757.
- _____, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, Il nuovo processo cautelare, 289-298 = *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, DPAdm (1991), c. 261 ss.
- _____, *Hipoteca e sequestro fiscale e nuovo processo cautelare*, Il nuovo processo cautelare, 399-410 = *Hipoteca e sequestro fiscale e processo cautelare "civilizzato"*, GI 149/I (1997), c. 1587
- _____, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, Giappichelli, 1998.
- _____, *L'art. 4 l.a.c. e l'esercizio del potere cautelare da parte del giudice ordinario*, Il nuovo processo, 420 = *Affievolimento dei diritti od affievolimento della tenzone interpretativa?*, RD Trib 97/2, 442 ss.
- _____, *La nuova ordinanza di cui all'art. 186 quater c.p.c.*, Il nuovo processo cautelare, 469-490 = *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater fra condanna interinale e sentenza abbreviata*, CorrG (1995), 1405 ss.
- _____, *La sfera applicativa del nuovo istituto anticipatorio previsto dall'art. 186 quater c.p.c.*, Il nuovo processo, 491-497 = *Ordinanza di condanna post-istruttoria, "non liquet" e necessità di accertamento della responsabilità civile*, RespCvPrev 96/1, 740 ss.
- _____, *Le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo corpo legislativo (1993-1994)*, Il nuovo processo, 95-124 = *Il nuovo procedimento cautelare*, RTDPC 48/1(1994), 309 ss.
- _____, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, Il nuovo processo, 1-26.
- _____, *Rapporto tra art. 146. legge fall. e nuova disciplina del processo cautelare uniforme*, Il nuovo processo, 141-152 = *Del procedimento di sequestro fallimentare (fra g.d. e g.p.c.) e delle modalità del suo reclamo cautelare, che non potrà comunque avere un esito solo rescidente*, GI 147/I (1995), c. 731 ss.
- _____, *Riproposizione (dell'istanza cautelare respinta) e preclusione*, Il nuovo processo, 47-59 = *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta (il rigore*

- no vale solo per le decisioni di cosiddetto “merito cautelare”), GI 147/I (1995), c. 265 ss.
- _____, *Spiegazioni diritto processuale civile*, t. I — Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive, 5ª ed., Padova, CEDAM, 2006.
- _____, *Tutela cautelare e azioni a tutela del possesso*, Il nuovo processo, 207-220 = *Alla ricerca di una soluzione sul merito possessorio (mentre la Sez. II della Cassazione lo acantona già con riguardo al vecchio testo dell’art. 703 c.p.c.)*, GI 147/I (1995), c. 1973.
- _____, *Tutela d’urgenza e clausole abusive*, Il nuovo processo, 459-468 = *Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppur non irreparabili*, CorrG 97/2, 211 ss
- _____, *Tutela d’urgenza e sospensione della riscossione tributaria davanti all’A.G.O.*, Il nuovo processo, 414-415 = *Tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. davanti al giudice ordinario nella materia tributaria di sua spettanza : una risposta salda e positiva, nota a Trib. Venezia 14 novembre 1996*, RGT (1997), 281 ss.
- _____, vide *Commentario alla riforma del processo civile*.
- Constituição Portuguesa anotada* (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS), t. 1º - *Introdução Geral. Preâmbulo, Artigos 1º a 79º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- CONTE, Phillipe, vide LARGUIER, Jean/CONTE, Phillipe.
- CONTE, Riccardo, *La nozione di irreparabilità nella tutela d’urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, RDP 53/1 (1998), 216-252
- _____, *La provvisoria esecuzione dell’ordinanza ex art. 186 ter c.pc.*, RDP 56/4 (2001), 1108-1139.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no direito civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984.
- _____, *Direito das Obrigações*, 1 e 2º vols., 1ª ed., Lisboa, AAFDL, 1980 (reimp. 1994).
- _____, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1979 (reimp., 1996).
- _____, *Direitos Reais. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1998.
- _____, *Manual de Direito Bancário*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.
- _____, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I — *Parte Geral*, t. I – *Factos. Negócios jurídicos*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.
- CORNU, Gérard/FOYER, Jean, *Procédure civile*, 3ª ed. ref., PUF, Paris, 1998.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Direito do contencioso administrativo*, vol. I, Lisboa, Lex, 2005.
- COSTANTINO, *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI), Art. 669-quaterdecies c.p.c., 400-421.
- COUCHEZ, Gérard, *Procédure civile*, col. LANGEADE/LEBEAU, Paris, Dalloz, 1998.
- _____, *Procédure civile*, 14ª ed., Paris, Dalloz/Sirey, 2006.
- _____, *Voies d’exécution*, 8ª ed., Paris, Dalloz/ Colin, 2005.
- COURTNEY, Thomas B., *Mareva injunctions and related interlocutory orders*, Dublin,

- Butterworths, 1998.
- COUTURE, Eduardo J., *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, RDP 9/ Parte I (1954), 81-101.
- CRIFÒ, Carla, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, RTDPC 54/2 (2000), 511-528.
- CROZE, Hervé, *vide* CROZE, Hervé/MOREL, Christian/FRADIN, Olivier
_____, *vide* CROZE, Hervé/LAPORTE, Christian
- CROZE, Hervé/LAPORTE, Christian, *Guide pratique de procédure civile*, LITEC, Paris, 2001.
- CROZE, Hervé/MOREL, Christian/FRADIN, Olivier, *Procédure civile. Manuel pédagogique et pratique*, 3^a ed., LITEC/LexisNexis, Paris, 2005.
- CUADRADO, Maria Pia Calderon, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pref. ORTELLS RAMOS, Madrid, Civitas, 1992.
- CULTRERA, Stefano, *Natura e regime delle ordinanze presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole [15.01.2004]*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6870>
- CUNHA, Ana Gouveia e Freitas Martins, *A tutela cautelar no contencioso administrativo (Em especial, nos procedimentos de formação de contratos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- CUNHA, Paulo, *Lições de Processo Civil e Comercial*, Lisboa, Tipografia da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1936.
- _____, *Processo Comum de Declaração*, Braga, Augusto Costa, 1940.
- D'AMBRA Dominique, *L'aide à l'accès a la justice: l'aide juridictionnelle*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 43-54.
- _____, *vide* Procédure(s) et effectivité des droits.
- DALMOTTO, Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo, *Misure acceleratorie* (dir. CHIARLONI), 68-225.
- DAMM, Reinhard, *AlternativKomm*, Vor § 916, 2146-2161.
- _____, *AlternativKomm*, § 916, 2161-2162.
- _____, *AlternativKomm*, § 917, 2162-2165.
- _____, *AlternativKomm*, § 918, 2165.
- _____, *AlternativKomm*, § 920, 2169-2171.
- _____, *AlternativKomm*, § 921, 2171-2173.
- _____, *AlternativKomm*, § 926, 2179-2181.
- _____, *AlternativKomm*, § 927, 2182-2183.
- _____, *AlternativKomm*, §§ 935, 940, 2189-2201.
- Das Bonner Grundgesetz. Kommentar* (dir. STARCK; fund. MANGOLDT; cont. KLEIN), Bd. I — *Präambel, Artikel 1 bis 19*, 4^a ed., München, Vahlen, 1999
- DE ANGELIS, Luigi, *CommBv*, Art. 423, 1312-1315.
- DE LOS RIOS VERGARA, *vide* VERGARA, Caridad Mantilla de los Ríos.
- DE PAULI, Arrigo, *vide* CAMPEIS, Giuseppe/DE PAULI, Arrigo

- DEL RINCÓN, Jorge Carreras, *Comentários a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del justiciable*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- DEBBASCH, Charles, *Constitution. V Republique. Textes – jurisprudence - pratique*, 4^a ed., Paris, Dalloz, 2004.
- DELICOSTOPOULOS, Ioannis S., *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Paris, LGDJ, 2003.
- DENNINGER, Erhard, *[Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung]*, Isensee/Kirschhof V, 291-319.
- DEMEZ, Gilbert/PANIER, Christian, *L'autonomie du référé, Les mesures provisoires* (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 45-56.
- DENTI, Vittorio, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della cassazione, Sistema e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, 313-325.
- _____, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, RDP 23/1(1968), 127 ss.
- _____, *Sistema e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, 313-325.
- _____, *Valori costituzionali e cultura processuale, Sistema e riforme*, 59-82.
- Der Wettbewerbsprozeß* (dir. AHRENS; fund. PASTOR), 5^a ed. Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymans, 2005.
- DI CHIARA, Giuseppe, *Astensione, ricsuzione e responsabilità del giudice* (*Osservazioni a C. Cost. 20 maggio 1996, n. 155*), FI 119/I (1996), 1898-1900.
- DI IORIO, Stefano, vide *La Costituzione Esplicata*.
- DIANA, Agostino, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milano, Vallardi, 1910.
- DIDONE, Antonio, *Appunti sul nuovo processo societario di cognizione (com l'ausilio del "commento anticipato" del Mortara e del Ricci)*, GI 155/ IV (2003), 1977-1982.
- _____, *Appunti sulla ragionevole durata del processo civile*, GI 152/ IV (2000), 871-874.
- _____, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- DIETZ, Rolf vide *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio, vide GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo
- Digesto delle discipline privatistiche (Sezione Civile) XIV*, 4^a ed., Torino, UTET, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma do processo civil*, 5^a ed. rev., ampl. e act., S. Paulo, Malheiros, 2001
- DINI, Enrico A., vide DINI, Enrico A./MAMMONE, Giovanni.
- DINI, Enrico A./MAMMONE, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, 1997.
- DINI, Mario, *La denuncia di nuova opera (Art. 1171 Cod. Civ. e 688 a 691 Cod. Proc. Civ.)*, 5^a ed., Milano, Giuffrè, 1985.

- Disegno di legge recante: "Delega al Governo per la riforma del codice di procedura civile"* (approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 24 ottobre 2003), www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/testo_int.asp?d=20720.
- DITTRICH, Lotario, *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, RDP 43/3 (1988), 672-705.
- _____, *Il provvedimento d'urgenza*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 201-237.
- DONNIER, Marc/DONNIER, Jean-Baptiste, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7ª ed., LITEC/Éditions du Juris- Classeur, Paris, 2003.
- DORIA, Rogéria Dotti, *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, 2ª ed. rev. e act., S. Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- DOSE, Hans-Joachim, *Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, Zulässigkeit/Verfahren/Vollstreckung/Kosten*, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt, 2005.
- DOTTI DORIA, vide DORIA, Rogéria Dotti.
- DOUCHY, Mélina, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- DREIER, Horst, vide *Grundgesetz. Kommentar*, (dir. DREIER).
- Droit et pratique de la procédure civile 2006/2007* (dir. GUINCHARD), 5ª ed., Paris, Dalloz, 2006.
- Droit et pratique des voies d'exécution 2007/2008* (dir. GUINCHARD/MOUSSA), 5ª ed., Paris, Dalloz, 2007.
- DUARTE, Maria Luísa, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Natureza e meios de tutela*, Est. Magalhães Colaço, vol. I, 725-755
- _____, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – Uma defesa do "triângulo judicial europeu"*, Est. Marques Guedes, 735-760.
- _____, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra Editora, 200X??
- _____, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de Protecção*, Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 27-49 = Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 11-35.
- DUNKL, Hans, *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Teil A. Der einstweilige Rechtsschutz bei allgemeinen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1-203.
- EBBING, Frank, *Erman*, § 1004, 3428-3444.
- EBERT, Johannes, *Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen*, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2002.
- Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Krongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983* (dir. HABSCHEID), Bielefeld, Gieseking, 1983.

- Einstweiliger Rechtsschutz* (dir. ENDERS/BÖRSTINGHAUS; ENNEMANN/SCHULZE), Hagen/Dortmund, ZAP, 2003
- Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht. Handbuch* (dir. BERGER), Berlin, Erich Schmidt, 2006
- El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Universad de Navarra, 1974.
- ELZBACHER, Paul, *Die Unterlassungsklage*, Berlin, Vahlen, 1906.
- ENDERS, Peter, [*Die einstweilige Verfügung*], Enders/Börstinghaus, 8-124.
- _____, [*Grundlagen*], Enders/Börstinghaus, 1-7.
- _____, vide *Einstweiliger Rechtsschutz*.
- ENGERS, Martin /HINZ, Werner, *Einführung in die ZPO-Reform*, Köln, Bundesanzeiger, 2001.
- ENNECCERUS, Ludwig, vide LEHMANN, Heinrich.
- ENNEMANN, Bernd, vide *Einstweiliger Rechtsschutz*.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, RTDP 1 (1999), 1-14.
- ERMAN, Walter, vide *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, Bd. I — *Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Heidelberg, Müller, 1984
- ESTOUP, Pierre, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^a ed., Paris, LITEC, 1998.
- Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2002.
- Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Coimbra, Almedina, 2003.
- Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II — *Direito Comercial. Direito do Trabalho. Vária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002.
- Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.
- EVERS, Hans, *Die Begründung der Vormerkung nach § 885 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes*, 1990
- FABRI, Hélène Ruiz, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY,

- Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/
FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- FABRI, Marco, vide *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*.
- FADEL, Sérgio Sahione, *Antecipação de tutela no processo civil*, 2ª ed., S. Paulo, Dialética, 2002.
- FALLA, Fernando Garrido, vide *Comentários a la Constitución*.
- FARINHA, João de Deus Pinheiro, *O processo equitativo garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Dir 122/ II (1990), 239-260.
- FAVREAU, Bertrand, *Aux sources du process équitable. Une certaine idée de la qualité de la justice*, Le procès équitable, 9-21.
- FAZZALARI, Elio,
_____, *Cosa giudicata e convalida di sfrato*, Sc. gr. Piero Calamandrei III, 261-287.
_____, *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, CEDAM, 1993.
_____, *Provvedimenti cautelari (diritto processuale civile)*, EnD XXXVII (1988), 841-843.
_____, vide *Prime esperienze del nuovo processo cautelare. Atti dell'encontro di studio, Roma il 27 maggio 1995*.
- FECHNER, Erich, *Kostenrisiko und Rechtswegssperre — Steht der Rechtsweg offen?*, JZ 24/11-12 (1969), 349-354.
- FELDMIEIER, Georg, vide *Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht*.
- FERRAND, Frédérique, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/
FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro y, *Comunicación*, El sistema de medidas cautelares, 107-130;
_____, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- FERREIRA, Alberto Leite, *Código de Processo do Trabalho anotado*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- FERREIRA, Cláudio Soares de Oliveira, *A estrutura da tutela cautelar no contencioso administrativo português. Uma leitura acerca das principais alterações*, Relatório de doutoramento para a cadeira de Direito Administrativo apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006 (n.p.).
- FERREIRA, José Dias, *Código de Processo Civil anotado*, t. I, Lisboa, Typographia Lisbonnense, 1887 e t. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888
- FERRI, Corrado, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, RDTPC 49/1 (1995), 111-154.
_____, *Note in margine alle leggi processuali. In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, RDP 48/2 (1993), 558-568.
_____, *Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo*, RTDPC

- 54/1 (2000), 75-104.
- _____, vide COMOGLIO, Luigi Paolo/FERRI, Corrado/TARUFO, Michele
Festschrift für Friedrich Lent (dir. ROSENBERG/SCHWAB), München, Beck, 1957.
Festschrift für Fritz Baur (dir. GRUNSKY/STÜRNER/WALTER/WOLFF), Tübingen,
Mohr Siebeck, 1981.
Festschrift für Hans Carl Nipperdey (dir. DIETZ/HÜBNER), Bd. 1, München/Berlin,
Beck, 1965.
Festschrift für Hans Dölle (dir. CAEMMERER/NIKISCH/ZWEIGERT), Bd. 1 —
Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht / Rechtsvergleichung, Tübingen, Mohr
Siebeck, 1963.
- FINOCCHIARO, Giuseppe, *Sul nuovo procedimento cautelare*, RDP 50/3 (1995), 855-
893.
- FINZI, Enrico, *Questioni controverse in tema de esecuzione provvisoria*, RDP 3/II
(1926), 44-51.
- FONSECA, Elena Zucconi Galli, *CommBv*, Art. 282, 886-889.
_____, *CommBv*, Arts. 633-656, 1911-1979.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Dos novos processos urgentes no contencioso
administrativo (Função e estrutura)*, Lisboa, Lex, 2004.
_____, *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no
processo administrativo*, Coimbra, Almedina, 2002.
_____, *O Processo Cautelar Comum no Novo Contencioso
Administrativo: Por Novos Caminhos de Tempo Dividido*, Scl 53/299 (2004),
237-286.
_____, *A Urgência na Reforma do Processo Administrativo*, Scl 49/283-285 (2000),
85-104 = Reforma do contencioso administrativo I, 337-354.
- FONSECA, José Vieira, *O contencioso administrativo português e as providências
cautelares atípicas. Algumas dimensões fundamentantes e problemáticas*,
Relatório de mestrado de Direito administrativo apresentado na Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996 (n.p.).
_____, *Os procedimentos cautelares atípicos no contencioso administrativo português*,
Relatório de mestrado de Direito administrativo apresentado na Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996 (n.p.).
- FONTBRESSIN, Patrick de, *La neutralité du juge*, Le procès équitable, 79-90.
- FONTE, *L'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.*, RDP 48/1 (1993), 273-297.
- FORNACIARI, Michele, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e l'ordinanza
provvisoria di rilascio tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale differenziata*,
RTDPC 58/3 (1994), 1007.
- FORTINO, Marcella, *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del
debitore*, Milano, Giuffrè, 1988.
- FOSSIER, Thierry, *[Règles communes à toutes les mesures conservatoires]*, DPVEx

- 2001/2002, 374-400.
- _____, *[Règles spécifiques à chaque sùreté judiciaire provisoire]*, DPVEx 2001/2002 (dir. GUINCHARD/MOUSSA), 457-470.
- FOYER, Jean, *vide* CORNU, Gérard/FOYER, Jean.
- FRADIN, Olivier *vide* CROZE, Hervé/MOREL, Christian/FRADIN, Olivier.
- FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *Sobre a independência dos juízes e magistrados (Um estudo constitucional comparado entre a Ley Orgânica del Poder Judicial e o Estatuto dos Magistrados Judiciais Português)*, 2003, Vislis.
- _____, *Subsídios para a independência dos juízes. O caso português*, Lisboa, Cosmos, 2000.
- FRAU, Carla, *La riforma del processo cautelare: finalità politiche e fonti reali*, GI 144/IV (1992), 474-486.
- FREITAS, José Lebre de, *A acção declarativa comum. À luz do Código revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- _____, *As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa*, CJA 33 (2002), 21-24.
- _____, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 1º - *Artigos 1º a 380º*, com J. REDINHA/R. PINTO, 1999, vol. 2º - *Artigos 381º a 675º*, com A. MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, 2001; Coimbra, Coimbra Editora.
- _____, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, Editora, 2006
- _____, *Repetição de providência e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar*, ROA 57/I (1997), 461-483.
- _____, *vide* FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui.
- _____, *vide* FREITAS, José Lebre de/ MENDES, Ribeiro.
- _____, *vide* FREITAS, José Lebre de/REDINHA, João/PINTO, Rui,
- FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 2º - *Artigos 381º a 675º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- FREITAS, José Lebre de/ MENDES, Armindo Ribeiro, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3º - *Artigos 676º a 943º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- FREITAS, José Lebre de/REDINHA, João/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 1º - *Artigos 1º a 380º*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- FRICERO, Natalie, *Procédure civile*, 4ª ed., Paris, Gualino/EJA, 2006.
- _____, *vide* JULIEN, Pierre/FRICERO, Natalie.
- FRIGNANI, Aldo, *Inibitoria (azione)*, EnD XXI, 1971, 559-580.
- FRISINA, Pasquale, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, RDP 41/2-3 (1986), 364-391.
- _____, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, RDP 41/4 (1986), 973-1002.
- _____, *Tutela cautelare atípica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di*

- mero accertamento, RDP 43/3 (1988), 885-908.
- FRITZE, Ulrich, *Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung im Bereich der gewerblichen Schutzrechte und im Wettbewerbsrecht*, GRUR 81/5 (1979), 290-294.
- FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/HongKong/London/Mailand/Paris/Singapur/Tokio, Springer, 2000
- FRUS, Giorgio, *Le riforme (dir. CHIARLONI)*, Art. 74/669 bis. Forma della domanda, 607-618.
- _____, *Le riforme (dir. CHIARLONI)*, Art. 74/669 decies. Revoga e modifica, 737-752.
- _____, *Le riforme (dir. CHIARLONI)*, Art. 77. Domanda di reintegrazione e di manutenzione nel possesso, 813-816.
- _____, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, GI 150/I (1998), 197-202.
- _____, vide *Le riforme del processo civile*.
- Fundamental guarantees of the parties in civil litigation/Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil* (dir. CAPPELLETTI/TALLON), Milano – Giuffrè/Dobbs Ferry, New York – Oceana Publications, 1973.
- GAETA, Piero/TEI, Gianni, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del “giudice del mérito”*, FI 119/I (1996), 411-419.
- GALLI FONSECA, vide FONSECA, Elena Zucconi Galli.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares*, Reforma do contencioso administrativo I, 431-448.
- _____, *Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do direito e do Estado*, CJA 16 (1999), 74-81.
- _____, *Os meios cautelares em direito processual administrativo*, DirJ 9/I (1995), 33-46
- _____, *Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo*, DirJ 10/I (1996), 195-212.
- _____, *Suspensão da eficácia de um acto administrativo ou norma regulamentar*, Reforma do contencioso administrativo I, 147-156.
- GARRIDO FALLA, vide FALLA, Fernando Garrido
- GAUL, Hans Friedhelm, vide ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard.

- Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, (dir. BALTZER/BAUMGÄRTEL/PETERS/PIEPER), München, Vahlen, 1980.
- GERALDES, Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, vol. III, 3ª ed. rev. e aum., 2003, vol. IV, 3ª ed. rev. e aum., 2006, Coimbra, Almedina.
- GEHRLEIN, Markus, *Zivilprozessrecht. Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis*, 2ª ed., München, Vahlen, 2003.
- GHIRGA, Maria Francesca, *Principi generali del processo e misure provvisorie*, RDP 52/2 (1997), 489-510.
- GIACOBBE, Giovanni, *Le nuove frontiere della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2001, ———, *Orientamenti e prassi della giurisprudenza in tema di art.700 c.p.c.*, Le nuove frontiere, 169-280
- , *Tramonto dell'art.700 c.p.c.: spunti di riflessione in margine alla riforma del processo civile*, Sc. Fazzalari, vol. II, 445-466 = Le nuove frontiere, 289-306.
- , vide AIELLO, Michele/GIACOBBE, Giovanni
- GIANCOTTI, Gianandrea, vide *Le riforme del processo civile*.
- GIARDINA, Andreia, *Provisional measures in Europe: some comparative observations*, DCI 7/4 (1993), 781-802.
- GIEßLER, Hans/SOYKA, Jürgen, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*, 4ª ed., München, Beck, 2005.
- GIL-DELGADO, Álvaro Gil-Robles y *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- GIL-ROBLES, vide GIL-DELGADO, Álvaro Gil-Robles
- GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo, *ComCE III*, Art. 24, 19-123.
- GIORGETTI, *Domanda e procedimento nelle recenti esperienze del processo cautelare*, RDP 56/3 (2001), 810-834.
- Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari* (dir. LANFRANCHI), Torino, Giappichelli, 2001.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, *L'azione preventiva*, RDP 14/3 (1959), 405-416.
- GOMMELLINI, Alberto, *Sulla sospensione dell'esecuzione delle libere assembleari*, GC I/6 (1987), 935-969.
- GOMES, Carla Amado, *À espera de Ulisses. Breve análise da Secção I do Capítulo VI do Anteprojecto de Código dos Tribunais Administrativos/II (As Medidas Cautelares)*, RMP 21/84 (2000), 49-93.
- , *O regresso de Ulisses. Um olhar sobre a reforma da justiça cautelar*, CJA 39 (2000), 3-13.
- , *Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*, Est. Galvão Telles V, 541-577.
- , *Todas as cautelas são poucas no contencioso administrativo*, CJA 18 (1999), 31-40.
- GONÇALVES, Augusto da Penha, *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed., Lisboa, Universidade

- Lusiada, 1993.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Constituição Europeia*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004,
- _____, *A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário*, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- GOTTWALD, Peter, vide *Civil Justice in Crisis*.
- _____, vide ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter.
- _____, vide SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter.
- GOTTWALD, Uwe, *Einstweiliger Rechtsschutz in Verfahren nach der ZPO. Kommentierung der §§ 916-945 ZPO mit Antragsmustern für die Rechtspraxis*, Berlin, Haufe, 1998.
- _____, *Zwangsvollstreckung. Kommentar zu den §§ 704-915h ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis*, 4ª ed., Berlin, Haufe, 2002.
- GOUVEIA MARTINS, vide CUNHA, Ana Gouveia e Freitas Martins
- GREWE, Constance, *L'accès au juge: le droit processuel d'action*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 29-42.
- _____, vide *Procédure(s) et effectivité des droits*.
- GROSSEN, Jacques Michel, *L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari*, RDP 14/3 (1959), 417-432.
- Grundgesetz. Kommentar*, (dir. DREIER), 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (JARASS/PIEROTH), 7ª ed., München, Beck, 2004.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar* (SEIFERT/HÖMIG), 7ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2003.
- GRUNSKY, Wolfgang, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, JuS 16/5 (1976), 277-287.
- _____, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2ª ed., Bielefeld, Giesecking, 1974.
- _____, [Recensão a] Leipold, Dieter, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil—, Verfassungs— und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, ZZP 85/3 (1972), 359-365.
- _____, *Stein/Jonas 9*, Vor § 916, 1-24.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 916, 24-32.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 917, 32-45.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 918, 46-49.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 920, 57-65.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 921, 65-71.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 926, 108-119.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 927, 119-130.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 928, 130-132.

- _____, *Stein/Jonas 9*, Vor § 935, 162-199.
- _____, *Stein/Jonas 9*, § 935, 199-205.
- _____, *Stein/Jonas 9*, Vor § 940, 232-240.
- _____, vide *Festschrift für Fritz Baur*.
- _____, *Zivilprozessrecht* (fund. F. BAUR), 12^a ed., Neuwied, Luchterhand, 2006.
- GUAGLIONE, Luciano, *La riforma del processo civile* (dir. CIPRIANI/MONTELEONE), Artt. 669 quinquies-octies-decies-terdecies, 461-524.
- GUARNIERI, Guerino, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 67-94.
- GUIMARÃES, M. A. Miranda, *Acção cautelar inominada*, 6^a ed. rev. e act., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- GUINCHARD, Serge, *Méga Nouveau Code de procedure civile*, 10^a ed., Paris, Dalloz, 2001.
- _____, vide *Droit et pratique des voies d'exécution 2001/2002*.
- _____, vide *Droit et pratique de la procédure civile 2002/2003*.
- _____, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- _____, vide VINCENT, Jean/GUINCHARD, Serge.
- GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique / LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 2^a ed., Paris, Dalloz, 2003.
- HABSCHEID, Walther J., *Der Anspruch auf Rechtspflege*, ZJP 67/ 3-4 (1954), 188-199.
- _____, *Les grands principes de la procedure civile. Nouveaux aspects*, Sc.Elio Fazzalari II, 3 ss.
- HAMELBECK, Bernhard, *Die einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers*, ZJP 55 (1930), 233.
- Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens. Eine systematische Darstellung des gesamten Verfahrensrechts mit einstweiligem Rechtsschutz und Zwangsvollstreckungsrecht* (dir. OSTROWICZ/KÜNZL/SCHÄFER), 3^a ed., Berlin, Schmidt, 2006.
- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (dir. ISENSEE/KIRSCHOF), Bd. V — *Allgemeine Grundrechtslehren*, 2^a ed., 2000 e Bd. VI — *Freiheitsrechte*, 2^a ed., 2001, Heidelberg, Müller.
- Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht* (DUNKL/MOELLER/BAUR/FELDMEIER), 3^a ed., München, Jehle/Rehm, 1999.
- HAY, Peter, *Law of the United States. An Overview*, 2^a ed.,

- München/Wien/Athens/Milano/Brussels, Beck/Manz/Sakkoulas/Giuffrè/Bruylant, 2005.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994 = *O Conceito de Direito*, 1ª ed., (trad. RIBEIRO MENDES), Lisboa, Gulbenkian, 1986.
- HARTMANN, Peter, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 294, 1428-1429
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 322, 1526-1539.
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Grundz § 916, 2519-2523.
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 917, 2525-2529.
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 922, 2536-2540.
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 926, 2546-2550.
- _____, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 940, 2573-2587.
- _____, vide *Zivilprozeßordnung* (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN).
- HARTMUT, P., *Realisierung des Bildungsurlaubs durch Einstweilige Verfügung?*, *ArbuR* 1-2 (1984), 32-34
- HEIDERHOFF, Bettina, *[Entscheidungen und ihre Wirkungen]*, Berger, 357-374.
- HEINTZMANN, Walther, *Zivilprozessrecht I. Erkenntnisverfahren erster Instanz, Mahnverfahren und Gerichtsverfassung*, 2ª ed., Heidelberg, Müller, 1997.
- _____, *Zivilprozessrecht II. Rechtsmittel, Besondere Verfahrensarten, Verfahren in Familiensachen, Zwangsvollstreckungsrecht*, 2ª ed., Heidelberg, Müller, 1998.
- HEINZE, Meinhard, *MükoZPO 3*, § 916, 629-638
- _____, *MükoZPO 3*, Vor § 916, 612-628.
- _____, *MükoZPO 3*, § 917, 638-642.
- _____, *MükoZPO 3*, § 920, 648-653.
- _____, *MükoZPO 3*, § 921, 654-658.
- _____, *MükoZPO 3*, § 922, 658-664.
- _____, *MükoZPO 3*, § 926, 674-681.
- _____, *MükoZPO 3*, § 935, 723-804.
- _____, *MükoZPO 3*, § 938, 813-828.
- _____, *MükoZPO 3*, § 940, 830-835.
- HELLWIG, Konrad, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, Leipzig, 1903 (reimp. Aalen, Scientia, 1980).
- _____, vide OERTMANN, Paul.
- HENCKEL, Wolfram, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Heidelberg, Winter/Universitätsverlag, 1961.
- _____, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, *AcP* 174/2-3 (1974), 97-144.
- HÉRON, Jacques/LE BARS, Thierry, *Droit judiciaire privé*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2002.
- HILF, Meinhard, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Europeia, Uma Constituição*

- para a Europa, Coimbra, Almedina, 2004, 179-188.
- HILL, Robert/WOOD, Helen/FINE, Suzanne, *A Pratical Guide to Civil Litigation*, 2^a ed., Bristol, Jordans, 2005
- HÖMIG, Dieter, *Seifert/Hömig*, Art. 97, 623-628.
- _____, *Seifert/Hömig*, Art. 101, 639-644.
- _____, *Seifert/Hömig*, Art. 103, 644-655.
- _____, vide *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar*.
- HOONAKKER, Philippe, *[Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier]*, DPPCv 2006/2007, 894-916.
- HÜBER, Michael, *Das Zivilurteil*, 2^a ed., München, Beck, 2003.
- HÜBNER, Heinz, vide *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*.
- HÜßTEGE, Rainer, vide *Zivilprozeßordnung* (THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE).
- I lavori per la riforma del codice di procedura civile*, RDP 36/3 (1981), 504-517.
- I processi speciali. Studi offerti a Vergilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979
- IAI, Ivano, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte Europea sino al 31 ottobre 1998*, RDP 59/II (1999), 549-569.
- Il processo cautelare*, (dir. TARZIA), 2^a ed., Padova, CEDAM, 2004.
- Il progetto di riforma organica del processo civile. Atti del convegno nazionale organizzato dalla camera civile*, (dir. TARZIA), Milano, Giuffrè, 1998.
- IMPAGNATIELLO, Gianpaolo, *Provvedimenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI), Art. 20 [Art. 186-bis c.p.c.]/Art. 21 [Art. 186-ter c.p.c.], 102-117.
- Interventi urgenti sul processo civile*, (dir. TARZIA/CIPRIANI), Padova, CEDAM, 1997.
- ISENSEE, Josef, vide *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.
- JACCHERI, Elena, *CPCComm*, Art. 692, 409-411.
- JANK, K. P., vide *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*.
- JANNUZZI, Angelo, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (diritto vigente)*, EnD XII, 1964, 168-189.
- _____, *Per la ricerca di un diritto sostanziale di cautela*, GCiv 1 (1951), 582-597.
- _____, *Sulla legittimazione del conduttore a proporre le domande di denuncia di nuova opera e di danno temuto*, RDP 6/2 (1951), 61-67.
- JARASS, Hans D., *Jarass/Pieroth*, Art. 19, 491-520.
- _____, *Jarass/Pieroth*, Art. 20, 521-578.
- _____, vide *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*.
- JAUERNIG, Othmar, *Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen*, ZZP 79/5-6 (1966), 321-347.
- _____, vide JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian.

- _____, *Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch*, 29^a ed., München, Beck, 2007.
- JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, München, Beck, 2007.
- JEAN, Jean-Paul, vide *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*.
- JOLOWICZ, John Anthony, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, Fundamental guarantees (dir. CAPPELLETTI/TALLON), 121-174.
- JOMMI, Alessandro, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, Giappichelli, 2005.
- JONAS, Martin, vide *Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (dir. STEIN/JONAS).
- JOVÉ, María Ángeles, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1995.
- JULIEN, Pierre/FRICERO, Natalie, *Droit judiciaire privé*, 2^a ed., LGDJ, 2003.
- KARBOWSKI-RECOULES, Juliette, vide SPTIZER, Jean-Pierre.
- KARPEN, Ulrich, *Der einstweilige Rechtsschutz im Verfassungsprozeß*, JuS 24/6 (1984), 462
- KIRSCHHOF, Paul, vide *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.
- KISCH, Wilhelm, *Beträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903 (reimp. Aalen, Scientia, 1969).
- KLAKA, Rainer, *Die Einstweilige Verfügung in der Praxis*, GRUR 81/9 (1979), 593-602.
- KLEIN, Friedrich, vide *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*
- KLETTE, Manfred, *Zur (regelmässig nicht zulässigen) einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung der Unterlassungs-Urteilsverfügungen*, GRUR 84/8 (1982), 471-475.
- KLOEPFER, Michael, *Verfahrensdauer und Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren*, JZ 34/7 (1979), 209-216.
- KNEMEYER, Franz-Ludwig, *[Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren]*, Isensee/Kirschhof VI, 1271-1304.
- KÖHLER, Helmut, *Köhler/Bornkamm*, 3. Kap. Einstweilige Verfügung, 1133-1150.
- KOHLER, Josef, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I — *Allgemeiner Teil*, Berlin, Heymanns, 1906.
- Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (dir. STEIN/JONAS), Bd. 9 — §§ 916-1068, EG ZPO, 22^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- KORINTH, Michael H., *Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren. Kommentierung der §§ 916-945 ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Arbeitsrechtspraxis. Im Anhang Streitwerttabelle, Arbeitsgerichtsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz*, Berlin, Haufe, 2000.
- KRINGS, Ernest, *La jurisprudence récente de la Cour de Cassation de Belgique en matière de référé*, Mél. Perrot, 205-220.
- KÜNZL, Reinhard, vide *Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens*.

- KÜSTER, Elisabeth, *Einstweilige Verfügungen im Beschlußverfahren*, DB 13 (1972), 631-636.
- LA CHINA, Sergio, *Diritto processuale civile: la novella del 1990. Appunti per gli studenti*, Milano, Giuffrè, 1991.
- _____, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, I processi speciali, 151-171.
- La Costituzione Esplicata* (col. DI IORIO), Napoli, Simone, 2005.
- La crise du juge* (coord. LENOBLE), Bruxelles/Paris, Bruylant/DGDJ, 1996.
- La riforma del processo civile. L. 14 maggio 2005, n. 80, L. 28 dicembre 2005, n. 263/L. 8 febbraio 2006, n. 54, L. 23 febbraio 2006, n. 51/L. 24 febbraio 2006, n. 52* (dir. CIPRIANI/MONTELEONE), Padova, CEDAM, 2007.
- LACABARATS, Alain, *[La compétence des juges des référés]*, DPPCv 2006/2007, 127-159.
- LAGARDE, Xavier, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- LAMBERT, John, vide LAMBERT, John/PAPANDREOU-DETERVILLE, Marie-France.
- LAMBERT, John/PAPANDREOU-DETERVILLE, Marie-France, *Le juge impartial en droit anglais*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 93-100.
- _____, *Le principe de l'égalité des armes dans la procédure anglaise*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 171-175.
- LAMBERT, Pierre, *Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Le procès équitable, 57-66.
- LANCELLOITI, Franco, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, RDP 16/1 (1939), 232-271.
- _____, *Sentenza civile*, NssDI XVI (1969), 1106-1161.
- LANGBROECK, Philip, vide *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*.
- LANGLADE, Jean-Pierre, vide COUCHEZ, Gérard.
- LANFRANCHI, Lucio, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, RTDP RTDPC 41/1 (1987), 86-171.
- _____, vide *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*.
- LAPERTOSA, Flavio, *L'art. 186 quater c.p.c. : una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, RDP 51/1 (1996), 54-70.
- LARENZ, Karl, vide CANARIS, Claus-Wilhelm.
- LARGUIER, Jean/CONTE, Phillipe, *Procédure civile. Droit judiciaire privé*, 19^a ed., Paris, Dalloz, 2005.
- LASAGNO, Bruno, *Le riforme* (dir. CHIARLONI) cit., Art. 33. Execuzione provvisoria, 337-352.

_____, vide *Le riforme del processo civile*.

LAUTERBACH, Wolfgang, vide *Zivilprozeßordnung* (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN).

LE BARS, Thierry, vide HÉRON, Jacques/LE BARS, Thierry.

Le process équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Le riforme del processo civile (dir. CHIARLONI; col. BESSO/FRUS/GIANCOTTI/LASAGNO/NELA/RAMPAZZI), Bologna, Zanichelli, 1992.

Le riforme più recente del processo civile (BALENA/BOVE), Bari, Cacucci, 2006.

LEANZA, Piero, vide LEANZA, Piero/PARATORE, Enrico.

LEANZA, Piero/PARATORE, Enrico, *I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000.

LEBEAU, Daniel, vide COUCHEZ, Gérard.

LEBRE DE FREITAS, vide FREITAS, José Lebre de

LECOCQ, Pascale, *L'exécution des mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 272-278.

LEHMANN, Heinrich, *Recht der Schulverhältnisse : ein Lehrbuch* (fund. ENNECERUS/WOLF/KIPP), 15ª ed., Tübingen, Mohr, 1958.

LEIPOLD, Dieter, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil—, Verfassungs— und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München, Münchener Universitätsschriften/Beck, 1971.

_____, *[Recensão a] Manfred Minnerop, Materielles Recht und einstweilige Rechtsschutz*, ZJP 88/ 4 (1975), 468-472.

_____, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, ZJP 90/ 3 (1977), 258-270.

_____, vide BLANKENBURG, Erhard/LEIPOLD, Dieter.

LENOBLE, J., vide *La crise du juge*.

Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé, (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998.

LESSER, Martin, *Die Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung*, AcP 38 (1913), 102-116.

LEVAL, Georges de, *Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 395-402.

Lexikon des Rechts. Zivilverfahrensrecht (dir. G. LÜKE/PRÜTTING), 2ª ed., Neuwied, Luchterhand, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, colab. COLESANTI, MERLIN, E.F. RICCI, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2007.

_____, *Unità del procedimento cautelare*, RDP 9/1 (1954), 248-254.

LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil anotado*, vol. I (*Artigos 1º a 761º*), 3ª ed. rev. e act., col. HENRIQUE DE MESQUITA, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

- LITTBARSKI, Sigurd, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht*, München, Beck, 1996.
- LIVI, Maria Alessandra, *Tutela del credito e provvedimenti di urgenza*, GI 141/IV (1989), 403-404.
- LOBÃO, vide SOUSA, Manuel de Almeida e.
- LOMBARDO, Luigi, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, RDP 56/2 (2001), 464-515.
- LOPES, João Batista, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 2003.
- LOPES, Maria Alexandra Fonseca de Sousa, *O Conteúdo da Providência Cautelar de Suspensão de Deliberações Sociais*, Relatório do curso de aperfeiçoamento de Direito Comercial I - deliberações sociais mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996 (n.p.).
- LORITZ, Karl-Georg, *Rechtsnachfolge und Umschreibung der Vollstreckungsklausel in den Verfahren des Einstweiligen Rechtsschutzes*, ZZP 106/1 (1993), 3-21
- LUGO, Andrea, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 11ª ed., Milano, Giuffrè, 1995 (reimp.).
- LUISO, Francesco P., *Diritto processuale civile*, vol. IV – *I processi speciali*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2000.
- _____, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2006.
- _____, vide *Commentario alla riforma del processo civile*.
- LÜKE, Gerhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 2ª ed., München, Beck, 1993.
- _____, vide *Lexikon des Rechts. Zivilverfahrensrecht*.
- _____, vide *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*.
- LÜKE, Wolfgang, vide ARENS, Peter/LÜKE, Wolfgang
- _____, *Zivilprozessrecht*, 9ª ed., München, Beck, 2006.
- LUPOI, Michele Angelo, *CommBv*, Art. 708, 2133-2153.
- MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos, *A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos*, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, 325-369.
- _____, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- _____, *As medidas cautelares*, Reforma do contencioso administrativo I, 449-465.
- _____, *Providências cautelares e tutela judicial efectiva : os incontornáveis obstáculos da suspensão judicial da eficácia [Comentário ao ac. Supremo Tribunal Administrativo. 1ª Secção, 26/07/95]*, RCEDOUA 2/1 (1999), 115-122.
- _____, *Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas*, CJA 16 (1999), 52-61.

- MACHADO, A. Montalvão, *vide* FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/ PINTO, Rui.
- MACCHIAROLI, Francesco, *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e legge Pinto*, GI 153/ IV (2001), 2007-2012.
- MÄDRICH, Joachim, *Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren*, Köln/Berlin/ Bonn/München, Carl Heymanns, 1980.
- MAGALHÃES, Barbosa de, *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, vol. I, Lisboa, 1940.
- _____, *Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil*, ROA 5/III-IV (1945), 14-35
- _____, *Pode-se levantar o arrolamento mediante caução?* Estudos sobre o novo Código, vol. I, 281-303.
- _____, *Processo civil e comercial*, 3 vols., Lisboa, 1940.
- MAGI, Francesca, *vide* MAGI, Francesca/CARLETTI, Fabrizio
- MAGI, Francesca/CARLETTI, Fabrizio, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, Il nuovo processo (dir. TARZIA), 135-163.
- MAGNIER, Véronique, *vide* GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/ FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- MAMMONE, Giovanni, *vide* DINI, Enrico A./MAMMONE, Giovanni.
- MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto processuale civile*, vol. III — *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, i processi del lavoro, locatizio e societario*, 6^a ed., Torino, Giappichelli, 2007.
- _____, *Diritto processuale civile*, vol. I — *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 18^a ed., 2006, vol. III — *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e i processi locatizio e agrario*, 14^a ed., Torino, Giappichelli, 2002.
- _____, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, RDP 40/4 (1985), 657-679.
- _____, *Le nuove ordinanze "di pagamento" e "ingiunzionale" nel processo ordinario di cognizione*, RDP 56/3 (1991), 644-656.
- _____, *Natura cosiddetta "incidentale" del provvedimento previdenziale che concede l'assegno alimentare provvisorio*, GI 114/ II (1962), 119 ss.
- _____, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, RDP 19/2 (1964), 551-581.
- MANGOLDT, Hermann von, *vide* *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*
- MANZO, Gianfranco, *CPCComm*, Arts. 633^o-643^o, 3-69.
- MARCUS-HELMONS, Silvio, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes. Un aperçu de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Le procès équitable, 67-77.
- MARELLI, Fabio, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, RDP 54/3 (1999), 761-795.

- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour Européene des Droits de l'Homme*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 2002.
- MARIANO, João Cura, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, Almedina, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela*, 8ª ed. rev. e ampl., S. Paulo, Malheiros, 2004.
- _____, *La tutela anticipatória nella riforma del processo brasiliano*, RDP 51/1 (1996), 254-259.
- _____, *Tutela anticipatória e julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda*, 5ª ed. rev. e act., S. Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINUCCI, Elena, *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c.*, RDP 57/1 (2002), 216-248.
- MARTIN, Jose Maria Fernandez, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario. Evolucion y alcance*, RIE 21/3 (1994), 845-896.
- MARTINELLI, Paolo, *Art. 28 dallo Statuto dei lavoratori, diritti, interessi e processo civile*, I processi speciali, 173-209.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Intimação para um comportamento. Providência cautelar [anotação ao ac. STA (1ª secção) de 5.11.1996]*, CJA 2 (1997), 58-61.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *O Projecto de Constituição Europeia. Contributo para o Debate sobre o Futuro da União*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004.
- MARQUES, J. P. Remédio, *Acção declarativa à luz do Código revisto (pelo Decreto-Lei nº 303/2007, de 24 de Agosto)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MAZZARELLA, Ferdinand/TESORIERE, Giovanni, *Corso di diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2007.
- MAZZOLETTI, Valeria, *Provvedimenti urgenti* (dir. TARZIA/CIPRIANI), Art. 77 [art. 703 c.p.c.], 427-433.
- _____, *I provvedimenti possessori*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 165-199.
- MEDEIROS, Rui, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras, 227-293.
- _____, *CPanot 1*, Art. 20º, 170-205.
- _____, vide *Constituição Portuguesa anotada*.
- MEDICUS, Dieter, *MukoBGB 6*, § 1004, 1143-1173.
- MELIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère, *Le juge des référés et le contrat*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- MELO, Barbosa de, *Parâmetros constitucionais da justiça administrativa*, Reforma do contencioso administrativo I, 377-400.
- MELO DE MESQUITA, vide MESQUITA, Eduardo Melo de

- MENDES, Armindo Ribeiro, *Recursos em processo civil*, Lisboa, Lex, 1994.
- _____, vide FREITAS, José Lebre de/MENDES, Armindo Ribeiro.
- _____, vide HART, H. L. A.
- MENDES, João de, *Caso julgado, poder judicial e Constituição (Um inédito de João de Castro Mendes*, RFD 26 (1985), 47-49.
- _____, *Direito processual civil*, vol. I, rev. e act., 1986 (reimp. 1990), vol. II, rev. e act., 1987, Lisboa, AAFDL,
- MENEZES CORDEIRO, vide CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes
- MERKEL, Johannes, *Über Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden Deutschen Prozessrecht*, Halle, Niemeyer, 1880. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>).
- MERLIN, Elena, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 333-393.
- _____, *La caducité et la rétractation des mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 369-384.
- _____, *Le ordinanza di pagamento delle somme con contestate (dall'art. 423 all art. 186 bis c.p.c.)*, RDP 49/4 (1994), 1009 ss = St. Mandrioli, vol. I, 141-196.
- _____, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, DigDP(Sezione Civile) XIV, 393-434.
- _____, *Variazioni sui rapporti tra misure cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, RDP 47/4 (1992), 945-970.
- _____, vide LIEBMAN, Enrico Tullio.
- MESQUITA, Eduardo Melo de, *As tutelas cautelar e antecipada*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- MESQUITA, Manuel Henrique de, vide LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes.
- MICHALIK, Paul, *Justice in Crises: England and Wales*, Civil Justice (dir. ZUKERMANN; col. CHIARLONI/P. GOTTWALD), 117 ss.
- MICHALSKI, Lutz, *Zivilprozessrecht. Strukturen – Zusammenhänge – Definitionen – Übersichten – Skizzen. Mit Fällen und Lösungen*, 2^a ed., Köln/Berlin/ Bonn/ München, Carl Heymanns, 2003.
- MICHELLI, Gian Antonio, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I — *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1959.
- _____, *L'azione preventiva*, RDP 14/2 (1959), 201-222.
- MINNEROP, Manfred, *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, Köln/Bonn/ Berlin/München, 1973.
- MIRANDA, Jorge, *CPanot* 1, Art. 13º, 115-127.
- _____, *CPanot* 1, Art. 16º, 137-142
- _____, *CPanot* 1, Art. 17º, 143-147
- _____, *CPanot* 1, Art. 18º, 148-163

- _____, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV – *Direitos Fundamentais*, 3ª ed. rev. e act., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- _____, *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve*, RFD 41/1 (2000), 17-21.
- _____, vide *Constituição Portuguesa anotada*.
- MIRANDA GUIMARÃES, vide GUIMARÃES, M. A. Miranda.
- Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89*, (dir. CHIARLONI), Torino, Giappichelli, 2002.
- MOELLER, Dieter, vide *Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Verfahrensarten. Zivilrecht bis öffentliches Recht*.
- MONDOLINI, Marie-Antoinette, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires, 2004
- MONTE REYES, vide REYES, Amelia Monte
- MONTEIRO, Cláudio, vide ALMEIDA, António Duarte/MONTEIRO, Cláudio/SILVA, José Luís Moreira da
- MONTELEONE, Girolamo, *Diritto processuale civile*, 3ª ed. rev. e act., Padova, CEDAM, 2002.
- _____, *[L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé. Osservazioni generali]*, La riforma del processo civile (dir. CIPRIANI/MONTELEONE), 454-458.
- _____, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II — *L'arbitrato. L'esecuzione forzata. I procedimenti speciali*, 4ª ed., Padova, CEDAM, 2007.
- _____, *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva "civilizzate" dalla Corte Costituzionale*, RDP 44/1 (1989), 12-26.
- _____, Vide *La riforma del processo civile*.
- MONTESANO, Luigi, *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, RDP 46/4 (1991), 935-941.
- _____, *Danno irreparabile e reclamo nell'istruzione preventiva*, RDP 55/1 (2000), 103-104.
- _____, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, Jovene, 1955.
- _____, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Bari, 1981 = *La tutela giurisdizionale dei diritti*, TDC (dir. VASSALLI) XIV/4, Torino, UTET, 1985 (reimp. 1988).
- _____, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili*, RDP 34/4(1979), 592-603.
- _____, *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, RDP 40/2(1985), 226-239.
- _____, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, RDP 54/2(1999), 309-316.
- _____, *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*, RDP 11/2(1956), 2.
- _____, *Trattato di diritto processuale civile* (fund. MONTESANO/ARIETA), vol. III — *Le*

- tutele sommarie. *Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, t. 1, Padova, CEDAM, 2005.
- _____, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, RDP 52/1 (1997), 1-12.
- _____, vide MONTESANO, Luigi/ARIETA, Giovanni
- MONTESANO, Luigi/ARIETA, Giovanni, *Diritto processuale civile*, vol. III — *L'esecuzione forzata. I procedimenti contenziosi sommari. I rito cautelare uniforme*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 1999.
- _____, *Il nuovo processo civile. Legge 353/1990*, Napoli, Jovene, 1991.
- _____, vide MONTESANO, Luigi
- _____, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II — *Riti differenziati di cognizione*, t. 1, Padova, CEDAM, 2002
- MORBACH, Bertram, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsache. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris, Lang, 1988.
- MOREIRA, Vital M., *A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)*, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 89-99.
- _____, *A "constitucionalização" dos direitos fundamentais na União Europeia*, Est. Cardoso da Costa, 697-735.
- _____, vide CANOTILHO, Joaquim José Gomes/MOREIRA, Vital M.,
- MOREL, Christian vide CROZE, Hervé/MOREL, Christian/FRADIN, Olivier.
- MORTARA, Lodovico, *Manuale della procedura civile*, vol. I, 9ª ed., rev., Torino, UTET, 1926.
- MOUSSA, Tony, vide *Droit et pratique des voies d'exécution*.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. REBMANN / SÄCKER/RIXECKER), Bd. 6 — *Sachenrecht*, 4ª ed., München, Beck, 2004.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (dir. LÜCKE/WALCHSHÖFER), Bd. 3 — §§ 803-1048, EGZPO, GVG, EGGVG, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2001.
- MUÑOZ, Riánsares López, *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, 2ª ed., Granada, Comares, 2000.
- MÜNZBERG, Wolfgang, *Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage*, JZ 22 (1967), 689-694.
- MUSIELAK, Hans-Joaquim, *Grundkurs ZPO. Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung) mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren*, 8ª ed., München, Beck, 2005.
- NAVARRA, Tommaso, *La tutela interinali: art. 186bis e ter c.p.c. Prospettive "de iure*

- condendo*”, GI 145/IV (1993), 73-89.
- NEGRI, Marcella, *L'indépendance du juge civil en Italie (independence et impartialité), Procédure(s) et effectivité* (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 73-92.
- NELA, Pier Luca, vide *Le riforme del processo civile. Neue Methoden im Zivilverfahren. Summarischer Rechtsschutz und Bagatellverfahren. Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege* (dir. WOLLSCHLÄGER), Köln, Bundenanzeiger, 1991.
- NIPPERDEY, Hans Karl, vide ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans Karl.
- NIKISCH, Arthur, vide *Festschrift für Hans Dölle*.
- _____, *Zivilprozessrecht : ein Lehrbuch*, 2^a ed., Tübingen, Mohr, 1952.
- NORA, Sampaio e, vide VARELA, João de Matos Antunes/BEZERRA, J. Miguel/
NORA, Sampaio e.
- NORMAND, Jacques, *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea*, RDP 53/3 (1998), 682-700.
- _____, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 385-392.
- _____, *L'exécution des mesures provisoires*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 307-314.
- _____, *La réparation du préjudice subi en cas d'infirmité de la décision provisoire par le juge du fond*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 417-420.
- _____, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 175-184.
- _____, *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 137-152.
- _____, *Les fonctions des référés*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 73-87.
- _____, *Les voies de recours*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 341-360.
- Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- Novas e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo* (dir. V. PEREIRA DA SILVA), Lisboa, AAFDL, 2005.
- Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996.
- Nuovo processo civile e giudice unico. La giustizia civile tra crisi e riforme*, Milano, Giuffrè, 2000.

- O' CONNELL, John F., *Remedies in a nutshell*, 2^a ed., St. Paul (Minnesota), West Publishing, 1985.
- OBERTO, Giacomo, *Il nuovo processo civile. Ristampa integrata con il commento alla legge 4 dicembre 1992 n. 477*, Milano, Giuffrè, 1993.
- OERTMANN, Paul, *System des Deutschen Zivilprozessrechts* (fund. HELLWIG), Tl. 2, Abteilung 2 — *Zwangsvollstreckung*, Leipzig, 1912 (reimp. Aalen, Scientia, 1968).
- _____, *Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen?*, DJZ 9/13 (1904), 616-623.
- OLAVO, Carlos, *Impugnação das deliberações sociais*, CJ 13/III (1988), 19-31.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, *Código de processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, Almedina, 2004 (reimp. 2006).
- OLIVEIRA ASCENSÃO, vide ASCENSÃO, José de Oliveira
- OLIVIERI, Giuseppe, *I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, RDP 43/3 (1988), 773-787.
- OSTROWICZ, Alexander, vide *Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens*.
- OVÍDIO BAPTISTA, vide SILVA, Ovídio A. Baptista da
- PALANDT, Otto, vide *Bürgerliches Gesetzbuch*.
- PANIER, Christian vide DEMEZ, Gilbert/PANIER, Christian.
- PAPANDREOU-DETERVILLE, vide LAMBERT, John/PAPANDREOU-DETERVILLE, Marie-France.
- PAPIER, Hans-Jürgen, *[Justizgewähranspruch]*, Isensee/Kirschhof VI, 1221-1232.
- _____, *[Staatshaftung]*, Isensee/Kirschhof VI, 1353-1391.
- PARATORE, Enrico, vide LEANZA, Piero/PARATORE, Enrico.
- PASSANANTE, Luca, *CommBv*, Art. 186 bis, 585-592.
- _____, *CommBv*, Art. 186 ter, 593-601.
- _____, *CommBv*, Art. 186 quater, 602-616.
- PASTOR, Raffaella, vide BARTOLINI, Francesco/PASTOR, Raffaella.
- PASTOR, Wilhelm, *Der Wettbewerbsprozeß. Verwarnung, einstweilige Verfügung, Unterlassungsklage. Systematische Darstellung für die Praxis*, 3^a ed. Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymans, 1980.
- _____, vide *Der Wettbewerbsprozeß* (dir. AHRENS; fund. PASTOR)
- PATELLI, Alessandro, *I provvedimenti nunciativi*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 95-133.
- PAULIAT, Hélène, vide *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*.
- PAULUS, Christoph G., *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und*

- Zwangsvollstreckung*, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 2004.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Aufgabe des Zivilprozesses*, ZZP 80/ 5-6 (1967), 345-391.
- PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, Almedina, 2003.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Prontuário de formulários e trâmites*, vol. II – *Procedimentos e Medidas Cautelares (com incidentes conexos)*, 2ª reimp., Lisboa, Quid Juris?, 2003.
- PÉREZ, David Vallespín, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002.
- PÉREZ, Jesus González, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. JORGE MIRANDA), Coimbra, Coimbra Editora, vol. III, 1998.
- PETERS, Egbert, vide BRUNS, Rudolf/PETERS, Egbert.
- _____, vide *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*.
- PICOZZA, Elisa, *Sull'ammisibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.*, RDP 52/4 (1997), 1243-1256.
- PIEHLER, Klaus, *Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht. Eine rechtsvergleichende Studie zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbsrecht, Arbeitskampfrecht und Patentrecht in der Bundesrepublik und den USA*, Frankfurt a. M., Metzner, 1980.
- PIEPER, Helmut, vide *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*.
- PIEROTH, Bodo, *Jarass/Pieroth*, Art. 97, 1087-1091.
- _____, *Jarass/Pieroth*, Art. 101, 1108-1116.
- _____, *Jarass/Pieroth*, Art. 103, 1117-1152.
- _____, vide *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*.
- PINHEIRO, Paulo de Sousa, *O procedimento cautelar comum no direito processual do trabalho*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- PINTO, Ricardo Leite, *Intimação para um comportamento. Contributo para o estudo dos procedimentos cautelares no contencioso administrativo*, Lisboa, Cosmos, 1995.
- PINTO, Rui, *A acção executiva depois da Reforma*, Lisboa, Lex, 2004.
- _____, *Direitos Reais de Moçambique. Teoria geral dos Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- _____, *Efeitos e regime da preterição de litisconsórcio necessário. Contributo para o estudo do efeito útil normal e dos limites subjectivos do caso julgado*, inédito, 1993.
- _____, vide FREITAS, José Lebre de
- PIRES, Maria José Morais, *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, DDC 79-

- 80 (1999), 333-350.
- PIRES DE LIMA, vide LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes.
- PISANI, Andrea Proto, *Ancora sull'emergenza della giustizia civile*, FI 110/V (1987), 181-190.
- _____, *[Anotação ao ac. CCost 190 (28/6/1985)]*, FI 108/I (1985), 1881.
- _____, *Appunti sul valore della cognizione piena*, FI 125/V (2002), 65-74.
- _____, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982.
- _____, *Appunti sulla tutela sommaria (note de iure condito e de iure condendo)*, I processi speciali, 309-360 = *La tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, Appunti sulla giustizia civile, 311-351.
- _____, *Attualità e prospettive per il processo civile*, FI 125/V (2002), 1-8.
- _____, *Dieci anni di riforme per la giustizia civile*, GI 152/IV (2000), 1768-1770.
- _____, *Due note in tema di tutela cautelare*, FI 106/V (1983), 145-160.
- _____, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.p.c.*, Appunti sulla giustizia civile, 353-417.
- _____, *I provvedimenti d'urgenza*, Le tutele, 487-552.
- _____, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, Le tutele, 1-33 = Dgiur (1978), 1.
- _____, *Il procedimento d'ingiunzione*, RTDPC 41/1 (1987), 291-316.
- _____, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, FI 125/V (2002), 17-23.
- _____, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generali*, FI 114/V (1991), 57-108.
- _____, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991.
- _____, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, RDP 30/3 (1975), 620-634.
- _____, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, FI 113/V (1990), 1-19.
- _____, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003.
- _____, *Lezione di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, Jovene, 2006.
- _____, *Note sulla tutela civile dei diritti*, FI 125/V (2002), 165-172.
- _____, *Provvedimenti in tema di tutela sommaria*, RTDPC 46/1 (1992), 311-322.
- _____, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, RDP 34/3 (1979), 536-591.
- _____, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. C.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, RDC 36/3-I (1990), 393-458.
- _____, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive di in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, FI 114/V (1981), 226-245.
- _____, vide CAPONI, Remo/PISANI, Andrea Proto

- Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., New York, Aspen, 2003.
- _____, *The problems of jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts)/London, Harvard University Press, 1990.
- PRIETO-CASTRO, vide FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro y *Prime esperienze del nuovo processo cautelare. Atti dell'encontro di studio, Roma il 27 maggio 1995*, (dir. FAZZALARI), Milano, Giuffrè, 1996, 15.
- Procédure(s) et effectivité des droits*, (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), Bruxelles, Bruylant, 2003.
- PROTO PISANI, vide PISANI, Andrea Proto, *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374*, (dir. TARZIA/CIPRIANI), ristampa col commento di Achille Saletti alla legge 4 dicembre 1992, n. 477, Padova, CEDAM, 1993.
- PRÜTTING, Hanns, vide *Lexikon des Rechts. Zivilverfahrensrecht*.
- PUECH, Marc, *Une décision motivée*, *Procédure(s) et effectivité* (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 235-240.
- PUNZI, Carmine, vide SATTA, Salvatore.
- PUTZO, Hans vide *Zivilprozeßordnung* (dir. THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE).
- QUADROS, Fausto de, *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, Almedina, 1999.
- _____, *Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo. Em especial as providências cautelares*, *Reforma do contencioso administrativo I*, 211-229.
- _____, *O conteúdo e os valores da Constituição Europeia, Uma Constituição para a Europa*, 189-198.
- QUERZOLA, Lea, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, RTDPC 55/2 (2001), 501-524.
- _____, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, RTDPC 54/3 (2000), 805-844.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, Fabienne, *La defense du droit à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- RAMOS, Dorgi D. Jiménez, vide TABARES, Humberto E. T. Bello/RAMOS, Dorgi D. Jiménez
- RAMOS, Rui Manuel Moura, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais*, Est. Rogério Soares, 963-989.
- RAMPAZZI, Gabriella, *Le riforme* (dir. CHIARLONI), *Le riforme* (dir. CHIARLONI), Art. 21. Istanza di ingiunzione, 245-275.

- _____, vide *Le riforme del processo civile*.
- RAPISARDA, Cristina, *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, RDP 35/1 (1980), 92-149.
- _____, *Profili della tutela inibitoria atipica nell'esperienza germanica*, RDP 38/1 (1983), 93-129.
- _____, *Profili della tutela civile inibitória*, Padova, CEDAM, 1987.
- _____, *Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale*, RDP 41/1 (1986), 138-149.
- RATO, António Esteves Fermiano, *Contencioso administrativo. Novo regime explicado e anotado*, Coimbra, Almedina, 2004.
- REBMANN, Kurt, vide *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.
- REDINHA, João, vide FREITAS, José Lebre de/ REDINHA, João/PINTO, Rui. *Reforma do contencioso administrativo. O debate universitário*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, *Acesso ao direito e aos tribunais*, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, 41-96.
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I – Art. 1º a art. 800º, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 2004.
- _____, *Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil*, Est. Cardoso da Costa, 835-859.
- REICHOLD, Klaus, *Thomas/Putzo*, vor § 916, 1209-1210.
- _____, *Thomas/Putzo*, § 916, 1210.
- _____, *Thomas/Putzo*, § 917, 1211.
- _____, *Thomas/Putzo*, § 922, 1214-1215.
- _____, *Thomas/Putzo*, § 935, 1227-1229.
- _____, *Thomas/Putzo*, § 940, 1233-1235.
- _____, vide *Zivilprozeßordnung* (THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE).
- REIS, José Alberto dos, *A figura do processo cautelar*, sep. BMJ 3 (1947), 5-69.
- _____, *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I [– Artigos 1º a 408º], 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1948 (reimp. 1982), vol. II – Artigos 408º a 486º, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, s.d. (reimp. 1981).
- _____, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 1º, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960.
- _____, *Processo ordinário. Civil e comercial*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907.
- _____, *Processo ordinário e sumário*, vol. I, 2ª ed. ref., Coimbra, Coimbra Editora, 1928.

- REYES, Amalia Montes, *La anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva*, El sistema de medidas cautelares, 203-231.
- RICCI, Edoardo F., I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori, *Il progetto di riforma organica* (dir. TARZIA), 61-80
- _____, *Interventi* (dir. TARZIA/CIPRIANI), Art. 7. Ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione, 78-138.
- _____, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione*, RDP 45/4 (1990), 1021-1036.
- _____, vide LIEBMAN, Enrico Tullio.
- RICCI, Gian Franco, *[Comentário ao art. 474º]*, Commentario breve (dir. CARPI/TARUFFO), 1410-1412.
- _____, *ComBv*, Arts. 657º-669º, 1979-2019.
- RIMMELSPACHER, Bruno, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß*, Gottingen, Otto Schwarz, 1970.
- RITTER, Christian, *Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach §§ 918, 933 S. 1, 1. Alt ZPO*, ZZP 88/4 (1975), 126.
- RITTER, Uwe, *Vorläufige Anordnungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.*, Bielefeld, Giesecking, 1991.
- RIXECKER, Roland, vide *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.
- RODRIGUES, Manuel, *Lições de Processo Conservatório em Geral* (comp. Adriano Borges Pires), Lisboa, 1930.
- ROGEIRO, Nuno, *Constituição dos EUA. Anotada e seguida de Estudo sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos*, Lisboa, USIS/Gradiva, 1993.
- ROMANO, Alberto A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, Jovene, 2004.
- ROQUE, Miguel Prata, *A urgência tem limites (!). Breve apontamento sobre os poderes do juiz cautelar [anotação ao ac. do TCA – Sul, de 28/10/2004, P. 273/04]*, CJA 50 (144, CJA 50 (2004), 44-54.
- _____, *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, Coimbra, Almedina, 2005 = Novas e velhas andanças do contencioso administrativo, 527-621.
- ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 9ª ed., München/Berlin, Beck, 1961.
- _____, vide *Festschrift für Friedrich Lent*.
- _____, vide ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard.
- _____, vide ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter.
- ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11ª ed., München, Beck, 1997.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 16ª

- ed., München, Beck, 2004.
- RUDY, Hans, *Le principe de l'égalité des armes dans la procédure civile allemande*, Procédure(s) et effectivité (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 177-182.
- RÜFNER, Wolfgang, *[Grundrechtsträger]*, Isensee/Kirschhof V, 485 ss.
- SACHS, Michael, vide *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*.
- SÄCKER, Franz Jürgen., vide *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.
- SAENGER, Ingo, *Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. Möglichkeiten der kurzfristigen Verwirklichung von Ansprüchen auf Vornahme vertretbarer Handlungen – zugleich ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von Prozeßrecht und materiellem Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- SALETTI, Achille, *Le système des mesures provisoires en droit italien*, Les mesures provisoires (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 59-70.
- _____, vide *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374*.
- SALJE, Peter, *Quasinegatorischer Rechtsschutz im Betriebsverfassungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Durchsetzung subjektiver Rechte*, DB 17 (1988), 909-913.
- SALVANESCHI, Laura, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, RDP 53/3 (1998), 800-817.
- _____, *La domanda e il procedimento*, Il processo cautelare (dir. TARZIA), 283-331.
- _____, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, RDP 49/4 (1994), 1063-1085 = St. Mandrioli, vol. I, 591-616.
- SAMORI, Gianpiero, *CommBv*, Art. 688, 2099-2102.
- _____, *CommBv*, Art. 692, 2103-2104.
- _____, *La tutela cautelare dichiarativa*, RTDPC 48/4 (1995), 949-971.
- SANTANGELI, Fabio, vide CANTILLO, Michele/SANTANGELI, Fabio.
- SASSANI, Bruno, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 186 bis, 172-179.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 186 quater, 191-204.
- _____, *Consolo/Luiso/Sassani*, Art. 669 decies, 670-675.
- _____, *La tutela giurisdizionale del possesso dopo la modifica dell'art. 703 c.p.c. (un grand arrêt delle Sezioni Unite)*, RDP 53/2 (1998), 530-537.
- _____, vide *Commentario alla riforma del processo civile*.
- SATTA, Salvatore, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. IV/1 — *Procedimenti speciali*, Milano, Giuffrè, reimp., 1968.
- _____, vide SATTA, Salvatore/PUNZI, Carmine
- SATTA, Salvatore/PUNZI, Carmine, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, CEDAM, 2000.
- _____, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima*

- edizione, Padova, CEDAM, 2007.
- _____, *L'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, 1937.
- _____, *Limiti di applicazioni del provvedimento d'urgenza*, FI 76/ I (1953), 132-133.
- SCARPA, Antonio, *I provvedimenti d'urgenza. Art. 700 cod. proc. civ. (Magis imperii quam iurisdictionis)*, Milano, Giuffrè, 2004.
- SCARSELLI, Giuliano, *Brevi nota in tema di art. 648, comma 1º, c.p.c. e di rapporti cronologici fra processo a cognizione piena ed esecuzione forzata*, RTDPC 54/4 (1990), 1363-1382.
- SCHÄFER, Horst, *Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitsrecht. Eine Darstellung der wichtigsten Anwendungsgebiete im arbeitsgerichtlichen Urteils- und Beschlußverfahren sowie im Arbeitskampf*, Berlin, Erich Schmidt, 1996.
- _____, *Ostrowicz/Künzl/Schäfer*, Kap. 9 Einstweiliger Rechtsschutz.
- SCHAREN, Uwe, *Pastor/Ahrens*, Kap. 50. Glaubhaftmachung, 983-1110.
- SCHERNER, Peter, *Das Klagensystem im Zivilprozess*, Marburg, Görich & Weiershäuser, 1970.
- SCHILKEN, Eberhard, *Die Befriedigungsverfügung. Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.
- _____, *Zivilprozessrecht*, 4ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 2002.
- _____, *vide* ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard.
- SCHLETTE, Volker, *Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist. Verfassungsrechtliche Grundlagen und praktische Durchsetzung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.
- SCHLOSSER, Peter, *Gestaltungsklagen und Gestattungsurteile*, Bielefeld, Giesecking, 1966.
- _____, *Zivilprozessrecht I — Erkenntnisverfahren*, 2ª ed., 1992 e *II — Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 1984, München, Vahlen.
- SCHLÜTER, Wilfried, *Die Erfüllung der Forderung als Erledigungsgrund im Arrestprozess*, ZZP 80/ 5-6 (1967), 447-465..
- SCHMITZ, Günther/ENERMANN, Andreas/FRISCH, Alfred, *Die Station in Zivilsachen — Grundkurs für Rechtsreferendare*, 6ª ed., München, Beck, 2002.
- SCHMUKLE, Detlef, *Pastor/Ahrens*, Kap. 44. Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung, 903-918.
- _____, *Pastor/Ahrens*, Kap. 45. Verfügungsgrund. Dringlichkeit, 919-960.
- _____, *Pastor/Ahrens*, Kap. 46. Der Streitgegenstand, 961-963.
- SCHOCH, Friedrich, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker/Schenck, Heidelberg, 1988.
- SCHÖNKE, Adolf, *Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff*, Detmold/Frankfurt a.M./Berlin, 1950.
- SCHRADER, Siegfried/STEINERT, Karl-Friedrich/THEEDE, Kai-Uwe, *Handbuch der*

- Rechtspraxis*, Bd. 1 a — *Zivilprozess*, 8^a ed., München, Beck, 2004.
- SCHULZE, Harald, vide *Einstweiliger Rechtsschutz*.
- SCHULZE-FIELITZ, Hemuth, *Dreier*, Art. 19 IV, 1604-1673.
- SCHUMANN, Ekkehard, *Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß*, ZZP 96/ 2 (1983), 137-253.
- SCHÜNEMANN, Wolfgang, *Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 299 ff. BGB*, Tübingen, Mohr, 1985.
- SCHUSCHKE, Winfried, *Schuschke/Walker II*, Vor § 935, 254-359.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 935, 360-380.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 938, 458-479.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 940, 484-492.
- _____, vide *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der ZPO*.
- SCHWAB, Karl Heinz,
- _____, vide *Festschrift für Friedrich Lent*.
- _____, vide SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter.
- _____, vide ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter.
- SCHWAB, Karl Heinz /GOTTWALD, Peter, *Verfassung und Zivilprozeß, Effektiver Rechtsschutz* (dir. HABSCHEID), 1-89.
- SCHWARTZ, Harald, *Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- SCHWARTZ, Warren F., vide BROOKS, Richard R. W./SCHWARTZ, Warren F.
- SCHWONBERG, Alexander, *Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padova, CEDAM, 1958.
- Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993.
- SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, 1^a ed., Madrid, Dykinson, 1992 (reimp. 1995).
- SEIFERT, Karl-Heinz, vide *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar*.
- SERRANO ALBERCA, vide ALBERCA, José Manuel Serrano/ALCUBILLA, Enrique Arnaldo.
- SÉRVULO CORREIA, vide CORREIA, Sérvulo.
- SIBER, Heinrich, *Grundriß de Deutschen bürgerlichen Rechts 2. Schuldrecht*, Leipzig, Felix Meiner, 1931.
- SILVA, Germano Marques da, *CPanot 1*, Art. 32^o, 349-363.
- SILVA, José Luís Moreira da, vide ALMEIDA, António Duarte/MONTEIRO, Cláudio/SILVA, José Luís Moreira da

- SILVA, Manuel Duarte Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Do processo cautelar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- SILVA, Paula Costa e, *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- SILVA, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2005.
- _____, *Vem aí a reforma do contencioso administrativo*, Reforma do contencioso administrativo I, 75-95.
- _____, vide *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo*.
- SILVEIRA, João Tiago Valente Almeida da, *O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo*, Perspectivas constitucionais (org. JORGE MIRANDA), vol. III, pp. 401-422.
- SILVEIRA, José dos Santos, *Processos de Natureza Preventiva e Preparatória*, Coimbra, 1966.
- SINOPOLI, Laurence, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/

- FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- SOARES, Fernando Luso, *Processo civil de declaração. História – teoria - prática*, Coimbra, Almedina, 1985.
- SOLUS, Henry/ PERROT, Roger, *Droit judiciaire privé*, t. III — *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991.
- SOREL, Jean-Marc, vide GUINCHARD, Serge/BANDRAC, Monique/DOUCHY, Mélina/FERRAND, Frédérique/LAGARDE, Xavier/MAGNIER, Véronique/ FABRI, Hélène Ruiz/SINOPOLI, Laurence/SOREL, Jean-Marc.
- SOUSA, João Ramos de, *Seis causas contra Portugal. A justiça portuguesa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1984-1990)*, SJD 1 (1991), 11-20.
- SOUSA, Jorge Manuel Lopes de, *Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares*, CJA 47 (2004), 45-58.
- SOUSA, Manuel de Almeida e, *Tractado encyclopedico, compendiario, pratico, systematico dos interdictos, e remedios possessorios geraes, e especiaes, conforme o direito romano, patrio e uso das nações*, Lisboa, Imprensa Régia, 1829.
- _____, *Tractado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral, e em especial: das summarias, summarissimas, preparatorias, provisionaes, incidentes, preceitos, comminatorios, etc.*, Lisboa, Imprensa nacional, 1825-1826.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, Lex, 1999.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, Lex, 2003.
- _____, *As partes, objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.
- _____, *Acção executiva singular*, Lisboa, Lex, 1998.
- _____, *Estudos de processo civil*, policop, Lisboa, 1979.
- _____, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997.
- _____, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, Lex, 1993.
- _____, *O concurso de título de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, Almedina, 1988.
- _____, *O fim do processo declarativo*, sep. RDES 25/3-4 (1980), Coimbra, Atlântida Editora, 251-276 = *Estudos de processo civil*, policop, Lisboa, 1979, 97-135
- _____, *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, BMJ 325 (1983), 49-230.
- _____, *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, Lisboa, AAFDL, 1989.
- _____, *Sobre a legitimidade processual*, sep. BMJ (1984), 5-27.
- _____, *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980.
- _____, vide SOUSA, Miguel Teixeira de/VICENTE, Dário Moura.
- SOUSA, Miguel Teixeira de/VICENTE, Dário Moura, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994.

- SOYKA, Jürgen, *vide* GIEßLER, Hans/SOYKA, Jürgen.
- SPITZER, Jean-Pierre (col. KARBOWSKI-RECOULES), *Le procès équitable devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Les juridictions communautaires dépassent de cadre fixé par l'article 6 de la CEDH et étendent le principe du respect des droits de la défense*, *Le procès équitable*, 101-114.
- STAES, Olivier, *Droit judiciaire privé*, Paris, Ellipses, 2006.
- STARCK, Christian, *Mangoldt/Klein/Starck I*, Art. 19.
- STASIAK, *Le principe de la contradiction et le principe de l'égalité des armes*, *Procédure(s) et effectivité* (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 211-214.
- STEPHAN, Bodo, *Das Rechtsschutzbedürfnis. Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses*, Berlin, De Gruyter, 1967.
- STEIN, Friedrich, *vide* *Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (dir. STEIN/JONAS).
- STERN, Klaus (colab. SACHS), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1 — *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 1988, Bd. III/2 — *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 1994, München, Beck.
- STIEBLER, Hartwig, *Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtverletzungen*, Osnabrück, 1986.
- Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. II, Padova, CEDAM, 1982.
- Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1995.
- STÜRNER, Rolf, *Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß*, NJW 32/46 (1979), 2334-2338.
- _____, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*, FS Baur, 647-666.
- _____, *vide* BAUR, Fritz/STÜRNER, Rolf.
- _____, BAUR, Jürgen F. /STÜRNER, Rolf
- _____, *vide* *Festschrift für Fritz Baur*.
- TABARES, Humberto E. T. Bello, *vide* TABARES, Humberto E. T. Bello/RAMOS, Dorgi D. Jiménez
- TABARES, Humberto E. T. Bello/RAMOS, Dorgi D. Jiménez, *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*, Caracas, Paredes, 2004.
- TALLON, Denis, *vide* *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation/Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*.
- TARUFFO, Michele, *vide* *Commentario breve al codice di procedura civile*.
- TARZIA, Giuseppe, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, RDP 40/2 (1985), 240-254.
- _____, *La tutela cautelare*, *Il processo cautelare* (dir. TARZIA), XXI-XXXIV
- _____, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, RDP 45/3 (1990), 673-684
- _____, *Per la revisione del codice di procedura civile*, RDP 51/4 (1996), 945-1029.
- _____, *Providências cautelares atípicas (Uma análise comparativa)*, RFD 40/1-2 (1999),

- 241-260.
- _____, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, RDP 43/4 (1998), 932-942.
- _____, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, RDP 41/1(1986), 35-69.
- _____, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, GI 153/IV (2001), 2430-2432.
- _____, vide COMOGLIO, Luigi Paolo/FERRI, Corrado/TARUFO, Michele
- _____, vide *Il processo cautelare*.
- _____, vide *Il progetto di riforma organica del processo civile. Atti del convegno nazionale organizzato dalla camera civile*.
- _____, vide *Interventi urgenti sul processo civile*.
- _____, vide *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*.
- _____, vide *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374*.
- TEI, Gianni, vide GAETA, Piero/TEI, Gianni,
- TEIXEIRA, Sónia, *A protecção provisória dos direitos dos particulares pelos tribunais nacionais em aplicação do direito comunitário. Contributo para o estudo do princípio da tutela jurisdicional efectiva na jurisprudência comunitária*, Relatório de mestrado de Direito administrativo apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1998 (n.p.).
- TEIXEIRA DE SOUSA, vide SOUSA, Miguel Teixeira de
- TELLES, J. H. Corrêa, *Manual do processo civil. Supplemento no Digesto portuguez*, 3ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1849.
- TEPLITZKY, Otto, *Arrest und einstweilige Verfügung*, JuS 20 /12 (1980), 882-886, JuS 21/2 (1981), 122-125, 352-354, 435-438.
- _____, *Streitfragen beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung*, DRiZ 60/2 (1982), 41-47.
- TETTINGER, Peter, vide *Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren*, München, Beck, 1984.
- THOMAS, Heinz, vide *Zivilprozeßordnung* (dir. THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE).
- TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, CEDAM, 1983.
- _____, *La tutela cautelare d'urgenza nelle procedure concorsuali*, RDP 46/1 (1991), 133-153.
- _____, *Provvedimenti di urgenza*, EnD XXXVII, 1988, 856-883.
- Trattato di diritto civile* (dir. VASSALLI), vol. XIV, t. 4, Torino, 1985 (2ª reimp., 1997).
- TREPAT, Cristina Riba, *La eficácia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.
- TRIFONE, Francesco, *CPCComm*, Arts. 657º-669º, 149-277.

- TROCKER, Nicolò, *Il nuovo articolo della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, RTDPC 55/2 (2001), 381-410.
- _____, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974.
- ULRICH, Gustav-Adolf, *Die Beweislast in Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung*, GRUR 87/3 (1985), 201-211.
- Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004.
- VACCARELLA, Romano, vide *Codice di procedura civile commentato*.
- VALCAVI, Giovanni, *Osservazioni critiche sul disegno di legge concernente le cosiddette misure urgenti di riforma del processo di cognizione (Progetto Rognoni)*, Problemi attuali, 97-121 = GI 139/IV (1987), 496 ss.
- _____, *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile : diritto processuale*, pref. ALLORIO, Padova, CEDAM, 1994.
- VALÉRY, Antoine, *Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Le procès équitable, 91-99.
- VALITUTTI, Antonio, *I procedimenti cautelari e possessori, I — Inquadramento sistematico della tutela cautelare. Il rito cautelare uniforme*, Padova, CEDAM, 2004.
- VAN COMPERNOLLE, Jacques, *Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge*, La crise du juge (coord. LENOBLE), 9-29.
- _____, *Introduction générale, Les mesures provisoires* (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), 1-18.
- _____, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, Hom. Rigaux, 495-506.
- _____, vide *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*.
- VARELA, Casimiro A, *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Do Anteprojecto ao Projecto do Código de Processo Civil*, RLJ 122 (1989-1990), 97-101, 129-133, 161-166, 193-196, 229-232, 257-262, 295-297, 323-324, 357-362, e RLJ 123 (1990-1991), 5-8, 33-38, 74-77, 97-100.
- _____, vide LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes
- _____, vide VARELA, João de Matos Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e.
- VARELA, João de Matos Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed. rev. e act., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed.,

- Coimbra, Almedina, 2003.
- VASSALLI, Filippo, vide *Trattato di diritto civile*.
- VÁZQUEZ BARROS, vide BARROS, Sergio Vázquez.
- VENTURA, Catarina Sampaio, *Contexto e justificação da Carta*, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 39-51.
- VERDE, Filippo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 2005.
- _____, *Il sequestro nel diritto processuale civile*, 3ª ed., Padova, CEDAM, 2006.
- VERDE, Giovanni, *Appunti sul procedimento cautelare*, FI 115/V (1992), 432-444.
- _____, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse*, I processi speciali, 407-466.
- _____, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, Studi in memoria di Salvatore Satta, vol. II, 1859-1877.
- _____, vide VACCARELLA, Romano/VERDE, Giovanni
- _____, vide VERDE, Giovanni/CAPONI, Bruno
- VERDE, Giovanni/CAPPONI, Bruno, *Profili del processo civile*, vol. 3 — *Processo di esecuzione e procedimenti speciali. Ristampa con appendice di aggiornamento al febbraio 2006*, Napoli, Jovene, 1998 (reimp. 2006 com apêndice).
- VERGARA, Caridad Mantilla de los Ríos, *El proceso monitorio*, Barcelona, Bosch, 2002.
- VIANELLO, Elisabetta, *Nuove prospettive di applicabilità del rito cautelare uniforme in materia di brevetti per invenzioni industriali*, RTDPC 52/2 (1998), 679-694.
- VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado. Ensaio*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005.
- _____, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico*, Direito Internacional Privado. Ensaio, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, 317-353.
- _____, vide SOUSA, Miguel Teixeira de/VICENTE, Dário Moura.
- VIGNERA, Giuseppe, *Considerazioni sul processo d'ingiunzione (rilievi generali e profili funzionali)*, RDP 56/1 (2001), 162-199.
- _____, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito*, RDP 48/2 (1993), 504-519.
- _____, vide ANDOLINA, Italo/VIGNERA, Giuseppe
- VIGORITI, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile*. Due process of law e art. 24 Cost., 1970, Milano, Giuffrè, (reimp.1973).
- VILAÇA, José Luís da Cruz, *A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*, Est. Rogério Soares, 415-433.
- VILLAAMIL, Óscar Alzaga, vide *Comentarios a la Constitución Española*.
- VINCENT, Jean vide VINCENT, Jean/GUINCHARD, Serge.
- _____, vide VINCENT, Jean/PRÉVAULT, Jacques,
- VINCENT, Jean/GUINCHARD, Serge, *Procédure civile*, 27ª ed., Paris, Dalloz, 2003.

- VINCENT, Jean/PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 19^e ed., Paris, Dalloz, 1999.
- VOLLKOMMER, Max, *Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren in Zivilprozeß*, GS Bruns, 195-219.
- _____, *Die lange dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen*, ZZP 81/1-2 (1968), 102-135.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, Vor § 916, 2273-2277.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 917, 2279-2282.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 922, 2287-2291.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 926, 2297-2302.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 927, 2302-2305.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 935, 2320-2323.
- _____, *Zöller/Vollkommer*, § 940, 2329-2239.
- _____, *Vide Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar. Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der ZPO* (SCHUSCHKE/WALKER), Bd. II — *Arrest, Einstweilige Verfügung §§ 916-945 ZPO*, 3^a ed., Köln/Berlin/ München, Carl Heymanns, 2005.
- VUITTON, Jacques/VUITTON, Xavier, *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale*, Paris, LITEC/Éditions du Juris-Classeur, 2003.
- VULLO, Enzo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, Giappichelli, 2001.
- _____, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti provvisori assunti nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione ai sensi dell'art. 710, ult. comma, c.p.c.*, RTDPC 52/1.

- WACH, Adolf, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Tl. 1 — *Der italienische Arrestprozess*, Leipzig, Haessel, 1868 (reimp. Aalen, Scientia, 1973).
- _____, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885.
- WALCHSHÖFER, Alfred, vide *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*.
- WALKER, Wolf-Dietrich, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr, 1993.
- _____, *Schuschke/Walker II*, Vor § 916, 1-41.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 916, 42-49.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 917, 50-58.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 918, 59-62.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 920, 71-84.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 921, 85-96.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 922, 97-114.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 924, 119-131.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 926, 145-164.
- _____, *Schuschke/Walker II*, § 927, 165-182.
- _____, vide *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der ZPO*.
- _____, vide BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich.
- WALTER, Gerhard, vide *Festschrift für Fritz Baur*.
- WALTER, Wolfgang Peter, *Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast ind den Verfahren von Arrest und einstweiliger Verfügung nach §§ 916ff ZPO*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, Lang, 1992
- WEBER, Dieter, *Der Zivilprozess. Eine Einführung für Wirtschaftsjuristen in das Zivilprozessrecht und die Zwangsvollstreckung*, München, Vahlen, 2002.
- WERNER, Josef, *Das Recht des Arrestes im Civilprozesse (Unter besonderer Berücksichtigung des bayrischen Immobililarrestes). Systematisch dargestellt*, Erlangen, Deichert, 1884 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>).
- WENZEL, Leonhardt, *Grundlinie des Arrestprozesses*, MDR (1967), 889
- WASSERMANN, Rudolf, vide *Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung*.
- WESTERMANN, Harm Peter, vide *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. Wettbewerbsrecht* (dir. KÖHLER/BORNKAMM), 23^a ed., München, Beck, 2004.
- WIEDERKEHER, Georges, *Les droits de la défense et le principe de la contradiction, Procédure(s) et effectivité* (dir. D'AMBRA/BENOÎT-ROHMER/GREWE), 159-169.
- WINSCHIED, Bernhard, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856 [disponível em <http://dlib-pr.mpier.mpg.de>]
- WOLF, Manfred, vide *Festschrift für Fritz Baur*.

- WOLLSCHLÄGER, Christian, vide *Neue Methoden im Zivilverfahren. Summarischer Rechtsschutz und Bagatellverfahren. Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege*.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale civile*, vol. I – *Introduzione e parte generale*, 6^a ed., act., Milano, Giuffrè, 1964.
- ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, 4^a ed. rev e ampl., S. Paulo, Saraiva, 2005.
- ZEUNER, Albrecht, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, FS Nipperdey I, 1013-1040.
- _____, *Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage*, FS Dölle I, 295-327.
- Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen* (fund. BAUMBACH; LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN), 64^a ed., München, Beck, 2006.
- Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar* (fund. ZÖLLER; VOLLKOMMER), 25^a ed., Berlin, Erich Schmidt, 2005.
- Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften* (dir. THOMAS/PUTZO; colab. REICHOLD/HÜßTEGE), 27^a ed., München, Beck, 2005.
- ZÖLLER, Richard, vide *Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*.
- ZUCCHI, Monica, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, RTDPC 55/3 (1991), 1025-1030.
- ZUCKERMANN, Adrian A. S., *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, Civil Justice (dir. ZUCKERMANN; col. CHIARLONI/P. GOTTWALD), 3-52.
- _____, vide *Civil Justice in Crisis*.
- _____, vide *Reform of Civil Procedure*.
- ZWEIGERT, Konrad, vide *Festschrift für Hans Dölle*.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM ²⁷⁸⁰

TEDH <i>Neumeister / Áustria</i> (27/6/1968)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Delcourt / Bélgica</i> (17/1/1970)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Golder / Reino Unido</i> (21/2/1975)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais 64
TEDH <i>Buchholz / Alemanha</i> (6/5/1981)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável / celeridade processual 112, 114
TEDH <i>Albert e Le Compte / Bélgica</i> (10/2/1983)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 82
TEDH <i>Zimmerman e Steiner / Suíça</i> (13/7/1983)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade / prazo razoável 108
TEDH <i>Pretto / Itália</i> (8/12/1983)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade / prazo razoável 88
TEDH <i>Axen / Alemanha</i> (8/12/1983)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 88
TEDH <i>Sutter / Suíça</i> (22/2/1984)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 88
TEDH <i>Campbelle e Fell / Reino Unido</i> (28/6/1984)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ independência / imparcialidade / publicidade 88

²⁷⁸⁰ Quando nada se diga, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foram consultadas em texto integral *apud* <http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm>. O rol adicional de decisões condenatórias do Estado português, mas não citadas nas notas da tese, está marcado com um *R*.

TEDH <i>Guincho / Portugal</i> (10/7/1984)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 108, 109, 113, 114
TEDH <i>Bönisch / Áustria</i> (6/5/1985)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Ashingdane / Reino Unido</i> (28/5/1985)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais 64,75
TEDH <i>Baraona / Portugal</i> (8/7/1987)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 108, 109
TEDH <i>H. / Reino Unido</i> (8/7/1987)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 108, 111, 112
TEDH <i>Martins Moreira / Portugal</i> (26/10/1988)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 109
TEDH <i>Bock / Alemanha</i> (23/3/1989)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável / celeridade processual 108, 110, 111
TEDH <i>Neves e Silva / Portugal</i> (27/4/1989)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 109
TEDH <i>Oliveira Neves / Portugal</i> (25/5/1989)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 109
TEDH <i>Ruiz-Mateos / Espanha</i> (23/6/1989)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável / celeridade processual 82, 108, 112
TEDH <i>H. / França</i> (24/10/1989)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 92, 108
TEDH <i>Haranksson e Sturenssoon / Suécia</i> (21/2/1990)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 88
TEDH <i>Obermeier / Áustria</i>	

(28/6/1990)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 112
TEDH <i>Moreira de Azevedo / Portugal</i> (23/10/1990)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 16, 109
TEDH <i>Vernillo / França</i> (20/2/1991)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Philis / Grécia</i> (27/8/1991)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais 64, 75
TEDH <i>Nibbio / Itália</i> (26/2/1992)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>Ruotolo / Itália</i> (27/2/1992)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>X / França</i> (31/3/1992)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>Abdoella / Holanda</i> (25/11/1992)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 111
TEDH <i>Trevisan / Itália</i> (26/2/1993)	— direitos fundamentais / processo equitativo / ~ prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>Ruiz-Mateos / Espanha</i> (23/6/1993)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 16, 108, 112
TEDH <i>Katte Klitsche de la Grange / Itália</i> (27/10/1993)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Monnet / França</i> (27/10/1993)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Silva Pontes / Portugal</i> (23/3/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Van de Hurk / Holanda</i> (19/4/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo /

	motivação das decisões 88
TEDH <i>Vallée / França</i> (26/4/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 111, 112
TEDH <i>Karakaya / França</i> (26/8/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo prazo razoável / celeridade processual 108, 109, 111, 112
TEDH <i>Hokkanen / Finlândia</i> (23/9/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108, 111
TEDH <i>Hiro Balani / Espanha</i> (9/12/1994)	— direitos fundamentais / processo equitativo / motivação das decisões 88
TEDH <i>Allenet de Ribemon / França</i> (10/2/1995)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108, 110
TEDH <i>McMichael / Reino Unido</i> (24/2/1995)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Fischer / Áustria</i> (26/4/1995)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 88
TEDH <i>Tolstoy Miloslavsky / Reino Unido</i> (13/7/1995)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / duplo grau de jurisdição 95
TEDH <i>Acquaviva / França</i> (21/11/1995)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Vermeulen / Bélgica</i> (20/2/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Lobo Machado / Portugal</i> (20/2/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Bulut / Áustria</i> (22/2/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Johansen / Noruega</i> (7/8/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo /

	prazo razoável 111, 112
TEDH <i>Matos e Silva, Lda e o./ Portugal</i> (16/9/1996)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 110
TEDH <i>Zappia / Itália</i> (26/9/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Di Pede / Itália</i> (26/9/1996)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Hornsby / Grécia</i> (19/3/1997)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / direito à execução 64, 75, 93, 108
TEDH <i>Higgins / França</i> (18/2/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / motivação das decisões 88
TEDH <i>Reinhardt e Slimane Kaïd / França</i> (31/3/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / igualdade de armas 82
TEDH <i>Estima Jorge / Portugal</i> (21/4/1998)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 70, 108
TEDH <i>Pailot / França</i> (22/4/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 111
TEDH <i>Richard / França</i> (22/4/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 108, 111, 112
TEDH <i>Doustaly / França</i> (23/4/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 108, 112
TEDH <i>Henra / França</i> (29/4/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 111, 112
TEDH <i>Leterme / França</i> (29/4/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 111, 112
TEDH <i>Gautrin / França</i>	

(20/5/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / publicidade 88
TEDH <i>F. E. / França</i> (30/10/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>Styranowski / Polónia</i> (30/10/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável / celeridade processual 112
TEDH <i>Garcia Ruiz / Espanha</i> (21/1/1999)	— direitos fundamentais / processo equitativo / motivação das decisões 88
TEDH <i>Nunes Violante / Portugal</i> (8/6/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável R
TEDH <i>Santos / Portugal</i> (22/7/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável R
TEDH <i>Immobiliare Saffi / Itália</i> (28/7/1999)	— direitos fundamentais / direito à execução 93
TEDH <i>Varipati / Grécia</i> (26/10/1999)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 114
TEDH <i>Conceição Gavina / Portugal</i> (5/10/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável R
TEDH <i>Brumarescu / Roménia</i> (28/10/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / processo equitativo / segurança jurídica / estabilidade das decisões 96
TEDH <i>Galinho Carvalho Matos / Portugal</i> (23/11/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável 108
TEDH <i>Marques Gomes Galo / Portugal</i> (23/11/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável R
TEDH <i>Ferreira de Sousa e Costa Araújo / Portugal</i> (14/12/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável R
TEDH <i>Freitas Lopes / Portugal</i>	

(21/12/1999)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Rodrigues Carolino / Portugal</i> (11/1/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Fernandes Magro / Portugal</i> (29/2/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Conde/Portugal</i> (23/3/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Comingersoll / Portugal</i> (6/4/2000)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Fertiladour S.A./Portugal</i> (18/5/2000)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Oliveira Modesto e o . /Portugal</i> (8/6/2000)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Frydlender / França</i> (27/6/2000)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108
TEDH <i>Antonetto / Itália</i> (20/7/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / tutela efectiva / direito à execução 92, 93
TEDH <i>S.A./Portugal</i> (27/7/2000)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável <i>R</i>
TEDH 14/9/2000 (<i>Delgado / França</i>)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108, 112
TEDH <i>Lopes da Silva/Portugal</i> 28/9/2000	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Kanoun / França</i> 3/10/2000	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 108, 112
TEDH <i>Castanheira Barros/Portugal</i> (26/10/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/

	prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Gil Leal Pereira / Portugal</i> (31/10/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ processo penal / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Martins e Garcia Alves / Portugal</i> (16/11/2000)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ processo penal / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Lunari / Itália</i> (11/1/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / direito à execução 93
TEDH <i>Fernandes Cascão / Portugal</i> (1/2/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Pinto de Oliveira / Portugal</i> (8/3/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Minnema / Portugal</i> (8/3/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Adelino e Aida da Conceição Santos / Portugal</i> (14/6/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Maillard Bous / Portugal</i> (14/6/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R R</i>
TEDH <i>Bento da Mota / Portugal</i> (28/6/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Pires / Portugal</i> (25/10/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Sousa Miranda / Portugal</i> (30/10/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Martins Serra e Andrade Cândia / Portugal</i> (6/12/2001)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Guerreiro / Portugal</i> (31/1/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>

TEDH <i>Tourtier / Portugal</i> (14/2/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Malveiro / Portugal</i> (14/3/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Rego Chaves Fernandes / Portugal</i> (21/3/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável
TEDH <i>Vaz da Silva Girão / Portugal</i> (21/3/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Fernandes / Portugal</i> (18/4/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Câmara Pestana / Portugal</i> (16/5/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Marques Francisco / Portugal</i> (6/6/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Rosa Marques e o . / Portugal</i> (25/7/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Koncept – Conselho em Comunicação e Sensibilização de Públicos, Lda. / Portugal</i> (31/10/2002)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável R
TEDH <i>Ferreira da Nave / Portugal</i> (7/11/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Boca / Bélgica</i> (15/11/2002)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável / celeridade processual 111
TEDH <i>Figueiredo Simões / Portugal</i> (30/1/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável R
TEDH <i>Marques Nunes / Portugal</i> (20/2/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/

	prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Ferreira Alves / Portugal</i> (27/2/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Textile Traders, Limited / Portugal</i> (27/2/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Dias da Silva e Gomes Ribeiro Martins / Portugal</i> (27/3/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais/ prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Dactylidi / Grécia</i> (27/3/2003)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 110, 113
TEDH <i>Adeli / Turquia</i> (31/3/2005)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / tutela efectiva / prazo razoável 92
TEDH <i>Matheus / França</i> (31/3/2005)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / tutela efectiva / prazo razoável / direito à execução 92, 93
TEDH <i>Esteves / Portugal</i> (3/4/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Sousa Marinho e Marinho Meireles Pinto / Portugal</i> (3/4/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Costa Ribeiro / Portugal</i> (30/4/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Moreira e Ferreirinha, Lda. e o. / Portugal</i> (26/6/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Farinha Martins / Portugal</i> (10/7/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Sociedade Agrícola do Peral, S.A. e o./ Portugal</i> (31/7/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
TEDH <i>Neves Ferreira Sande e</i>	

<i>Castro e o. / Portugal</i> (16/10/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Ferreira Alves (nº 2) / Portugal</i> (4/12/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Frotal – Aluguer de Equipamentos S.A. / Portugal</i> (4/12/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Pena/Portugal</i> (18/12/2003)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Jorge Nina Jorge e o ./ Portugal</i> (19/2/2004)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Soares Fernandes/ Portugal</i> (8/4/2004)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Garcia da Silva / Portugal</i> (29/4/2004)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Geraldes Barba/Portugal</i> (4/11/2004)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Guez / França</i> (17/5/2005)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>
<i>TEDH Antunes Rocha/Portugal</i> (31/5/2005)	— direitos fundamentais / acesso aos tribunais / prazo razoável <i>R</i>

2. JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA

Tribunal de Justiça das Comunidades ²⁷⁸¹

<i>TJCE Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest / Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn</i> (143/88 -21/2/1991)	— prevalência do direito comunitário / tutela jurisdicional efectiva / providências cautelares 33
<i>TJCE The Queen / Secretary of State for Transporte, ex parte Factortame</i> (C-213/89-19/6/1990)	— prevalência do direito comunitário / tutela jurisdicional efectiva / providências cautelares 33
<i>TJCE Reichert et Kockler / Dresdner Bank</i> (C-261/90-26/3/1992)	— Convenção de Bruxelas / providências cautelares 33
<i>TJCE Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH et alia (I)/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft</i> (C-465/93-9/11/1995)	— medidas provisórias / fumus boni iuris / prejuízo grave e irreparável 187
<i>TJCE Josette Baustahlgewebe / Comissão</i> (C-185/95-17/12/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo / prazo razoável 106
<i>TJCE/3ª N / Comissão CEE.</i> (C-252/97-Ordonnance 16/7/1998)	— direitos fundamentais / processo equitativo 67
<i>TJCE Emesa Sugar / Aruba</i> (C-17/98-4/2/2000)	— direitos fundamentais 67
<i>TJCE/6ª Planti e o. / Comissão</i> (C-480/99-19/1/2002)	— direitos fundamentais / contraditório 87
<i>TJCE Limburgse Vinyl Maatschappij / Comissão</i>	

²⁷⁸¹ O texto integral destes acórdãos pode ser lido nas línguas francesa e inglesa na página do Tribunal de Justiça *apud* <http://curia.eu.int/pt/content/juris/index.htm>.

(C-238/99, C-244/99 P,
C-245/99 P, C-247/99 P,
C-250/99, C-251/99 P,
C-252/99 P, C-254/99 P
15/10/2002)

— direitos fundamentais / processo
equitativo / prazo razoável 106, 109

Tribunal de Primeira Instância

TPI/2º *Max.mobil* / *Comissão*
(T-54/99-30/1/2002)

— direitos fundamentais / processo equitativo /
imparcialidade / prazo razoável 85, 106

3. JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

Reichsgericht

RG 11/4/1901
RG 5/1/1905

— tutela inibitória 406
— tutela inibitória / desnecessidade de culpa 349,
352

4. JURISPRUDÊNCIA BELGA

Cour de Cassation

Css/B 9/9/1982
Css/B 21/5/1987

— *référé-provision* / prejuízo definitivo e
Irreparável 592
— *référé* / urgência 194

5. JURISPRUDÊNCIA ITALIANA

Corte Costituzionale

- CCost 284 (27/12/1974)* — direitos fundamentais / princípio da igualdade / tutela jurisdicional efectiva / suspensão de acto administrativo 34
- CCost 63 (1/4/1982)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva 34
- CCost 80 (29/3/1983)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva 34
- CCost 8 (25/1/1984)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva 34
- CCost 190 (28/6/1985)* — direitos fundamentais / princípio da igualdade / tutela jurisdicional efectiva / suspensão de acto administrativo / duração excessiva do processo / poder geral de cautela / essencialidade da tutela cautelar 34
- CCost 253 (23/6/1994)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva / providências cautelares 34
- CCost 318 (13/7/1995)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva / providências cautelares 34
- CCost 432 (15/9/1995)* — responsabilidade do juiz / medida cautelar pessoal / participação no debate instrutório / incompatibilidade/ inconstitucionalidade
- CCost 249 (16/7/1996)* — direitos fundamentais / tutela jurisdicional efectiva / providências cautelares 34

Corte di Cassazione

- Css/It 1984 (24/2/1998)* — providências possessórias / necessidade de uma fase plena 143

Tribunais de Primeira Instância

- Pret/Roma 9/2/1984* — providências de urgência / função não Antecipatória 288

6. JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Tribunal Constitucional ²⁷⁸²

TC 31/87 (28/1/1987)	— processo penal / duplo grau de jurisdição 87
TC 65/88 (23/3/1988)	— acesso ao direito / duplo grau de jurisdição 95, 96
TC 86/88 (13/4/1988)	— acesso aos tribunais / prazo razoável / igualdade / independência / imparcialidade 85, 107
TC 259/88 (9/11/1988)	— acesso aos tribunais / garantias de defesa / duplo grau de jurisdição 95
TC 219/89 (15/2/1989)	— acesso aos tribunais / assistência judiciária 89
TC 393/89 (18/5/1989)	— processo penal / processo equitativo / garantias de defesa / igualdade / juiz natural 84
TC 396/89 (18/5/1989)	— acesso aos tribunais / contraditório / igualdade / Estado de Direito 83
TC 397/89 (18/5/1989)	— contraditório / igualdade / Estado de Direito 83
TC 41/90 (21/2/1990)	— processo penal / processo equitativo / garantias de defesa / igualdade / juiz natural 84
TC 47/90 (21/2/1990)	— igualdade / contraditório / Estado de Direito 83
TC 163/90 (23/5/1990)	— acesso aos tribunais / prazo razoável / duplo grau de jurisdição / imparcialidade / independência / contraditório / igualdade 68, 85, 107
TC 204/90 (19/6/1990)	— acesso aos tribunais / contraditório / igualdade 83
TC 222/90 (20/6/1990)	— acesso aos tribunais / contraditório / forma de processo 118
TC 259/90 (3/10/1990)	— processo penal / processo equitativo / garantias de defesa / contraditório 77
TC 327/90 (13/12/1990)	— processo penal / duplo grau de jurisdição / juiz natural 84
TC 62/91 (13/3/1991)	— igualdade / contraditório / Estado de Direito 70, 83
TC 444/91 (20/11/1991)	— acesso aos tribunais / prazo razoável / tutela

²⁷⁸² Quando nada se diga, estas decisões foram consultadas na íntegra em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

	jurisdicional efectiva / independência / imparcialidade / publicidade das decisões 74, 92, 107
TC 210/92 (3/6/1992)	— acesso aos tribunais / prazo razoável / duplo grau de jurisdição / Estado de Direito democrático 68, 107
TC 208/93 (16/3/1993)	— acesso aos tribunais / duplo grau de jurisdição / independência / imparcialidade 83, 85
TC 263/93 (30/3/1993)	— processo penal / processo equitativo / garantias de defesa / igualdade/ Convenção Europeia dos Direitos do Homem 82
TC 447/93 (15/7/1993)	— duplo grau de jurisdição 95
TC 140/94 (26/1/1994)	— acesso aos tribunais / prazos 100
TC 190/94 (23/2/1994)	— processo penal / duplo grau de jurisdição 95
TC 261/94 (23/3/1994)	— processo penal / duplo grau de jurisdição / Igualdade 95
TC 265/94 (23/3/1994)	— processo penal / duplo grau de jurisdição 95
TC 310/94 (24/3/1994)	— fundamentação das decisões / duplo grau de jurisdição 89
TC 440/94 (20/11/1991)	— acesso aos tribunais/ prazo razoável / tutela jurisdicional efectiva / processo equitativo / prazo razoável 74, 107, 110
TC 8/95 (11/1/1995)	— acesso aos tribunais / processo equitativo/ contraditório 77, 83
TC 335/95 (22/6/1995)	— acesso aos tribunais / processo equitativo / proibição de indefesa 83
TC 336/95 (22/6/1995)	— acesso aos tribunais / duplo grau de jurisdição 95
TC 677/95 (23/11/1995)	— acesso ao direito / acesso aos tribunais / tutela jurisdicional efectiva / execução 93
TC 960/96 (10/7/1996)	— acesso aos tribunais / decisão em prazo razoável / processo equitativo / tutela jurisdicional efectiva / execução / celeridade processual 64, 75, 83, 92, 107, 116
TC 962/96 (11/7/1996)	— acesso aos tribunais / apoio judiciário 68
TC 1169/96 (20/11/1996)	— acesso aos tribunais / decisão em prazo razoável / processo equitativo / tutela jurisdicional efectiva 63, 64, 68, 75, 83, 92, 107
TC 237/97 (12/3/1997)	— acesso aos tribunais / duplo grau de jurisdição 95

TC 451/97 (25/6/1997)	— acesso aos tribunais / proibição de indefesa 83
TC 473/97 (2/7/1997)	— acesso aos tribunais / prazos 83
TC 539/97 (24/9/1997)	— acesso aos tribunais / proibição de indefesa 83
TC 125/98 (5/2/1998)	— duplo grau de jurisdição / igualdade 95
TC 278/98 (10/3/1998)	— acesso aos tribunais / processo equitativo / contraditório / proibição de indefesa 83
TC 739/98 (16/12/1998)	— restituição provisória de posse / contraditório diferido 42
TC 212/00 (5/4/2000)	— acesso aos tribunais / decisão em prazo razoável / tutela jurisdicional efectiva / execução / celeridade processual 120
TC 248/02 (4/6/2002)	— acesso aos tribunais/ prazo razoável / tutela jurisdicional efectiva / processo equitativo / prazo razoável 107, 111
TC 373/02 (26/9/2002)	— processo administrativo / procedimento cautelar / contraditório diferido 86
TC 413/02 (10/10/2002)	— acesso aos tribunais / proibição de indefesa 83
TC 281/04 (21/4/2004)	— acesso ao direito / acesso aos tribunais / tutela jurisdicional efectiva / execução 94
TC 363/04 (19/5/2004)	— acesso aos tribunais/ prazo razoável / tutela jurisdicional efectiva / processo equitativo / celeridade 74, 107

Supremo Tribunal de Justiça ²⁷⁸³

STJ 7/2/1941	— providência cautelar não especificada / conservação de bens imóveis / perigo de dano / dano consumado 44, 187
STJ 21/11/1942	— providência cautelar não especificada/ justo receio / causalidade 225
STJ 26/11/1943	— providência cautelar não especificada/ probabilidade séria da existência do direito 224
STJ 17/12/1943	— providência cautelar não especificada / verosimilhança / dano consumado 187, 224
STJ 14/7/1944	— providência cautelar não especificada /

²⁷⁸³ Quando nada se diga, as decisões foram consultadas em extracto *apud* <http://www.dgsi.pt>.

	trespasse de estabelecimento / cláusula de não concorrência / adequação 204, 206
STJ 3/11/1944	— providência cautelar não especificada / conservação da situação jurídica da herança / adequação 203, 204
STJ 10/11/1944	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade / dano actual 183
STJ 17/11/1944	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito / dano consumado 187, 224
STJ 24/4/1946	— providência cautelar não especificada / fundado receio 527
STJ 24/4/1946	— providência cautelar não especificada / cessão de exploração / inibição / falta de demonstração do fundado receio 206
STJ 26/4/1946	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria de existência do direito 705
STJ 8/10/1946	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria de existência do direito / prova do perigo / proibição de depósito de entulho 204, 224
STJ 2/7/1946	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade / provisoriedade / carácter preventivo / probabilidade séria do direito 183, 204, 224
STJ 29/7/1949	— providência cautelar não especificada / proibição de assembleia geral / adequação 210
STJ 18/5/1951	— providência cautelar não especificada / proibição de corte / adequação 204
STJ 25/5/1951	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade / proibição de venda / adequação 183, 203
STJ 17/6/1952	— providência cautelar não especificada / depósito de frutos 205
STJ 25/7/1952	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 183
STJ 21/4/1953	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito / constituição de servidão 206, 208
STJ 21/1/1955	— providência cautelar / liquidação de sociedade /

<i>STJ 16/11/1956</i>	proibição de assembleia geral 203 — providência cautelar não especificada / Subsidiariedade 183
<i>STJ 16/11/1956</i>	— providência cautelar não especificada / proibição de venda e utilização de acções 208
<i>STJ 30/4/1957</i>	— providência cautelar não especificada / nomeação de representante 205
<i>STJ 14/1/1958</i>	— providência cautelar não especificada / conservação de bens imóveis / perigo de dano / dano consumado 187
<i>STJ 23/7/1958</i>	— providência cautelar não especificada / proibição de corte 204
<i>STJ 5/12/1958</i>	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito 224
<i>STJ 3/7/1959</i>	— providência cautelar não especificada / Subsidiariedade 183
<i>STJ 22/3/1960</i>	— providência cautelar não especificada / entrega de estabelecimento comercial 205
<i>STJ 30/6/1961</i>	— providência cautelar não especificada / fundado receio / verosimilhança do direito 224
<i>STJ 31/7/1962</i>	— providência cautelar não especificada / perigo de dano / indício de lesão futura 188
<i>STJ 11/1/1963</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 183
<i>STJ 11/1/1963</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 183
<i>STJ 9/7/1963</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 183
<i>STJ 22/11/1963</i>	— providência cautelar não especificada / perigo de dano / dano actual / factos repetidos 188
<i>STJ 1/6/1965</i>	— providência cautelar não especificada / conservação de bens imóveis / perigo de dano / dano consumado 188
<i>STJ 1/6/1971</i>	— providência cautelar não especificada / recurso / provimento / contagem do prazo de caducidade 234
<i>STJ 14/1/1972</i>	— providência cautelar não especificada / imposição de comportamento / norma corporativa / caducidade / indemnização 205, 249
<i>STJ 2/3/1973</i>	— providência cautelar não especificada /

	pressupostos/ propriedade industrial / uso de patente de invenção / direito ainda não constituído / inadmissibilidade 187, 209
STJ 14/12/1973	— providência cautelar não especificada / inibição / dano futuro 186, 203
STJ 11/1/1974	— providência cautelar não especificada / títulos de crédito / inadmissibilidade de inibição dos direitos do portador 227
STJ 5/3/1974	— providência cautelar não especificada / inibição / títulos de crédito 18
STJ 5/3/1974	— providência cautelar não especificada / proporcionalidade 204
STJ 22/3/1974	— providência cautelar não especificada / Subsidiariedade 183
STJ 25/2/1975	— providência cautelar não especificada / inibição / substituição por caução adequada 203, 578
STJ 23/5/1975	— providência cautelar não especificada / perigo de dano / dano consumado 188
STJ 14/11/1975	— providência cautelar não especificada / inibição / substituição por caução adequada 203
STJ 18/5/1976	— arresto preventivo / aparência de direito / proporcionalidade 224, 230
STJ 12/12/1976	— providência cautelar não especificada / substituição por caução adequada 578
STJ 20/1/1977	— arrolamento / justo receio/ / dano futuro / matéria de facto 187, 437
STJ 23/1/1977	— providência cautelar não especificada / matéria de facto 437
STJ 21/6/1979	— providência cautelar não especificada / arrolamento / apreensão de coisas 185
STJ 18/12/1979	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito 224
STJ 15/1/1980	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade / probabilidade séria da existência do direito / proporcionalidade 183, 224, 571
STJ 15/4/1980	— providência cautelar não especificada / aparência de direito / registo predial 187, 224
STJ 26/4/1980	— suspensão de despedimento 300
STJ 16/5/1980	— suspensão de despedimento 300

STJ 24/6/1980	— providência cautelar não especificada / repetição de providência / objecto diferente 239, 532
STJ 23/7/1981	— providência cautelar não especificada / limites da acção principal 583
STJ 15/10/1981	— providência cautelar não especificada / contrato-promessa / reassunção de gerência 208
STJ 7/6/1983	— suspensão de despedimento 300
STJ 16/4/1985	— arrolamento / verosimilhança / probabilidade 224
STJ 23/1/1986	— restituição provisória de posse / verosimilhança / probabilidade 224
STJ 8/1/1987	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria 224
STJ 8/4/1987	— suspensão de despedimento 300
STJ 17/6/1987	— restituição provisória de posse 299
STJ 9/7/1987	— restituição provisória de posse 299
STJ 28/1/1988	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
STJ 11/2/1988	— providência cautelar não especificada / aparência de direito / justo receio / matéria de facto 437
STJ 18/2/1988	— providência cautelar não especificada / aparência de direito / registo predial / proibição de arranque 203
STJ 9/3/1988	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade 570
STJ 6/6/1989	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 182
STJ 28/9/1989	— providência cautelar não especificada / pressupostos / aparência do direito 182, 186, 223, 570
STJ 26/10/1989	— providência cautelar não especificada / proibição de venda / direito de retenção / falta de aparência 202
STJ 7/11/1989	— providência cautelar não especificada / proporcionalidade 570
STJ 8/2/1990	— providência cautelar não especificada / prova / mera probabilidade / ausência de caso julgado 223
STJ 9/5/1990	— providência cautelar não especificada / Pressupostos 186
STJ 13/11/1990	— providência cautelar não especificada /

	acção principal 553
STJ 14/3/1991	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
STJ 23/4/1991	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade / subsidiariedade 182, 186, 579
STJ 26/9/1991	— providência cautelar não especificada / pressupostos 203, 570
STJ 3/10/1991	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
STJ 3/11/1991	— suspensão de despedimento/natureza jurídica 299
STJ 19/11/1991	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria 223
STJ 2/4/1992	— providência cautelar não especificada / lesão consumada / inexistência de direito 186, 186
STJ 11/3/1992	— providência cautelar não especificada / caso julgado / instrumentalidade / provisoriedade 40, 82
STJ 19/3/1992	— providência cautelar não especificada / Pressupostos 186
STJ 15/5/1992	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade / subsidiariedade 186, 570
STJ 3/6/1992	— providência cautelar não especificada / Inibição de exploração / caução 203
STJ 9/6/1992	— providência cautelar não especificada / Instrumentalidade 40, 284, 591
STJ 23/6/1992	— providência cautelar não especificada / servidão de passagem / inibição 203
STJ 9/7/1992	— providência cautelar não especificada / casa de morada de família / inibição 209
STJ 5/11/1992	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade / subsidiariedade audição do requerido 223, 223, 570
STJ 16/12/1992	— suspensão de despedimento 299
STJ 19/1/1993	— providência cautelar não especificada / âmbito 184
STJ 19/1/1993	— providência cautelar não especificada / contrato- promessa / inibição 203

STJ 9/3/1993	— providência cautelar não especificada / danos moratórios 501
STJ 11/3/1993	— providência cautelar não especificada / processo especial de recuperação de empresa 284
STJ 17/3/1993	— providência cautelar não especificada / prevenção / dano futuro 186, 187, 356
STJ 20/5/1993	— providência cautelar não especificada / Instrumentalidade / subsidiariedade / prova / pressupostos / proporcionalidade 40, 183, 223, 570
STJ 13/10/1993	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade 40
STJ 28/10/1993	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade / 40, 583
STJ 28/10/1993	— providência cautelar não especificada / adequação/subsidiariedade 514
STJ 10/11/1993	— providência cautelar não especificada / aparência do direito / possibilidade séria 223
STJ 2/12/1993	— arrolamento / instrumentalidade 590, 615
STJ 15/3/1994	— providência cautelar não especificada / justo receio / probabilidade séria / proporcionalidade 186, 223, 224
STJ 13/4/1994	— providência cautelar não especificada / justo receio / probabilidade séria / proporcionalidade 182, 186, 570
STJ 5/5/1994	— providência cautelar não especificada / identidade de partes 284, 285
STJ 12/5/1994	— embargo de obra nova / subordinação 41
STJ 31/5/1994	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
STJ 15/6/1994	— arrolamento / pressupostos / matéria de facto 436
STJ 20/9/1994	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade / pressupostos / matéria de facto 182, 426, 570
STJ 3/11/1994	— providência cautelar não especificada / justo receio / matéria de facto 436
STJ 9/2/1995	— providência cautelar / antecipação / acção principal 584, 588
STJ 21/2/1995	— providência cautelar não especificada / aparência de direito / probabilidade forte 223

STJ 23/2/1995	— providência cautelar não especificada / função 32
STJ 3/10/1995	— apreensão de automóvel / reserva de Propriedade 299
STJ 11/10/1995	— providência cautelar não especificada / pressupostos / matéria de facto 186, 436
STJ 19/10/1995	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito 223
STJ 29/2/1996	— providência cautelar não especificada / desistência do pedido / repetição 18, 235, 598, 600
STJ 26/3/1996	— providência cautelar não especificada / objecto 271
STJ 5/6/1996	— suspensão de deliberação social / conteúdo / limites 585, 593
STJ 26/9/1996	— suspensão de deliberação social / pressupostos / matéria de facto 436
STJ 28/11/1996	— providência cautelar não especificada / justo receio / matéria de facto 436
STJ 28/11/1996	— providência cautelar não especificada / Instrumentalidade 32
STJ 11/12/1996	— suspensão de despedimento 299
STJ 9/1/1997	— providência cautelar não especificada / contas bancárias / inibição 203
STJ 9/1/1997	— suspensão de deliberações sociais / proporcionalidade 574
STJ 4/2/1997	— providência cautelar não especificada / inibição de endosso / sequestro de letra 203, 204
STJ 28/5/1997	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade 186, 570
STJ 12/6/1997	— providência cautelar não especificada / dependência da acção principal / identidade de causa de pedir / identidade de pedido 558
STJ 26/6/1997	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade 186, 570
STJ 8/7/1997	— providência cautelar / propriedade industrial / audição do requerido / balanço de interesses / ónus de prova / matéria de facto 436
STJ 21/10/1997	— providência cautelar não especificada / proporcionalidade 574

STJ 23/10/1997	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
STJ 4/11/1997	— providência cautelar não especificada / acção principal / objecto 271
STJ 11/11/1997	— providência cautelar não especificada / caso julgado / objecto / acção principal 234, 271, 615
STJ 11/11/1997	— providência cautelar não especificada / proibição de venda de imóvel prometido / execução específica 209
STJ 27/1/1998	— providência cautelar não especificada / dispositivo 567
STJ 3/3/1998	— providência cautelar / alimentos provisórios / função / instrumentalidade / natureza provisória da fixação de alimentos / alteração das circunstâncias / transacção judicial 51
STJ 30/6/1998	— providência cautelar não especificada / causa de pedir / ineptidão 18
STJ 9/7/1998	— providência cautelar não especificada / limites da acção principal 582
STJ 23/9/1998	— providência cautelar não especificada / identificação da acção principal 588
STJ 10/11/1998	— providência cautelar não especificada / caducidade / não oficiosidade 223
STJ 18/2/1999	— arresto / instrumentalidade / pressupostos 41
STJ 23/9/1999	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade 40
STJ 19/10/1999	— providência cautelar especificada / improcedência / instrumentalidade 40, 287
STJ 18/11/1999	— providência cautelar não especificada / audição do requerido / balanço de interesses / improcedência / arrolamento / matéria de facto 436
STJ 18/11/1999	— providência cautelar não especificada / sumariedade / instrumentalidade 40, 126
STJ 18/1/2000	— suspensão de deliberação social / pressupostos / dano continuado 187
STJ 6/4/2000	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
STJ 4/5/2000	— suspensão de deliberação social / tutela preventiva 356

<i>STJ 25/5/2000</i>	— restituição provisória de posse / absolvição da instância / caducidade da medida 466
<i>STJ 31/5/2000</i>	— arbitramento de reparação provisória / nexos de causalidade / matéria de facto 436
<i>STJ 6/6/2000</i>	— alimentos provisórios / litispendência / identidade do direito 18
<i>STJ 17/4/2001</i>	— arresto / receio de perda da garantia / prova / padrão objectivo 526
<i>STJ 19/12/2001</i>	— providência cautelar não especificada / requisitos / proporcionalidade 570
<i>STJ 23/4/2002</i>	— suspensão de deliberação social / propositura de acção principal / caducidade 267, 382, 387
<i>STJ 17/10/2002</i>	— arresto / confissão de dívida / acção principal 288
<i>STJ 20/5/2003</i>	— providência cautelar / ónus de propositura da acção / caducidade 242
<i>STJ 5/6/2003</i>	— providência cautelar / litispendência / suspensão de poderes / nomeação de gerência / inibição 22
<i>STJ 16/10/2003</i>	— embargo de obra nova / responsabilidade do exequente 248, 392
<i>STJ 14/4/2005</i>	— providência cautelar / locação financeira 299
<i>STJ 1/3/2007</i>	— providência cautelar / instrumentalidade / pedido / acção principal 271

Tribunal da Relação de Coimbra

<i>RC 8/10/1946</i>	— providência cautelar não especificada / fundado receio / suspensão de depósito / adequação 205, 526
<i>RC 29/5/1964</i>	— providência cautelar não especificada / probabilidade séria da existência do direito / dano consumado / indicio de lesão futura 187
<i>RC 19/12/1992</i>	— providência cautelar não especificada / causa de pedir / partes 271
<i>RC 28/9/1993</i>	— providência cautelar não especificada / conservação / antecipação 200
<i>RC 8/6/1995</i>	— providência cautelar não especificada / legitimidade 556
<i>RC 26/1/1999</i>	— providência cautelar não especificada /

	subsidiariedade 182
RC 9/2/1999	— arresto / repetição de providência / finalidade 600
RC 16/12/2003	—arrolamento / providência cautelar não especificada / apreensão de bens 204
RC 3/2/2004	— arrolamento / causa de pedir 18
RC 9/11/2004	— providência cautelar não especificada / desproporcionalidade superveniente 240, 576
RC 23/11/2004	— providência cautelar não especificada / inibição de actos notariais / notificação nacional / desproporcionalidade / abuso de direito 558
RC 3/3/2005	— suspensão de despedimento 299
RC 4/4/2006	— restituição provisória de posse / adequação / convolação 561
RC 13/3/2007	— providência cautelar não especificada / periculum / prova 16, 223, 525, 527
RC 15/5/2007	— arresto / justo receio / homem médio 526

Tribunal da Relação de Évora

RE 2/11/1974	— providência cautelar não especificada / fundado receio 526
RE 23/1/1979	— providência cautelar não especificada / identificação da acção principal 285, 558, 588
RE 9/4/1987	— providência cautelar não especificada / causa de pedir 271
RE 3/6/2003	— arresto / justo receio / regras de experiência 274, 526
RE 19/2/2004	— providência cautelar não especificada / proibição de venda de imóvel prometido / execução específica 209
RE 30/3/2004	— suspensão de despedimento 299
RE 25/11/2004	— arrolamento / instrumentalidade / provisoriedade 32
RE 3/2/2005	— arresto / pressupostos / aparência de direito 273
RE 16/1/2006	— arresto / pressupostos/ instrumentalidade / Provisoriade 186, 224
RE 12/10/2006	— arrolamento / dispensa de justo receio/presunção <i>iuris et de iure</i> 138, 528

- RE 19/10/2006* — providência cautelar não especificada /
probabilidade séria 223
- RE 19/12/2006* — arrolamento / prova indiciária / justo receio /
probabilidade séria 223

Tribunal da Relação de Guimarães

- RG 20/11/2002* — providência cautelar não especificada / relações
de vizinhança / inibição de emissões prejudiciais
434

Tribunal da Relação de Lisboa

- RL 10/10/1942* — providência cautelar / direito acautelado 391
- RL 21/11/1942* — providência cautelar não especificada /
probabilidade séria da existência do direito / dano
consumado 186, 223, 526
- RL 17/2/1945* — providência cautelar não especificada /
proporcionalidade 229, 570
- RL 5/3/1947* — providência cautelar não especificada /
abstenção de comportamento danoso / adequação
203
- RL 26/3/1947* — providência cautelar não especificada /
probabilidade / proibição de venda 209, 223
- RL 1/2/1957* — providência cautelar não especificada / ruído /
proibição de obra 203
- RL 14/12/1966* — providência cautelar não especificada /
administração de sociedade / nomeação de
representante 204
- RL 21/1/1977* — providência cautelar não especificada /
desistência do pedido / não repetição de
providência 235
- RL 30/1/1990* — providência cautelar não
especificada / instrumentalidade 40
- RL 29/3/1990* — providência cautelar não
especificada / instrumentalidade 257, 584
- RL 8/11/1990* — arrolamento / dispensa de justo receio 138
- RL 15/1/1991* — providência cautelar não especificada /

<i>RL 15/1/1991</i>	pressupostos / proporcionalidade 186, 570, 589 — restituição provisória de posse / instrumentalidade hipotética, 41, 42, 570
<i>RL 26/2/1991</i>	— arresto / justo receio / regras de experiência 526.
<i>RL 20/6/1991</i>	— embargo de obra nova / instrumentalidade 26.
<i>RL 12/11/1991</i>	— embargo de obra nova / dispensa de dano 161
<i>RL 10/12/1991</i>	— restituição provisória de posse / falta de Instrumentalidade 590
<i>RL 11/2/1992</i>	— providência cautelar não especificada / lesão consumada 187
<i>RL 5/3/1992</i>	— restituição provisória de posse / intimação / título executivo 235
<i>RL 23/6/1992</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RL 29/9/1992</i>	— providência cautelar não especificada / Instrumentalidade 583
<i>RL 15/12/1992</i>	— providência cautelar não especificada / execução 237
<i>RL 21/1/1993</i>	— restituição provisória de posse / desistência do pedido principal / caducidade 247
<i>RL 18/2/1993</i>	— providência cautelar não especificada / lesão consumada 187
<i>RL 18/5/1993</i>	— providência cautelar / antecipação / acção principal 588
<i>RL 29/5/1993</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RL 1/7/1993</i>	— providência cautelar não especificada / dependência / acção principal 41
<i>RL 4/11/1993</i>	— providência cautelar não especificada / repetição / caso julgado 235
<i>RL 27/11/1993</i>	— suspensão de despedimento / natureza 299
<i>RL 9/12/1993</i>	— providência cautelar não especificada / função 39
<i>RL 15/12/1993</i>	— providência cautelar não especificada / pressupostos /proporcionalidade 570
<i>RL 11/1/1994</i>	— arrolamento/natureza jurídica 297
<i>RL 1/2/1994</i>	— arrolamento/natureza jurídica 43, 297
<i>RL 10/2/1994</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187

<i>RL 15/3/1994</i>	— arrolamento / não caducidade 299
<i>RL 21/4/1994</i>	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade 186, 570
<i>RL 26/4/1994</i>	— providência cautelar não especificada / sublocação / fornecimento de electricidade 204
<i>RL 19/5/1994</i>	— providência cautelar não especificada / contrato- promessa / execução específica / inibição de venda a terceiro 202
<i>RL 19/5/1994</i>	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade / reparação de elevador 204
<i>RL 7/7/1994</i>	— providência cautelar não especificada / suspensão de trabalhos expropriação 203
<i>RL 13/10/1994</i>	— providência cautelar / locação financeira / regime 299
<i>RL 15/12/1994</i>	— providência cautelar não especificada / pressupostos 186
<i>RL 12/1/1995</i>	— providência cautelar não especificada / intimação / título executivo 235
<i>RL 6/4/1995</i>	— providência cautelar não especificada / pressupostos / subsidiariedade 186
<i>RL 26/9/1995</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RL 7/12/1995</i>	— providência cautelar não especificada / ônus da prova 222
<i>RL 7/12/1995</i>	— embargo de obra nova / ausência de instrumentalidade / recusa 594
<i>RL 18/1/1996</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RL 30/1/1996</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 22/2/1996</i>	— providência cautelar não especificada / apreensão / reserva de propriedade 204
<i>RL 23/4/1996</i>	— providência cautelar / locação financeira / desnecessidade de justo receio 141, 299
<i>RL 4/7/1996</i>	— providência cautelar não especificada/subsidiariedade 182
<i>RL 11/7/1996</i>	— providência cautelar / locação financeira / desnecessidade de justo receio 141
<i>RL 26/9/1996</i>	— providência cautelar / locação financeira / justo receio 141

<i>RL 3/10/1996</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RL 29/10/1996</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 6/2/1997</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 25/2/1997</i>	— providência cautelar / locação financeira / regime 299
<i>RL 11/3/1997</i>	— arresto / instrumentalidade 41
<i>RL 24/4/1997</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 8/5/1997</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RL 4/5/1998</i>	— arrolamento / não caducidade 299
<i>RL 19/5/1998</i>	— arrolamento / não caducidade 299
<i>RL 19/11/1998</i>	— arbitramento de reparação provisória / necessidade 156
<i>RL 25/5/2000</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 7/6/2000</i>	— arresto / justo receio / prova / regras de experiência 526
<i>RL 13/12/2000</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RL 25/1/2001</i>	— arresto / legitimidade 557
<i>RL 31/1/2001</i>	— arresto / justo receio / prova / regras de experiência 526
<i>RL 16/12/2003</i>	— arrolamento / justo receio / regras de experiência 138, 526
<i>RL 29/1/2004</i>	— providência cautelar não especificada / Instrumentalidade 585
<i>RL 15/12/2004</i>	— providência cautelar não especificada / causa de pedir 271
<i>RL 29/9/2005</i>	— embargo de obra nova / instrumentalidade 41
<i>RL 19/10/2006</i>	— arresto / impugnação pauliana/ legitimidade passiva 556
<i>RL 12/12/2006</i>	— arrolamento / não caducidade 299
<i>RL 30/1/2007</i>	— arbitramento de reparação provisória / fraude à lei / caso julgado 235
<i>RL 27/3/2007</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RL 19/4/2007</i>	— providência cautelar não especificada / legitimidade 556

Tribunal da Relação do Porto

<i>RP 5/2/1949</i>	— providência cautelar não especificada / proibição de assembleia geral 207
<i>RP 13/4/1956</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 182, 204
<i>RP 31/1/1973</i>	— providência cautelar não especificada / razões de interesse público / inadmissibilidade de apreensão de bens 227
<i>RP 26/1/1978</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RP 17/1/1980</i>	— providência cautelar não especificada / perigo de dano / dano consumado / indício de lesão futura 187
<i>RP 30/10/1980</i>	— restituição provisória de posse / exequibilidade 235
<i>RP 23/5/1989</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RP 4/12/1990</i>	— providência cautelar não especificada / dano consumado 187
<i>RP 17/12/1990</i>	— suspensão de despedimento 299
<i>RP 20/12/1990</i>	— suspensão de deliberação social / intervenção de terceiro 557
<i>RP 7/1/1991</i>	— providência cautelar não especificada / constituição de servidão / direito potestativo / ausência de perigo de dano 208
<i>RP 28/2/1991</i>	— arresto / identidade de causa de pedir / caso julgado 18, 523
<i>RP 10/10/1991</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138
<i>RP 10/12/1991</i>	— providência cautelar não especificada / ausência de instrumentalidade / inadmissibilidade 593, 594
<i>RP 12/12/1991</i>	— providência cautelar não especificada / ineptidão / causa de pedir 18
<i>RP 7/1/1992</i>	— suspensão de deliberação social / dano consumado 187
<i>RP 14/1/1992</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RP 30/1/1992</i>	— suspensão de deliberação social / dano presumido 527
<i>RP 3/2/1992</i>	— providência cautelar não especificada /

	identificação da acção principal 588
RP 10/3/1992	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
RP 11/6/1992	— providência cautelar não especificada / suspensão de gerência 204
RP 19/10/1992	— suspensão de despedimento 299
RP 26/11/1992	— arrolamento / dispensa de justo receio receio/presunção <i>iuris et de iure</i> 138, 528
RP 8/2/1993	— providência cautelar não especificada / litispendência / objecto / acção principal 18, 187, 234
RP 13/4/1993	— providência cautelar não especificada / ausência de instrumentalidade / inviabilidade 592
RP 18/5/1993	— arrolamento / legitimidade passiva 556
RP 27/5/1993	— providência cautelar não especificada / dependência / acção principal 41
RP 28/9/1993	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade / mora processual 32
RP 4/11/1993	— providência cautelar não especificada / dano consumado 187
RP 29/11/1993	— embargo de obra nova / dano consumado 187
RP 29/11/1993	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade 585
RP 13/1/1994	— embargo extrajudicial de obra nova / pressupostos 186
RP 31/1/1994	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
RP 18/4/1994	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
RP 26/5/1994	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
RP 16/6/1994	— arrolamento / não caducidade 299
RP 6/12/1994	— providência cautelar não especificada / legitimidade passiva 556
RP 12/12/1994	— embargo de obra nova/ dano consumado 187
RP 5/1/1995	— suspensão de deliberação social / falta de prova do <i>periculum</i> / improcedência do pedido 531
RP 10/1/1995	— arrolamento / justo receio / facto futuro 525
RP 28/3/1995	— embargo de obra nova / dispensa de prejuízo 161

<i>RP 3/4/1995</i>	— providência cautelar não especificada / dano consumado 187
<i>RP 11/5/1995</i>	— suspensão de deliberação social / dano apreciável 328
<i>RP 18/5/1995</i>	— providência cautelar não especificada / função de conservação 51
<i>RP 20/6/1995</i>	— embargo de obra nova / dispensa de prejuízo
<i>RP 22/6/1995</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138, 527
<i>RP 22/6/1995</i>	— providência cautelar não especificada / proporcionalidade 574
<i>RP 3/7/1995</i>	— providência cautelar não especificada / dano futuro 187
<i>RP 26/10/1995</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 182
<i>RP 31/10/1995</i>	— arrolamento / dispensa de justo receio 138, 527
<i>RP 22/11/1995</i>	— arbitramento de reparação provisória / necessidade 156
<i>RP 27/11/1995</i>	— providência cautelar não especificada / proporcionalidade 201
<i>RP 18/12/1995</i>	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 182
<i>RP 11/1/1996</i>	— providência cautelar não especificada / instrumentalidade
<i>RP 11/3/1996</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RP 3/10/1996</i>	— suspensão de deliberação social / dano continuado 187
<i>RP 14/11/1996</i>	— suspensão de deliberação social / causa de pedir / ineptidão 18
<i>RP 14/11/1996</i>	— arrolamento / função 125
<i>RP 12/12/1996</i>	— providência cautelar / factos essenciais / aparência do direito 274
<i>RP 19/12/1996</i>	— arrolamento / finalidade 299
<i>RP 13/1/1997</i>	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
<i>RP 16/1/1997</i>	— providência cautelar não especificada / pedido / limite / dano continuado 187
<i>RP 13/2/1997</i>	— providência cautelar não especificada / proibição de venda 174
<i>RP 17/2/1997</i>	— providência cautelar não especificada / objecto /

	pedido / acção principal / 174
RP 24/2/1997	— providência cautelar não especificada / transacção 288
RP 3/3/1997	— providência cautelar não especificada / justo receio / regras de experiência 526
RP 7/4/1997	— providência cautelar não especificada / dano consumado 187
RP 22/4/1997	— providência cautelar não especificada / dano futuro 187
RP 28/4/1997	— providência cautelar / locação financeira 299
RP 20/5/1997	— providência cautelar não especificada / exequibilidade 235
RP 19/6/1997	— providência cautelar não especificada / dano futuro 187
RP 23/10/1997	— providência cautelar não especificada / pressupostos / proporcionalidade 570
RP 28/10/1997	— providência cautelar não especificada / perigo / aparência / prova 223
RP 2/12/1997	— providência cautelar não especificada / subsidiariedade 184
RP 15/12/1997	— suspensão de despedimento 299
RP 18/12/1997	— restituição provisória de posse/ justo receio / dispensa 141
RP 29/1/1998	— providência cautelar não especificada / despejo / entrega antecipada 208, 271
RP 9/2/1998	— providência cautelar não especificada / acção de reivindicação / receio de dano 476
RP 10/2/1998	— arresto / proporcionalidade / prova / mera Justificação 575
RP 12/3/1998	— providência cautelar não especificada / receio de dano / previsibilidade 223
RP 27/4/1998	— providência cautelar não especificada / servidão de passagem 209
RP 29/9/1998	— providência cautelar / locação financeira 299
RP 22/10/1998	— providência cautelar não especificada / caução / bem não patrimonial 404
RP 27/10/1998	— arresto / propriedade industrial 147
RP 27/10/1998	— providência cautelar não especificada / dano continuado 187
RP 23/11/1998	— providência cautelar não especificada / factos

	supervenientes / novo fundamento 238
RP 2/12/1998	— arrolamento / identificação da acção principal 588
RP 14/12/1998	— arresto / justo receio / homem médio 526
RP 14/12/1998	— restituição provisória de posse/ justo receio / dispensa 141
RP 21/12/1998	— arrolamento / dispensa de justo receio/ receio/presunção <i>iuris et de iure</i> 138, 527, 528
RP 4/2/1999	— providência cautelar não especificada / inibição 203
RP 18/3/1999	— providência cautelar não especificada / repetição / superveniência subjectiva 238, 531
RP 28/10/1999	— arrolamento / instrumentalidade 40
RP 11/11/1999	— restituição provisória de posse / dispensa de justo receio 141
RP 15/11/1999	— arresto / justo receio / prova / objectividade 526
RP 9/12/1999	— arresto / inexistência do crédito 240
RP 18/1/2000	— embargo extrajudicial de obra nova / intervenção de terceiros 557
RP 11/4/2000	— embargo de obra nova / dano consumado 187
RP 2/5/2000	— arrolamento / não caducidade 299
RP 4/5/2000	— providência cautelar / desistência da instância / caso julgado formal 235
RP 18/5/2000	— arresto / justo receio / prova / padrão objectivo 526
RP 19/9/2000	— restituição provisória de posse / adequação / negação de convolação 564
RP 2/11/2000	— arrolamento / intenção de dissipação 525
RP 20/11/2000	— providência cautelar não especificada / exequibilidade 235
RP 12/12/2000	— arresto / justo receio / prova / padrão objectivo 526
RP 19/12/2000	— arrolamento / legitimidade passiva 557
RP 30/10/2001	— restituição provisória de posse / adequação / convolação 564
RP 6/11/2001	— restituição provisória de posse / adequação / convolação 561
RP 22/11/2001	— embargo de obra nova / adequação / convolação 564
RP 27/11/2001	— suspensão de deliberação social / intervenção

	de terceiro / denegação 557
<i>RP 6/12/2001</i>	— arresto / justo receio / prudente apreciação 526
<i>RP 7/2/2002</i>	— arresto / justo receio / regras de experiência 526
<i>RP 4/4/2002</i>	— arresto / justo receio / regras de experiência 526
<i>RP 12/12/2002</i>	— arbitramento de reparação provisória / repetição de providências / caso julgado 235
<i>RP 14/1/2003</i>	— embargo de obra nova / dano consumado 187
<i>RP 18/3/2003</i>	— arresto / justo receio / critério objectivo 526
<i>RP 10/11/2005</i>	— embargo de obra nova / legitimidade passiva 557
<i>RP 16/1/2006</i>	— arbitramento de reparação provisória / necessidade 156
<i>RP 16/10/2006</i>	— restituição provisória de posse / adequação / convolação 564