

Crítérios judiciais de convoção não homogénea pelo art. 16º do Regime Processual Civil Experimental

*Rui Pinto*¹

SUMÁRIO: § 1º *Enquadramento*. 1. O Regime Processual Civil Experimental. 2. O art. 16º do Regime Processual Civil Experimental: enunciado e problema. § 2º *Posição preliminar*. 1. Doutrina. 2. Convoção não homogénea da providência cautelar em acção principal. — A. Objecto e condições; — B. Não condições; — C. Procedimento. 3. Conclusões. Problema por resolver: critérios judiciais de convoção do objecto da causa. § 3º *Objecto cautelar e objecto final*. 1. Qualificação da convoção do art. 16º RPE como forma de tutela antecipatória. 2. O objecto antecipado; conclusões. 3. O objecto cautelar. — A. Algumas notas doutrinárias; — B. Posição pessoal; — C. Inidentidade com o objecto final; — D. O paradoxal aproveitamento do objecto cautelar. § 4º *Retorno ao art. 16º RPCE*. 1. Critérios de convoção do art. 16º RPCE. — A. Convoção da causa de pedir; — B. Convoção do pedido antecipatório; — C. Convoção do pedido de segurança § 5º *Conclusões*.

§ 1º Enquadramento. 1. O Regime Processual Civil Experimental. I. O Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de Junho criou o chamado Regime Processual Civil Experimental (RPCE)². O decreto-lei é aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

A “natureza experimental” traduziu-se em este regime começar a vigorar apenas nas comarcas determinadas na Portaria nº 955/2006, de 13 de Setembro (cf. ainda o art. 21º nº1 RPCE): juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Sobre o Regime Processual Experimental há vária bibliografia especializada: MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual Experimental. Anotado – Decreto Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho*, Coimbra, Almedina, 2006; LUÍS BRITES LAMEIRAS, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007; LUÍS CARVALHO RICARDO, *Regime Processual Civil Experimental. Anotado e Comentado*, Braga, CEJUR, 2007; *Regime Processual Civil Experimental. Simplificação e Gestão Processual* (coord. RITA BRITO), Braga, CEJUR, 2008 PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime Processual Civil Experimental. A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR, 2009.

de Almada, Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de Pequena Instância Cível do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca do Seixal ³.

Esses tribunais foram escolhidos de entre os que apresentavam elevada movimentação processual, atendendo aos objectos de acção predominantes ⁴ e actividades económicas dos litigantes (cf. nº 2 do mesmo art. 21º) ⁵ e às “diferentes amplitudes de competência dos tribunais, aferidas em função da sua competência cível específica e da existência de tribunais de competência especializada na circunscrição em causa” ⁶.

Temporalmente, o novo regime aplicou-se às acções e aos procedimentos cautelares propostos a partir de 16 de Outubro de 2006 e às acções resultantes da apresentação à distribuição de autos de injunção a partir da mesma data.

II. O objectivo expresso pelo legislador foi o de introduzir na rígida estrutura procedimental civil comum dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização ao conferir ao juiz um papel determinante, enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização.

Os instrumentos foram o *poder de gestão processual* e a *agregação de processos* pela prática em qualquer momento de acto ou de diligência extensível a vários processos, sem que estes tenham de, no futuro, ser tratados conjuntamente ⁷.

³ Entretanto, em 2009 a Portaria nº 1244/2009 ensaiou um alargamento aos Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca do Barreiro, de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Matosinhos e às Varas Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto. Esse alargamento, e apenas esse alargamento, a vigorar a 4 de Janeiro de 2010, foi porém suspenso pela Portaria nº 1460-B/2009, de 31 de Dezembro “dado o objecto e a amplitude da matéria a ser apreciada pela comissão de processo civil”.

⁴ Concretizando, lê-se no preâmbulo da dita Portaria que “os objectos de acção predominantes nos tribunais escolhidos reflectem a caracterização nacional: em primeiro lugar estão as acções que têm por objecto actos, contratos e outras obrigações; em segundo, e raramente com grande diferença, as que têm por objecto o cumprimento de contrato e outras obrigações, sobretudo uma dívida civil ou comercial.

⁵ Novamente, lê-se no preâmbulo da dita Portaria que a “actividade económica dos litigantes —em especial, a dos autores— respeita, em todos estes tribunais prevalece o sector de comércio por grosso e a retalho, seguido dos sectores de transportes, armazenagem e comunicações, de actividades financeiras e de actividades imobiliárias, aluguer e serviços prestados às empresas. Pela “acuidade que esta descrição apresenta nos foros situados nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, centros urbanos onde se concentra a maior parte da litigância cível”, teve-se ainda em consideração a localização geográfica dos tribunais.

⁶ Ainda no mesmo Preâmbulo.

⁷ Cf. arts. 6º e 8º RPE.

III. Em especial, a gestão processual traduziu-se em o juiz dever, como enuncia o art. 2º RPCE, adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, garantindo que não são praticados actos inúteis e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Poder de conteúdo indeterminado no plano do objecto mediato, podendo o magistrado praticar no processo qualquer acto ou diligência que lhe pareça mais adequado.

Em concreto o juiz poder adequar o procedimento às necessidades do litígio, como por exemplo,

- a. uma vez concluso o processo para saneamento, conhecer das excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente, julgar de imediato a causa se o estado do processo o permitir, convocar a audiência preliminar para selecção da matéria de facto ou exercício do contraditório ou designar o dia para a audiência de julgamento (cf. art. 10º nºs 1 e 2 RPCE);
- b. quando tenha sido admitida a coligação inicial ou sucessiva, ou verificada situação prevista no n.º 4 do artigo 274.º do Código de Processo Civil, determinar que a instrução, a discussão ou o julgamento se realizem separadamente se a tramitação conjunta se afigurar inconveniente ou a prática separada de certos actos proporcionar um andamento da causa mais célere ou menos oneroso para as partes ou para o tribunal (cf. art. 7º nº 1 RPCE).

IV. Mas, na verdade, além desta *sumarização eventual e judicial do processo*, surge ainda a *sumarização necessária por imposição legal do procedimento*, traduzida em simplificação e eliminação de actos.

Assim, na *fase liminar*

- a. estão previstos dois articulados, salvo quando seja deduzido pedido reconvenicional, sem prejuízo do respeito pelo princípio do contraditório, quando sejam deduzidas excepções, que, consoante a análise que o juiz

faça do processo, poderá ser observado na audiência preliminar ou na audiência final (cf. art. 8º n.ºs 1 a 3 RPE);

- b. impõe-se a apresentação do requerimento probatório com os articulados, garantindo à parte a quem for oposto o último articulado admissível um prazo suplementar de 10 dias para alterar o seu requerimento probatório, sem prejuízo da faculdade, que permanece intocada, de adicionar ou alterar o rol de testemunhas até 20 dias antes do início da audiência final (cf. art. 8º n.º 5 RPE);

A fase liminar pode ser dispensada quando as partes apresentem a acção apenas para saneamento, por meio de petição conjunta, onde indicam, desde logo, os factos admitidos por acordo e os factos controvertidos (cf. art. 9º RPE);. Junto com esta as partes requerem as respectivas provas e tomam posição sobre as questões de direito relevantes, ficando dispensadas do pagamento da taxa de justiça subsequente (cf. art. 18º n.º 1 RPE);.

Na fase instrutória

- a. a inquirição das testemunhas por acordo é incentivada, ainda que não tenha havido apresentação conjunta da petição e contestação, através da redução a metade da taxa de justiça devida a final sempre que as partes apresentem a acta de inquirição de todas as testemunhas arroladas (cf. art. 13º RPE);;
- b. admite-se também, com total amplitude, a prova testemunhal por depoimento escrito, sem prejuízo de o tribunal poder ordenar, oficiosamente ou a requerimento da parte contrária, a renovação do depoimento (cf. art. 12º RPE);;
- c. impõe-se que a marcação das diligências seja sempre efectuada mediante acordo prévio com os mandatários judiciais, o que permite vedar, correspectivamente e salvo justo impedimento, o adiamento da audiência de julgamento por falta das partes ou dos seus mandatários (cf. art. 10º n.º 3 RPE);.

E, por fim, a *sentença* limita-se à parte decisória, precedida da identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado, podendo a discriminação dos factos provados ser feita por remissão para os articulados (cf. art. 15 n.ºs 1 e 2 RPE). Se o réu não contestar, a fundamentação pode consistir na simples adesão aos fundamentos

apresentados pelo autor, quando destes resultem as razões de facto e de direito em que se funda a decisão (cf. art. 15 nº 4 RPE)

Mas o juiz pode aderir a um acórdão de uniformização de jurisprudência, caso em que deve limitar-se a remeter para os seus fundamentos, indicando o local da sua publicação em jornal oficial (cf. art. 15 nº 5 RPE)

A sentença deve ser de imediato ditada para a acta, salvos os casos de manifesta complexidade (cf. art. 15º nº 3 RPE);.

(Continuação) 2. O art. 16º do Regime Processual Civil Experimental: enunciado e problema. I. Enuncia o art. 16º RPCE 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”*.

No preâmbulo justifica-se que se tem vista *“nomeadamente, as situações em que a natureza das questões ou a gravidade dos interesses envolvidos não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar ou, diversamente, prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal”*.

Esta justificação não surge, contudo, no texto do art. 16º.

II. Trata-se, *prima facie*, de uma *importação* para o Processo Civil do disposto no art. 121º nº 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro).

Este determina que *“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, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal.”*⁸.

Importação algo tímida no plano dos pressupostos como melhor se confirmará adiante, mas que significa que é uma matéria que está no RPCE mas cujo sentido externo o ultrapassa: o sentido, natureza e limites da tutela cautelar e da tutela

⁸ Mais se enuncia no seu nº 2 que esta decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação nos termos gerais.

antecipatória, já por nós estudados em *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*⁹

III. E, justamente, há dois problemas, interligados, que nos propomos tratar a respeito deste preceito,

O primeiro problema é o da natureza do “juízo [antecipado] sobre a causa principal”. Será uma providência cautelar dita antecipatória, ou seja, em que o autor obtém as mesmas vantagens que obteria na procedência da acção principal, ou será uma antecipação temporal da acção principal?

A resposta além de ser importante no plano teórico já que é um bom *locus* de experimentação das nossas conclusões sobre a matéria permitirá depois, num plano prático, dar resposta a um segundo problema: *com que critérios deverá o juiz aproveitar os elementos do objecto cautelar para o objecto da causa principal?*

§ 2º Posição preliminar. 1. Doutrina. I. Para LUÍS CARVALHO RICARDO a solução do art. 16º RPCE permite a dispensa da acção principal, em procedimento cautelar pendente ou a instaurar¹⁰. No dizer de BRITES LAMEIRAS ao tribunal “ao invés de proferir a decisão cautelar peticionada pelo requerente e que justificou a interposição do procedimento” é-lhe permitido “antecipar o juízo sobre a causa principal”¹¹.

REMÉDIO MARQUES desenvolve plenamente o sentido e consequências desta funcionalidade: o art. 16º RPCE permite que o juiz oficiosamente ou a pedido de parte opere uma *convolação de um meio de tutela cautelar num meio de tutela final, com valor de sentença final*¹².

Em conformidade, a decisão final terá valor de caso julgado “tornando-se imodificável e indiscutível, pelo menos entre as partes”¹³.

No entanto, REMÉDIO MARQUES apesar desta qualificação afirma em contradição literal que, assim, “parece ocorrer um significativo desvio à regra segundo a qual não há procedimentos cautelares sem acções principais”¹⁴.

⁹ Publicada em Coimbra pela Coimbra Editora em 2009.

¹⁰ *Ob. cit.*, 87.

¹¹ *Comentário cit.*, 21-22.

¹² *Acção declarativa à luz do Código revisto*², 2009, 174 e 175.

¹³ *Idem*, 174.

(Continuação). 2. Posição: convalidação não homogénea da providência cautelar em acção principal. — A. Objecto e condições. I. A tese da função convolutória do art. 16 RPCE e os termos respectivos foram por nós acolhidos em 2007 em breve nota de rodapé.

Na altura acabáramos de concluir pela infungibilidade entre o objecto de uma providência cautelar e o objecto de um acção principal.. E por isso, escrevemos, espaldados na doutrina alemã¹⁵, que “uma medida cautelar não poderá ser *directamente* — i.e., por uma mera alteração de designação processual — convalidada em medida principal, 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”.

Mas, completando, notámos que

*„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. 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”.*

¹⁴ *Idem*, 174.

¹⁵ TEPLITZKY, *Arrest und einstweilige Verfügung*, JuS 21/2 (1981), 122; DAMM, *Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung* (dir. WASSERMAN), Darmstadt, Neuwied, 1987, § 920, Rdn. 1; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsache. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris, Lang, 1988, 54; GRUNSKY, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (dir. STEIN/JONAS), Bd. 9 — §§ 916–1068, EG ZPO²², Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, § 920, Rdn. 3; HUBER, *Das Zivilurteil*², München, Beck, 2003, Rdn. 515; SCHUSCHKE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der ZPO* (SCHUSCHKE/WALKER), Bd. II — *Arrest, Einstweilige Verfügung §§ 916–945 ZPO*³, Köln/Berlin/ München, Carl Heymanns, 2005, § 935, Rdn. 29; WALKER, Schuschke/Walker cit., *Vor § 916 cit.*, Rdn. 15.

Por outras palavras, o artigo permite, *no plano material*, que elementos do objecto cautelar possam ser utilizados *como se tivessem sido trazidos na acção principal, tanto pelo autor como pelo do réu: os “elementos necessários à resolução definitiva do caso”*, no dizer da lei.

Razão tem, por isso, REMÉDIO MARQUES quando afirma que para tal deve constar já no decêndio cautelar a formulação da *causa de pedir* da acção principal e a possibilidade do réu deduzir as excepções correspondentes. Em concreto, isto significa que *o juiz terá de recortar no objecto da acção cautelar a cause de pedir da acção final*.

Parece-nos, por outro lado, que os “elementos necessários” são, as alegações de facto e de direito, da acção e da defesa, e não o próprio efeito jurídico pretendido. Aliás tal presença do pedido de efeito final apareceria quando muito e porventura se fosse uma providência cautelar antecipatória, com exclusão das conservatórias.

Em concreto, isto significa que *o juiz ainda terá de recortar no objecto da acção cautelar o pedido da acção final*.

III. No plano processual, essa ausência de convoção implica que não haverá uma substituição de uma instância por outra: uma não exclui a outra. Como defendemos na nossa tese a acção cautelar cumpre uma funcionalidade não reconduzível à acção principal ¹⁶.

Passam a estar pendentes duas acções — cautelar e principal. Subscrevemos, por isso, BRITES LAMEIRAS: “sob pena de denegação da tutela cautelar, não deve o juiz deixar de responder à pretensão (cautelar) que lhe foi dirigida” ¹⁷.

Deste modo parece que para não se criar um hiato de tutela dos direitos dos particulares, por causa da mora da causa principal ¹⁸, o juiz terá de decretar também a providência cautelar pedida, de segurança ou de antecipação.

IV. Portanto, estaremos perante um aproveitamento de elementos de facto com abertura de uma nova e diferente acção, mas sem convoção por substituição do objecto cautelar, nem extinção da instância respectiva.

Quando muito podemos falar em *convoção não homogénea ou restrita*.

¹⁶ *A questão cit.*, 541 ss.

¹⁷ *Ob. cit.*, 23.

¹⁸ “Suponha-se um caso em que o juízo definitivo para ser formulado exija a produção de outra prova, demorada e não compatível com as exigências cautelares, ou ainda que, mesmo que formulado esse juízo, ele não transite em julgado, por dele ser interposto recurso ordinário, que pode também ser demorado” (BRITES LAMEIRAS, *ob. loc. cit.*).

(Continuação). — B. Não condições. I. Perante a simplicidade da letra do art. 16º RPCE dificilmente se poderão ver mais requisitos.

Em primeiro *não se exige que a convolação dependa do consentimento das partes* — do autor, pelo menos — mas somente de uma prévia consulta a elas. A audiência imposta pelo art. 16º RCPE não é para obtenção de consentimento mas *para obtenção de elementos*, como melhor se verá adiante.

Isto significa que nas comarcas onde vigora o RPCE o requerente de providência cautelar ao deduzir uma petição sabe que é possível que venha já a obter a própria decisão final. Esta restrição ao princípio dispositivo constitui, em nosso ver, um condicionalismo de facto que deverá ser considerado antes da abertura da instância cautelar.

O ponto não é pacífico, contudo, defendendo BRITES LAMEIRAS que se uma das partes — maxime o requerido — se opor “parece desaconselhável realizá-la num quadro de discussão sumária do pleito”¹⁹.

Comprendemos a preocupação de BRITES LAMEIRAS com as garantias das partes mas permitimo-nos discordar. Manifestamente a letra do art. 16º não condiciona a decisão final à vontade das partes, repetimos. Em especial, não o faz quanto ao requerido, e, aliás, também não faz quanto ao requerente. A ser assim o preceito em vez de dar um poder autónomo de gestão processual ao juiz coloca-lo-ia nas mãos da parte para quem a decisão final fosse desfavorável.

É que, ao contrário do que, muito justamente, possa recear BRITES LAMEIRAS, não há — já o dissemos — convolação real do objecto cautelar em final, mas, sim, aproveitamento dos elementos de prova e das alegações que o possam ser: há elementos que ficam e outros que não irão a final em função das exigências do objecto e das garantias processuais da acção final.

Ou seja: não há um abaixamento nem na qualidade da cognição, nem na qualidade das alegações das partes porque de duas uma: ou na causa cautelar esses elementos estão ou, se não estão, só por reforço de prova e de articulados se pode avançar para a decisão final. *Se qualquer das partes entender que tinha factos e meios probatórios para carrear para o processo e que o juiz lhe negou esse direito então a decisão será nula.*

¹⁹ *Comentário cit.*, 26.

Deste modo o art. 16º RPCE não será uma porta aberta para os abusos feitos com as providências cautelares, como, e com razão, teme BRITES LAMEIRAS.

II. Por outro lado, não cremos, como parece defender REMÉDIO MARQUES que o art. 16º RPCE exija, como o faz o art. 121º nº 1 CPCTA, *uma manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, ou uma necessidade de evitar a inutilidade da acção principal*²⁰. A supressão desse específico interesse processual, ocorrida na passagem da solução administrativa do art. 121º nº 1 CPTA para o seio processual civil, impõe esta conclusão.

O único pressuposto é, efectivamente, terem sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso.

III. A mesma unicidade literal, suporta a conclusão de que a *resolução definitiva não tem que ser favorável ao autor*, tal como, tradicionalmente, a decisão final da tradicional acção principal pode “confirmar” ou “infirmar” a medida cautelar

REMÉDIO MARQUES, opostamente, exige que no processo esteja prova suficiente para convencer o juiz da procedência virtual do pedido final: “a prova produzida convença o juiz, além de dúvida razoável, de que a pretensão definitiva do autor poderia proceder, caso o juízo decisório fosse realizado no quadro de uma acção principal”²¹.

Com o devido respeito, não encontramos fundamento literal ou teleológico para esta restrição: a lei pretende a antecipação da *resolução do litígio*, e não a antecipação da *resolução favorável do litígio*. Tal aliás é o mais compaginável com a circunstância de o juiz poder tomar oficiosamente a iniciativa de ouvir as partes para convolar, não dependendo de requerimento destas.

V. Um pouco pela mesma razão não podemos seguir REMÉDIO MARQUES²², quando defende que *deveriam estar presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora cautelares* de modo a evitar que “os requerentes proponham providências cautelares para apreciar objectos processuais que devem ser apreciados em acções principais”.

Assim será, mas no seguinte plano formal: o que a lei exige é um “procedimento cautelar” o que existe desde que o juiz tenha proferido um despacho

²⁰ *Ob. cit.*, 175.

²¹ *Ob. cit.*, 174.

²² *Idem*, 176.

liminar de recebimento por aparência de apresentação daquelas duas condições, como em geral sucede para qualquer acção que conheça desse despacho.

Como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são condições materiais de procedência da providência cautelar ²³se for manifesta a sua falta deveria o juiz absolver da instância cautelar, caso contrário deverá a causa cautelar continuar para instrução. E se o juiz se vier a aperceber de que o pedido cautelar improcede, *v.g.*, por falta de *periculum*, nem por isso, deverá deixar de convolar a causa se entender que já pode conhecer a acção principal.

(Continuação). — C. Procedimento. I. No plano processual, a convolação não homogéna implica uma passagem procedimental de uma instância cautelar para outra, final, sem a qual adaptação não pode ser proferida a decisão final, sob pena de nulidade.

Por isto, tanto se pode dizer que a convolação restrita é o *conjunto de actos ou procedimento de adaptação* da instância cautelar à instância final, como é o *despacho que ordena o primeiro desses actos* — a audição das partes —, como será, ainda, a própria *decisão final*.

II. Este procedimento será incidental da instância cautelar, seja esta, por sua vez, um incidente de uma acção principal pendente ou seja uma acção preliminar (cf. art. 383º nº 1) ²⁴.

No entanto, BRITES LAMEIRAS entende que deve estar pendente a acção principal e desse modo ainda dependeria do autor querer ou não directamente uma decisão final. Se não fosse assim passaríamos a ter providências cautelares sem acção principal o que o sistema não admite.

Também LOPES DO REGO ²⁵ é de opinião que somente estando pendente acção principal — e não somente na expectativa de se vir a instaurar — é que se poderiam incorporar naquela os elementos novos produzidos na instrução cautelar.

Salvo o grande respeito que nutrimos pelos dois Insignes Juízes uma tal restrição, porventura, desconhece base legal: se o legislador quer, precisamente, poupar ao autor o tempo da espera da decisão final, por maioria de razão pouparia a sua abertura autónoma. Na verdade, trata-se de uma posição algo rigorosa: é que não

²³ Cf. a nossa *A questão cit.*, 567 ss

²⁴ Também neste sentido, REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, 173 e 174.

²⁵ Citado *apud* BRITES LAMEIRAS, *ob. cit.*, 27 nota 61.

deixa de se abrir uma instância principal, justamente por via do art. 16º; não espontânea, é certo, mas sem dúvida uma instância nova.

Repare-se que a decisão final que o art. 16º vai possibilitar é a da acção principal, não é uma decisão cautelar antecipatória. É, como se vai justificar de seguida, a decisão final antecipada.

Naturalmente, que não fica vedado ao requerente a desistência da instância nos termos gerais. Assim, ele pode desistir durante a audição e até à prolação da sentença final, mas se o requerido contestou carecerá da sua aceitação (cf. art. 296º nº 1); depois da sentença final, mesmo que o requerido/réu não haja contestado vale aqui o entendimento de TEIXEIRA DE SOUSA ²⁶ da sua inadmissibilidade se a sentença final for desfavorável ao autor, sob pena de ser um expediente para esvaziar de efeitos a decisão final.

II. O início do procedimento de convoção da instância cautelar para instância final pode dar-se oficiosamente, sem necessidade de um pedido por parte do requerente ou do requerido cautelares, mas pode qualquer destas requê-lo ao juiz.

Caberá ao juiz decidir, de modo discricionário para alguns ²⁷, se promove ou não o procedimento de convoção.

O juiz deverá, então, ouvir previamente as partes sobre a sua intenção de proceder à convoção, por força do princípio do processo equitativo, enquanto audição contraditória. Tal é expresso no lugar paralelo do art. 121º nº 1 CPTA e no art. 16º RPCE.

Um e saudável contraditório é inato ao RPCE e indispensável na economia do art. 16º RPCE. Carece de demonstração, a completa ilegalidade de um procedimento convolatório que redundasse numa decisão-surpresa

Este ponto é importante: *o juiz não pode decidir do fundo em surpresa das partes.*

III. Esta audição prévia implica que a convoção não homogénea apenas pode ter lugar, como bem defende BRITES LAMEIRAS, concluída “a fase de julgamento do procedimento cautelar, por só aí as partes terem a oportunidade de adequadamente se pronunciar sobre o problema” ²⁸.

²⁶ *Estudos sobre o novo Processo Civil*², Lisboa, Lex, 1997, 197.

²⁷ BRITES LAMEIRAS, *ob. cit.*, 22.

²⁸ *Ob. cit.*, 22.

Na verdade, há que esgotar primeiro todas as virtualidades do procedimento cautelar em matéria de alegações e prova de ambas as partes, antes de se poder aferir se o mesmo reúne já ou não todos os “elementos necessários”.

Quid juris for uma providência *inaudita altera parte*, como sucede com a restituição provisória de posse (cf. art. 394º)? Salvo melhor e mais douto entendimento parece que a convocação deverá ter lugar depois do requerido se defender, embora já depois da execução da cautelar (cf. arts. 385º nº 6 e 388º),

No entanto, será de pensar se, caso resulte antes desse momento que os elementos já presentes ditam que pedido principal é manifestamente improcedente, haja ou não previsão legal de despacho liminar (cf. art. 234º nº 4), não se deverá desde logo proceder a uma convocação mesmo antes do julgamento do pedido cautelar. Na verdade, *já estão aí presentes todos os “elementos necessários” para julgar a causa principal em indeferimento liminar.*

IV. No despacho de convocação, em termos próximos aos de um despacho saneador, o juiz deverá

- a. dar já a sentença final, antecipada ou
- b. determinar, caso os elementos não sejam ainda suficientes mas possam vir a sê-lo, a ampliação da base instrutória e a produção de novas provas ²⁹, de modo a assegurar-se as mesmas garantias de prova que numa acção declarativa ³⁰.

Em qualquer dos casos, o mesmo despacho deverá determinar quais os actos seguintes. Esses já serão actos de causa principal, segundo o procedimento que o juiz determinar com os seus poderes de gestão processual em conjugação com os arts. 8º ss RPCE

Naturalmente que no caso de a sentença poder já dada de imediato os actos seguintes serão a notificação da sentença e os prazos e meios da sua impugnação, enquanto no segundo caso os actos seguintes serão instrutórios, maxime, uma nova audiência de julgamento, para prova e alegações, e a sentença.

²⁹ REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, 174.

³⁰ LUÍS CARVALHO FERNANDO, *ob. cit.*, 88. Se uma parte entender que o juiz negou ilegalmente a alegação de factos e meios probatórios que poderia alegar se a acção principal fosse autónoma a decisão final será impugnável por nulidade.

V. O juiz não pode deixar de decidir da providência cautelar, atrasando-a ou mesmo negando-a. Já o justificámos atrás.

Apenas depois do trânsito em julgado da sentença final é que sobrevirá a caducidade da medida cautelar tanto se a decisão da *acção principal* for discordante (cf. arts. 389º, nº 1, al. c) CPC), como, se for de *sentido concordante, caso em que a medida* será, segundo uns, *absorvida* pela decisão ³¹ e, segundo, ALBERTO DOS REIS *substituída* pela mesma *apagando-se* ³².

(Continuação). 3. Conclusões. Problema por resolver: critérios judiciais de convoção do objecto da causa. I. Deste excurso preliminar resultam as seguintes conclusões.

- I. o art. 16º admite, *prima facie*, uma convoção não excludente do objecto da causa cautelar, tanto no plano da causa de pedir, como no plano do pedido;
- II. essa convoção parece consistir num aproveitamento — parcial? — do objecto cautelar, pelo menos quanto à causa de pedir e numa inclusão de um pedido novo;
- III. a convoção não carece nem do acordo das partes, nem da vontade unilateral do requerente da providência;
- IV. um sentido de procedência/improcedência tanto do pedido cautelar como do pedido principal são alheios à convoção.
- V. o procedimento é contraditório e adequado à transição de um causa cautelar para uma causa final

II. Podemos agora passar ao núcleo essencial do nosso estudo: qual a natureza do objecto após a convoção e *como e com que critérios o tribunal isola a causa de pedir e o pedido finais? Qual é esse plus ou esse quid diverso do quid cautelar que deve estar presente?*

³¹ COMOGLIO /FERRI/TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995, 369; MONTESANO/ARIETA, *Diritto processuale civile* III ³, Giappichelli, Torino, 1999, 360; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, CEDAM, 1985, 173 e *Trattato di diritto processuale civile* (fund. MONTESANO/ARIETA) III/1, Padova, CEDAM, 2005, 35.

³² *A figura do processo cautelar*, sep. BMJ 3 (1947), 55–56.

Qual a explicação para ser possível este aproveitamento de um objecto para outro quando, afinal, eles não produzem nem caso julgado, nem litispendência entre si, seja qual for a ordem da sua pendência ³³.

§ 3º Objecto cautelar e objecto final. 1. Qualificação da convoção do art. 16º RPE como forma de tutela antecipatória. I. Uma coisa é uma providência cautelar antecipatória e outra uma antecipação de providência. Na feliz expressão de OVÍDIO BATISTA uma coisa é a *segurança da execução* e outra é a *execução [antecipada] para segurança* ³⁴.

Na doutrina separa-se a tutela (decisória) sumária da tutela cautelar ³⁵, a tutela sumária não cautelar da tutela sumária cautelar ³⁶, a tutela antecipatória da tutela cautelar ³⁷, a tutela satisfativa da tutela cautelar ³⁸ ou a tutela de urgência e tutela cautelar ³⁹. Sem mais teorizações — pois iremo-las produzindo de modo casuístico — pode já adiantar-se que a solução trazida pelo art. 16º RPCE é uma solução de tutela antecipatória.

Como diria OVÍDIO BAPTISTA há um “pedaço do processo que se desloca no tempo”⁴⁰ ou “inversão de fases procedimentais” ⁴¹.

³³ ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* ⁹, München/Berlin, Beck, 1961, 1088; DAMM, § 920 cit., Rdn. 1; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 54; GRUNSKY, Stein/Jonas 9 cit., Vor § 916, Rdn. 9, 10 e Vor § 935; MICHALSKI, *Zivilprozessrecht* ², Köln/Berlin/ Bonn/ München, Carl Heymanns, 2003, 269; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 3; WALKER, Vor § 916 cit., Rdn. 15. Identicamente quanto ao *référé* em face da acção principal, DEMEZ/PANIER, *L´autonomie du référé, Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, (dir. VAN COMPERNOLLE/TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998, 46.

³⁴ *Do processo cautelar* ³, Rio de Janeiro, Forense, 2006, 9 ss.

³⁵ LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, RTDPC 41/1 (1987), 91.

³⁶ MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutele differenziate” nei processi civile*, RDP 34/4(1979), 593 e *Trattato* (fund. MONTESANO/ARIETA) III/1 cit., 8; MONTESANO/ARIETA, *DPC* III cit., 205 e 208; P. PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991, 302, *Lezione di diritto processuale civile* ⁵, Napoli, Jovene, 2006, 547, 548, 597 e 598 e *L´istruzione nei procedimenti sommari*, FI 125/V (2002), 17-21; 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 d´urgenza nel processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000, 33; VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori I*, Padova, CEDAM, 2004, 24 ss.

³⁷ COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LPC* cit., 683; ATTARDI, *Diritto processuale civile* ¹³, Padova, CEDAM, 1999, de modo esparso nas pp. 157 e 159.

³⁸ CARPI, *La tutela d´urgenza fra cautelata, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, RDP 40/1 (1985), 680-724, 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, com particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, RTDPC 40/1 (1986), 38 ss.

³⁹ 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).

⁴⁰ *Do processo* cit., 64.

⁴¹ *Do processo* cit., 60.

II. 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, ainda que de modo provisório⁴².

Se nos cingirmos ao estrito campo das acções condenatórias dir-se-ia que um meio de tutela é antecipatório quando produz antes do tempo devido um título executivo.

*Exemplos de injunção*⁴³ pura (o autor não carece de provar os factos que alega): (1) com autonomia formal: o *procedimento de ingiunzioni* na parte do art. 641º, 1ª al. CPC/It⁴⁴, as *ordinanze* dos arts. 186 *bis*, al. 1ª al. CPC e 423º; 1ª al. CPC, o *Mahnverfahren* dos §§ 688º ss. ZPO⁴⁵; os *interim payments* (r. 25.1. (1) (k) CPR 1998⁴⁶); (2): sem autonomia formal: *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* (art. 186 *bis*, 1ª al. CPC/It⁴⁷) e *ordinanze per il pagamento di somme* (art. 423º, 1ª al. CPC/It⁴⁸),

Exemplos de injunção documental (o autor tem o ónus de alegar e provar os factos): (1) *om autonomia formal*: injunção do DL 269/98, de 1 de Setembro *procedimento monitorio ou de ingiunzioni* (art. 641º, 1ª al. CPC/It na remissão para o art. 633º, nº 1 CPC/It⁴⁹); *procédures*

⁴² Cf. mais desenvolvimentos na nossa *A questão* cit., 274 ss.

⁴³ O contraditório do réu não é diferido mas se não deduzir oposição à pretensão do autor será concedida de imediato a providência de tutela, por juiz ou por entidade administrativa. Trata-se, em resumo, de um solução de produção sumária de um título executivo de conteúdo semelhante ao de uma sentença condenatória, mas sem ser uma sentença.

⁴⁴ 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 expressamente a *ingiunzione* como providência sumária, por todos: MANDRIOLI, *Diritto processuale civile* III¹⁴, Torino, Giappichelli, 2002, 195 ss. = *Corso di Diritto processuale civile* III⁶, Torino, Giappichelli, 2007, 149 ss.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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, *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, Oxford University Press, 2003, nºs 18.04 ss.

⁴⁷ 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. Cf. 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., 102–117; NAVARRA, *La tutela interinali: art. 186bis e ter c.p.c. Prospettive “de iure condendo”*, GI 145/IV (1993), 73–89; MERLIN, *Le ordinanze di pagamento delle somme con contestate (dall’art. 423 all’art. 186 bis c.p.c.)*, St. Mandrioli I, 1995, 168 ss

⁴⁸ 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 ordinanze* cit., 164–165 fala, por isso, em “preclusão executiva”). Cf. CAMPESE, *L’ordinanza provvisoriale di cui all’art. 432, 2º comma c.p.c.*, RDP 43/4 (1988), 1089–1102; ZUCCHI, *L’ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, RTDPC 55/3 (1991), 1025–1030; DE ANGELIS, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, (dir. CARPI/TARUFFO; fund. CARPI) ⁴, CEDAM, 2002, Art. 423, 1312–1315.

⁴⁹ Exige-se que o credor apresente uma *prova escrita*, sendo o réu condenado se não se opuser.

d'injonction de payer e *d'injonction de faire* (arts. 1405º ss e 1425º NCPC/Fr⁵⁰); *Urkundensprozess* (§§ 592º ss ZPO⁵¹); *Mandatsverfahren* (§§ 548 ss ZPO/ Ö⁵²); *ação monitoria* (arts. 1102º-A ss CPC/Br⁵³); *proceso monitorio* (arts. 812º ss LEC⁵⁴); o *juicio cambiário* (arts. 819º ss LEC⁵⁵); (2) *sem autonomia formal: istanza di ingiunzione* (art. 186 *ter* CPC/It⁵⁶); *ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione* (art. 186 *quater*, 1ª al. CPC/It⁵⁷); *procedimenti*

⁵⁰ 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, *Droit Judiciaire Privé*², 2003, 189-196 e VINCENT/GUINCHARD, *Procédure Civile*²⁷, 2003, 749-757.

⁵¹ 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 pretensão direito. Cf. MICHALSKI, *ZPR* cit., 234-237 e PAULUS, *Zivilprozessrecht*³, Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 2004, 205-207.

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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 di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2001, 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. CHIARLONI), 1992, Art. 21. *Istanza di ingiunzione*, 245-275 e PASSANANTE, *CommBv* cit., Art. 186 *ter*, 593-601.

⁵⁷ 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 sumariada 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 cautelare. Problemi e casi*, Torino, Giappichelli, 1998, 491-497 = *Ordinanza di condanna post-istruttoria, "non liquet" e necessità di accertamento della responsabilità civile*, RespCvPrev 96/1, 740 ss; CARACCILO, *L'ordinanza ex art. 186 quater*, Nuovo processo civile e giudice único. La

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/It⁵⁸) 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).

Exemplos não injuntórios: o art. 472º nº 2 CPC⁵⁹, a cláusula geral e indiferenciada de exequibilidade provisória das decisões de primeira instância (art. 47º, nº 1); o art. 273º/II CPC/Br: “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 verossimilhança da alegação e I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu⁶⁰”.

A compreensão deste conceito, aplicada ao caso do art. 16º RPCE, desenvolve-se por três planos: *plano processual, plano material e plano prático*.

III. No *plano processual/formal* pode dizer-se que a convolação prevista no art. 16º RPCE é antecipatória porquanto se está perante um *concurso de efeitos entre a*

giustizia civile tra crisi e riforme, Milano, Giuffrè, 2000, 167-177; PASSANANTE, *CommBv* cit., Art. 186 quater, 602-616.

⁵⁸ 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*”.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Restante regime dita que”

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Acrescentado pela L-008.952-1994)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Acrescentado pela L-008.952-1994)

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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 caráter incidental do processo ajuizado.”

realização de duas previsões normativas processuais ⁶¹, no qual uma — a previsão da convolação — produz ou possibilita os *efeitos de tutela* que correspondem inteiramente ou parcialmente aos efeitos produzidos pela outra — a previsão da acção principal — prevalecendo a tutela que, potencialmente, os pode produzir em primeiro lugar, ainda que à custa de restrições às garantias processuais.

Efectivamente o requerente/autor, graças ao art. 16º RPCE, obtém uma decisão/solução sobre o seu pedido de tutela antes do momento em que o mesmo sucederia em sede de tutela plena. E obtém-na de *modo incondicional e final*, i.e., com imediato alcance do valor caso julgado.

No *plano material* o juiz vai proceder à aplicação das mesmas normas para os mesmos factos, de que se retira o direito subjectivo e que seriam invocadas na acção final.

Exemplo: as mesmas fontes normativas de responsabilidade civil, da obrigação de restituição, da obrigação de pagamento.

Finalmente, no *plano concreto ou social do conteúdo da tutela*, o autor vai obter mais cedo as vantagens — o *mesmo efeito útil* — que apenas potencial e hipoteticamente a a acção principal lhe poderia dar: a segurança jurídica, a satisfação do seu interesse como credor, a realização do seu direito à denúncia de um contrato, e assim sucessivamente ⁶².

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” ⁶³, e não à eficácia formal.

(Continuação). 2. O objecto antecipado; conclusões. I. A tutela antecipatória autorizada pelo art. 16º RPCE é *dotada de identidade com o mérito da tutela plena*: as partes e o objecto processual do procedimento de urgência são os mesmos da acção final antecipada.

⁶¹ Assim, TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, CEDAM, 1983, 20.

⁶² Este efeito prático dá-se mesmo quando está excluído o caso julgado 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” e, desse modo, do efeito útil (*Antecipação da tutela* ⁴, S. Paulo, Saraiva, 2005, 48).

⁶³ TEORI ZAVASCKI, *ob. loc. cit.*

Antes de mais há uma *identidade de objectos* tanto do ponto de vista da causa de pedir, quanto do ponto de vista do pedido.

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 a sentença seja obtida por convoção em sede de arresto; ou seja: o incumprimento da obrigação de pagamento. Também o *pedido* é o mesmo: a produção de um comando de actuação com o conteúdo da obrigação incumprida, dimanado do tribunal.

E há uma *identidade de partes*: tal como as partes de uma injunção são as mesmas partes da respectiva acção condenatória, também as do litígio resolvido ao abrigo do art. 16º RPCE são as mesmas na acção principal, seja antecipada ou não.

II. Desta identidade entre o mérito da tutela antecipatória e a tutela plena, que funcionalmente se resolve numa antecipação de efeitos, decorre a fungibilidade processual entre tutela antecipatória e tutela plena⁶⁴ e que se traduz na aplicação das excepções de caso julgado e de litispendência entre as duas vias de tutela — cf. os arts. 494º al. i) e 497º CPC.

Assim, proferido o despacho de convoção haverá litispendência entre a instância final por convoção e qualquer outra acção que se venha a instaurar sobre o mesmo objecto e envolvendo as mesmas partes.

E uma vez que a decisão terá o valor de caso julgado, não mais poderá a uma causa com idêntico mérito ser aberta, sob pena de excepção dilatória negativa de caso julgado — cf., novamente, os arts. 494º al. i) e 497º CPC.

III. Com isto, confirmámos a nossa qualificação da figura da convoção não homogénea do art. 16º RPCE de mecanismo de antecipação de tutela.

Como tal a sua funcionalidade constitucional e sistémica consiste em proceder à *reposição de uma igualdade material entre as partes* — ou, se quisermos, entre o direito à tutela jurisdicional da parte activa e o direito à defesa da parte passiva — que por via ordinária se poderia perder, por força dos tempos desta (*periculum in mora*).

IV. Mas, chegados a esta conclusão, impõe-se que se fixem os *critérios* dessa convoção restrita.

⁶⁴ No nosso sentido, LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, RTDPC 41/1 (1987), 101, 125 ss., alude e demonstra o que designa por “transformabilidade” da tutela decisória sumária em tutela decisória ordinária.

Para tanto há que analisar de seguida o objecto da tutela cautelar e apurar, lembrando as nossas conclusões, como se relaciona com o objecto da acção principal de modo a pode ser convolável.

Depois, verteremos as nossas conclusões em critérios judiciais de convolação.

(Continuação). 3. O objecto cautelar. — A. Algumas notas doutrinárias. I. O objecto cautelar é desprovido de identidade com o objecto final, não sendo antecipatório em sentido técnico. 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.

Em Itália, CARPI nota a “falta de homogeneidade de uma categoria como a tutela de urgência”⁶⁵, enquanto para CARRATTA se uma providência antecipatória “se funda nos mesmos elementos que serão capazes de justificar a providência definitiva”⁶⁶ e por isso é “idónea a substituir a providência definitiva caso esta não sobrevenha”⁶⁷, pelo contrário, sempre que uma tutela não for idónea a substituir a tutela definitiva, trata-se de uma providência cautelar⁶⁸. Por seu turno, para ATTARDI as providências “sumárias não cautelares satisfazem o direito em via antecipada”⁶⁹ e, por isso, 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 diversas⁷⁰.

E, ainda, no dizer de LOMBARDO⁷¹ o “*thema decidendum* do processo cautelar, embora repisando o *thema decidendum* do 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 AUTORES⁷², 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”. Opostamente,

⁶⁵ *La tutela* cit., 681.

⁶⁶ Identicamente, BOVE, *Sospensione del processo e tutela cautelare*, RDP 44/IV (1989), 982: “a providência antecipadora está compreendida nos limites objectivos da providência antecipada”.

⁶⁷ *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, Giappichelli, 1997, 123.

⁶⁸ *Profili* cit., 122 e 123.

⁶⁹ VALETUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori*, Padova, CEDAM, 2004, 60.

⁷⁰ VALETUTTI, *I procedimenti* cit., 61.

⁷¹ *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, RDP 56/2 (2001), 467.

⁷² Assim, TEORI ZAVASCKI, *Antecipação* cit., 50 e 51.

segundo DINAMARCO as *medidas cautelares* servem para impedir “o perecimento do direito” ou assegurar “ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro”⁷³ e o “objecto da medida cautelar é diverso, sob o prisma qualitativo, ou mesmo diferente da pretensão de fundo” escreve FADEL⁷⁴.

Por seu turno, OVÍDIO BAPTISTA exemplifica como há uma “duplicação de lides”⁷⁵ 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”⁷⁶.

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”⁷⁷.

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”⁷⁸ ou da “execução fundada numa pretensão material”⁷⁹. Por isso, não é proferida nenhuma decisão nem sobre a pretensão ameaçada nem sobre a relação jurídica a regular”⁸⁰, em si mesmas.

Um bom exemplo da distinção entre satisfação e segurança — ou entre antecipação e cautela — é-nos dado por SCHUSCHKE⁸¹: através da apreensão e depósito de um 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.

⁷³ *A reforma do processo civil*⁵, Paulo, Malheiros, 2001 141 e 142. No mesmo sentido, BERMUDEZ, *A reforma do Código de Processo Civil*², S. Paulo, Saraiva, 1996, 28 e FADEL, *Antecipação de tutela no processo civil*², S. Paulo, Dialética, 2002, 83.

⁷⁴ *Antecipação* cit., 83.

⁷⁵ *Do processo* cit., 16.

⁷⁶ *Do processo* cit., 16.

⁷⁷ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 27. No mesmo sentido, por exemplo: ROSENBERG, *LdZPR* cit., 1088; F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1967, 98; MORBACH, *Einstweiliger Rechtsschutz* cit., 53; ARENS/W. LÜKE, *Arrest und einstweilige Verfügung*, Lexikon des Rechts. Zivilverfahrensrecht (dir. G. LÜKE/PRÜTTING), 1995, 14; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr, 1993, Rdn.141e *Vor § 916* cit., Rdn. 15; DUNKL, *Handbuch des Staatsrechts des vorläufigen Rechtsschutzes* (DUNKL/MOELLER/BAUR/FELDMEIER), Teil A. Der einstweilige Rechtsschutz bei allgemeinen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Rnd. 8; GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 9; GIEßLER/SOYKA, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*⁴, München, Beck, 2005, Rdn. 40.

⁷⁸ SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

⁷⁹ WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15.

⁸⁰ GRUNSKY, § 935 cit., Rdn. 9.

⁸¹ § 935 cit., Rdn. 3.

Mas mesmo quando a medida é de antecipação, *i.e.*, uma *Leistungsvorfügung*, 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 coisa⁸². Por isso é que JAUERNIG afirma que se está perante um *aliud* e não um *minus* da acção principal⁸³.

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”⁸⁴.

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”⁸⁵.

(Continuação). — B. Posição pessoal. I. Na nossa tese de doutoramento concluímos no mesmo sentido da inexistência de identidade entre objecto cautelar e objecto final.

Concluímos, então, que as providências cautelares são acções judiciais, *i.e.*, meios de resolução de litígios mediante a apresentação de pretensões *relativamente a uma posição jurídica reconhecida pelo direito*⁸⁶. Elas cumprem uma função preventiva da ingerência ilícita na esfera jurídica alheia, a par das acções inibitórias, e das acções de simples apreciação⁸⁷.

O fundamento material de qualquer destas acções é o princípio geral de *alterum non laedere*: o *dever que todo o sujeito da ordem jurídica tem de abstenção de actuação adequada à não lesão de todo e qualquer direito alheio*⁸⁸.

II. Recorde-se que já PESSOA JORGE defendera a existência de um *dever geral de diligência*⁸⁹ e GOMES DA SILVA um *dever geral de não prejudicar a “declaração, feita pela lei, de que certa pessoa é autorizada a praticar determinado*

⁸² Expressamente neste sentido, DUNKL, *Teil. A cit.*, Rdn. 9 e SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 2.

⁸³ *Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen*, ZJP 79/5-6 (1966), 326.

⁸⁴ *Processo civil e comercial* II, Lisboa, 1940, 74 e 75.

⁸⁵ *Estudos sobre o novo processo civil*², Lisboa, Lex, 1997, 232.

⁸⁶ *A questão cit.*, 543 ss.

⁸⁷ *A questão cit.*, 365 ss e 541-543

⁸⁸ *A questão cit.*, 433 ss.

⁸⁹ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, 84, nota 57.

acto ou a desenvolver determinadas actividades tem consequências jurídicas importantíssimas”⁹⁰. Cada homem, escrevia GOMES DA SILVA, “tem (...) não só o dever de agir com as cautelas usuais para evitar danos a outrem [que desconhece] (dever permanente e formal), mas também o de evitar realmente os prejuízos concretos que possa causar a pessoas individualizadas [com quem actue]”⁹¹.

Na Alemanha na doutrina obrigacionista ESSER/SCHMIDT aludem a “deveres gerais de evitar uma ingerência na esfera alheia”⁹², enquanto no processo A. BLOMEYER veio também invocar uma obrigação genérica de inibição de actos não autorizados por qualquer forma⁹³ e EVERS aludir a um “dever geral de não violar os direitos absolutos e outros bens jurídicos”⁹⁴.

Este dever de respeito dos direitos surge, assim, como um *limite geral ao exercício dos direitos* como escreve PESSOA JORGE⁹⁵. Efectivamente, “quando a prática de um acto, apesar de abstractamente integrado no conteúdo do direito, possa previsivelmente lesar direitos de outrem, há o dever de abstenção” (PESSOA JORGE)⁹⁶.

III. Um tal dever de abstenção de ingerência ilícita impõe que a protecção *erga omnes* de um direito se faça valer *antes da ingerência* na esfera alheia.

Justamente, ainda na Alemanha, a este dever associam-se as acções inibitórias: ZEUNER, em franca oposição à antiga doutrina de SIBER⁹⁷, veio 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 tribunal⁹⁸.

Esta seria precisamente, o próprio objecto da função preventiva para ZEUNER e, depois dele, para HOHLOCH a defesa [*Abwehr*] de intromissões não autorizadas

⁹⁰ *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 29-30.

⁹¹ *O dever* cit., 31.

⁹² *Schuldrecht I*⁶, Heidelberg, Müller, 1984, 67-68.

⁹³ *Zivilprozessrecht*², Berlin, Duncker und Humblot, Berlin, 1985, 204.

⁹⁴ *Ob. cit.*, 118.

⁹⁵ *Ob. cit.*, 204-205.

⁹⁶ *Ob. cit.*, 205.

⁹⁷ *Grundriß de Deutschen bürgerlichen Rechts 2. Schuldrecht*, Leipzig, Felix Meiner, 1931, 470 ss., afirmando uma plena separação entre as *Unterlassungsklagen* — e, deste modo, a função processual preventiva — e o *Vergehensverbot*. Como nós, EVERS, *Die Begründung der Vormerkung nach § 885 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes*, 1990, 69 critica esta posição, porquanto ambas as tutelas prosseguem o *Verbot* de ingerência.

⁹⁸ *Gedanken* cit., 304.

nas esferas jurídicas de outrem faz-se através de uma *Unterlassungsklage* na qual o juiz fixa *limites à liberdade de actuação* do sujeito transgressor ⁹⁹.

IV. Por nosso lado, mostrámos que em Portugal há acções preventivas do do ilícito — as acções inibitórias, v.g, as do art. 70º CC e 1474º nº1 primeira parte — e acções preventivas do dano — as providências cautelares. Se as acções inibitórias previnem a ilicitude, as acções cautelares previnem o dano ¹⁰⁰. Esta tutela preventiva contra o perigo de dano seria sempre garantida pelo art. 20º nº 1 CRP, mesmo que não houvesse lentidão processual, essa sim, fonte de *periculum in mora* ¹⁰¹.

Notámos também que no direito anglo-saxónico as *injunctions*, i.e., acções preventivas, não distinguem entre prevenção de ilícito e prevenção de dano na sua causa de pedir mas, ao contrário, essa *divisio* existe nos sistemas romano-germânicos em que ao lado da *actio* se foi desenvolvendo o *interdictum* do pretor ¹⁰² e, por aí, a oposição acção inibitória/acção cautelar.

V. Demonstrámos ainda, no plano do objecto da causa, que a obrigação genérica de não ingerência apenas ganha autonomia perante uma actual ingerência quando há um acto que é idóneo segundo um critério causal a provocar um dano ao autor .

Esse estado de perigo é o pressuposto material ¹⁰³ de um poder potestativo a impor sobre o sujeito ameaçante a conduta adequada a remover nexos causais. Este perigo não é, como é corrente defender-se, um *periculum in mora*, ou seja, decorrente da mora do processo, mas um perigo decorrente da actuação ilícita do réu ¹⁰⁴.

Em concreto, o *objecto cautelar tem como causa de pedir os factos constitutivos de um 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*. Por seu turno, o **pedido cautelar** é sempre a constituição de uma situação jurídica acautelante de finalidade concreta pedida pelo requerente e conteúdo fixado pelo juiz ¹⁰⁵.

⁹⁹ *Die negatorische anspruche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht*, Frankfurt a. M., Metzner, 1976, 126.

¹⁰⁰ *A questão cit.*, 463 ss

¹⁰¹ *A questão cit.*, 541 ss.

¹⁰² *A questão cit.*, 493, nota 2186.

¹⁰³ *A questão cit.*, 572 ss

¹⁰⁴ *A questão cit.*, 496 ss.

¹⁰⁵ *A questão cit.*, 599 ss., 703.

(Continuação). — C. Inidentidade com o objecto final. I. As nossas conclusões teóricas traduzem-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”¹⁰⁶.

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 pendência¹⁰⁷. Mesmo numa providência cautelar *antecipatória*, apesar de haver uma aparente identidade no pedido deduzido ou vantagem concreta pretende, não se gera litispendência para uma actual ou futura acção principal e inversamente, como nota GRUNSKY¹⁰⁸.

Este aspecto é absolutamente decisivo na demonstração de que *estamos sempre perante dois objectos processuais distintos*, mesmo quando se trate de medida antecipatória¹⁰⁹.

III. Em segundo lugar, *as vicissitudes no plano material não são transponíveis directamente de um processo cautelar para o respectivo processo principal*.

Assim, a desistência do pedido e a confissão que tenham lugar numa *einstweilige Verfügung* não produzem efeitos automáticos na acção principal¹¹⁰, o mesmo se dizendo de uma transacção¹¹¹, salvo tratando-se de medida antecipatória

¹⁰⁶ GRUNSKY, § 920 cit., Rdn. 3, a propósito da impossibilidade de convolução do *Arrestverfahren* em *Hauptverfahren*.

¹⁰⁷ 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, *Zivilprozessrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 2003, 269; SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 3; WALKER, *Vor § 916* cit., Rdn. 15. Identicamente, DMEZ/PANIER, *L'autonomie* cit., 46: o *référé* não causa excepção de litispendência perante uma acção principal instaurada. 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” (STJ 19/10/1999).

¹⁰⁸ *Vor § 935* cit., Rdn. 13, 33.

¹⁰⁹ GRUNSKY, *Vor § 935* cit., Rdn. 36.

¹¹⁰ 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”.

¹¹¹ 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).

(*Leistungsverfügung*) houvesse transacção judicial entre as partes em que o réu reconhecesse a dívida ¹¹².

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*” ¹¹³.

(Continuação). — D. O paradoxal aproveitamento do objecto cautelar. I. Se há uma radical diferença entre objecto cautelar e objecto principal, no entanto é possível como já dissemos atrás uma convolação, enquanto *aproveitamento de elementos de do objecto cautelar*.

Na verdade, 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 perfeita identidade*” escreve ABRANTES GERALDES ¹¹⁴.

A *ratio* será, segundo este AUTOR ¹¹⁵, a de que “a função instrumental que a lei atribui aos procedimentos não é compatível com um total divórcio entre os respectivos objectos”.

Veremos adiante que a *ratio* é material, porém.

II. E, efectivamente, como vamos ver a seguir, há pontos comuns entre os objectos cautelares e final que permitem o aproveitamento daqueles para este.

De outro modo, como já concluímos no nosso estudo, permaneceriam sem explicação três grandes paradoxos:

- a. 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;*
- b. 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* ¹¹⁶ ;
- c. do ponto de vista processual *a superveniência de caso julgado contrário na eventual acção principal é causa de caducidade da providência cautelar e,*

¹¹² SCHUSCHKE, § 935 cit., Rdn. 4.

¹¹³ STJ 23/4/2002.

no entanto, *não há excepção nem de caso julgado, nem de litispendência* entre ambas as vias processuais.

Discorda-se, por isto, de BRITES LAMEIRAS para quem “só num único caso — quando o procedimento cautelar é desvirtuado”, é que “são trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do litígio”. Ou, “dito de outro modo, no quadro da matriz própria do procedimento cautelar — nunca”¹¹⁷

§ 4º Retorno ao art. 16º RPCE. 1. Critérios de convolção do art. 16º RPCE. — A. Convolção da causa de pedir. I. Preliminarmente, importa considerar que uma vez que ou por imposição legal — assim entre nós — ou por opção de uma parte — assim na Alemanha, por exemplo, e na Itália para as providências cautelares antecipatórias — o legislador coloca a cautela numa posição de instrumentalidade processual perante uma acção dita principal, esta a ter lugar refere-se ao mesmo direito.

O *jus* de que se pede o *fumus* é o mesmo na providência cautelar e na acção final¹¹⁸.

Exemplo: (1) a suspensão de deliberação provisória refere-se ao mesmo acto viciado que a acção de anulação dessa sentença; (2) o arresto refere-se ao mesmo crédito que será objecto de uma acção condenatória.

¹¹⁴ *Temas da reforma do processo civil* III³, Coimbra, Almedina, 2003, 127.

¹¹⁵ *Temas* III cit., 128.

¹¹⁶ Cf. a nossa *A questão* cit., 235–237.

¹¹⁷ *Ob. cit.*, 26.

¹¹⁸ Identicamente, CECHELLA, *II processo* cit., 7: o *fumus* coincide com a fundamentação dos elementos constitutivos do direito a tutelar na acção principal.

Na doutrina clássica a *ratio* será a que enuncia ABRANTES GERALDES ¹¹⁹: “a função instrumental — material, ressalvamos nós — 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” ¹²⁰, 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 ¹²¹.

Portanto, haverá uma coincidência parcial ¹²² entre as duas causas de pedir cautelares e principal, respeitante ao direito que é objecto de cada uma das tutelas ¹²³

¹¹⁹ *Temas III* cit., 128.

¹²⁰ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot 2* cit., 17.

¹²¹ ABRANTES GERALDES, *Temas III* cit., 128.

¹²² Diversamente, para CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, Giappichelli, 1997, 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.

¹²³ 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 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.

III. Por nosso lado, concluímos, *maxime* em face dos pontos centrais das previsões do arts. 381º, nº 1, 700º CPC/It e dos §§ 916, 920, 935 e 940 ZPO que 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*¹²⁴:

O primeiro grupo são os *factos comuns aos invocados na acção principal: factos relativos à titularidade de um direito ou “situação subjectiva para a qual se requer a cautela”*¹²⁵

Exemplo: o contrato como facto aquisitivo de um crédito ou de um direito de exclusivo comercial sobre o requerido, a usucapião como título da propriedade, de um direito de exclusivo comercial, a menoridade como pressuposto do direito potestativo à anulação de um negócio jurídico.

A exigência da demonstração destes factos estrutura os sistemas cautelares na sob a designação de *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 CRP¹²⁶. *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.

IV. O segundo grupo são *factos diferentes dos invocados na acção principal: factos “integrativos do perigo”*¹²⁷ e *idóneos*, segundo um critério de causalidade a *causar um dano para esse mesmo direito, dano que é futuro*.

O dano 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”*¹²⁸

¹²⁴ Identicamente e com o mesmo conteúdo, COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *LPC* cit., 367.

¹²⁵ CARPI, *La tutela* cit., 707.

¹²⁶ 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”.

¹²⁷ COMOGLIO/CARPI/TARUFFO, *LDPC* cit., 367.

¹²⁸ P. PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.p.c.*, Appunti sulla giustizia civile, Bari, Cacucci, 1982,

e, por isso, voltará a produzir dano ou continuará a produzir dano — *v.g.*, uma venda de património, uma gestão ruinosa, o estado de saúde precário .

Estes factos são relevado em cumulação funcional com os primeiros, 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 ¹²⁹.

A necessidade da alegação e demonstração do segundo grupo de factos é claramente o elemento distintivo da tutela cautelar¹³⁰, já que este está arredado da causa de pedir da acção principal seja esta plena ou antecipatória, ao contrário do *bonus ius*.

V. Desta constatação resulta que *o juiz cautelar ao proceder à convolação da causa de pedir cautelar em causa de pedir final deve apenas aproveitar o primeiro grupo. Ou seja, aproveitar os mesmos factos jurídicos, constitutivos da titularidade do direito, agora retirando-se deles outra pretensão — a pretensão final.*

Exemplo: o mesmo contrato mútuo que é um facto aquisitivo de um crédito na esfera jurídica do requerente e que serve de fundamento a uma pretensão de arresto de bens (quando conjugado com os factos que consubstanciam perigo de dano) pode ser isolado pelo juiz como facto aquisitivo do mesmo crédito na esfera do requerente para fundar uma pretensão de condenação no cumprimento

Por outro lado, deverá fazer corresponder a esses factos constitutivos da pretensão final, as excepções e impugnações que o requerido haja deduzido em oposição ao requerimento cautelar.

Exemplo: a mesma invalidade do contrato de mútuo que constituiria uma excepção peremptória extintiva ou impeditiva, consoante os casos, da procedência do arresto a favor do autor cumprir a idêntica função extintiva ou impeditiva do efeito jurídico de condenação no cumprimento do crédito que seria conhecido na acção final.

390; no mesmo sentido, RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, CEDAM, 1987, 135.

¹²⁹ 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, *Il processo* cit., 7 a causa de pedir cautelar comporta somente o *fumus boni juris*, excluindo o *periculum*.

¹³⁰ 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 allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Napoli, 1936 (reimp.1983), 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.

Em concreto, o juiz deverá nos autos, finda a audiência de julgamento cautelar, buscar se o autor e o réu alegaram e fizeram prova, respectivamente, dos factos integrativos da causa de pedir ou dos factos de impugnação ou de excepção.

. A tarefa não é óbvia porquanto os factos até podem ter sido alegados mas a respectiva prova ter sido sumária.

Por isso, se a prova for inequívoca para o juiz e as partes, ouvidas, não pretenderem mais prova, poderá logo dar a sentença.

Ao contrário, se a prova patente nos autos não for inequívoca ou se as partes o requererem o juiz deverá ordenar ou permitir mais provas.

VI. Por outro lado, *pode suceder que os factos enunciados na causa de pedir cautelar ainda não sejam os suficientes, mas careçam de ser completados com outros.*

Exemplo: o arrolamento dos bens de uma herança, ao abrigo do art. 421º nº 1, pode ser convolado em acção de reivindicação desses bens, por esta ser “acção à qual interessa a especificação dos bens ou a prova da titularidade dos direitos relativos as coisas arroladas” (nº 2 do mesmo artigo), mas impõe que a propriedade dos bens litigados que era duvidosa careça de justificação à luz do facto novo superveniente e aquisitivo da partilha dos bens em favor do requerente.

Neste caso, a sentença final ainda não é possível e haverá necessidade de uma prévia formulação de uma base instrutória em que o juiz selecione a matéria de facto relevante para a decisão da causa final, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida (cf. art. 511º nº 1 CPC).

(Continuação). — B. Convolção do pedido antecipatório. I. O pedido cautelar é a constituição de uma situação jurídica acautelante do perigo de dano, de finalidade concreta pedida pelo requerente e de conteúdo fixado pelo juiz, ao abrigo do art. 392º nº 3 CPC ¹³¹.

Sobre este conteúdo refutámos no nosso estudo a abordagem teórica clássica que separa o pedido cautelar entre *conservação/antecipação* ou entre *conservação/regulação/antecipação* ou, na doutrina italiana de raiz calamandreiana, entre pedido justificado por *pericolo di infruttuosita* da acção principal ¹³² e pedido

¹³¹ “O tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida”. Para mais desenvolvimentos, cf. a nossa *A questão cit.*, 632 ss.

¹³² 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” (ATTARDI, *DPCI cit.*, 152-153).

justificado por um *pericolo di ritardo* que só seria aplacado pelas cautelas antecipatórias ¹³³.

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*” ¹³⁴ enquanto que no plano teórico WENZEL entende que uma tripartição entre *conservação/regulação/antecipação* é apenas uma *pura jurisprudencia de conceitos* sem correspondência com a efectiva função material da medida ¹³⁵.

Por isso, deve entender-se o pedido cautelar como um ponto situado algures numa linha de *graduação de intensidade material* como surge no pensamento de DAMM ¹³⁶: 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.

Adaptando uma afirmação de SCHWONBERG em sede de *Regelungsverfügung* laboral, aquela graduação pode ir do “mínimo absolutamente necessário” até à “plena realização” do direito ¹³⁷.

Com estes pressupostos dogmáticos, a distinção conservação/antecipação, fundada na relação com a acção principal, deve dar lugar a uma distinção *segurança/antecipação*, fundada na *relação material, porque fundada em normas específicas, com o objecto do direito acautelando*.

II. É com essa distinção em mente que se poderá operar a convolação não homogénea em sede do art. 16º RCPE.

¹³³ E. DINI/MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro* 7, Milano, Giuffrè, 1997, 75: o “perigo de que a satisfação do direito chegue mas atrasada”.

¹³⁴ *AlternativKomm* cit., §§ 935, 940, Rdn. 3

¹³⁵ *Grundlinie des Arrestprozesses*, MDR 11 (1967), 883.

¹³⁶ *Vor § 916* cit., Rdn. 26.

¹³⁷ *Die einstweilige Verfügung* cit., 209.

Assim, 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 identidade ¹³⁸, portanto — *antes do tempo legal ou contratualmente devido*; nesse caso teremos uma tutela *preventiva materialmente antecipatória ou com satisfação*.

Estas providências antecipatórias, pela sua ingerência extrema na esfera do requerido, por vezes irreversível, *são excepcionais*. Elas cingem-se aos casos em 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 — seja porque

- a. *não há forma de evitar a futura violação do direito se esta for postergada para o momento substantivamente devido*

Exemplos: prestação de informações essenciais, publicação de direito de resposta na imprensa, direito a tempo para formação profissional, prestação de alimentos, recebimento de uma prestação social ou gozo de licença de parto, reparação indemnizatória provisória, prestação de salário ou de pagamento de serviço, prestação de cuidados de saúde.

- b. *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*

Exemplos: pretensões de inibição de certa conduta (*Unterlassungsansprüche*) quando não seja possível uma medida de segurança, como a apreensão de bens, em sede de tutela da concorrência, de tutela dos direitos de personalidade — honra, reserva da vida privada, protecção de dados —, de direito do trabalho (incluindo proibição de não trabalhar em outro lado) e de tutela de direito de publicidade de um bem ou de um serviço.

III. Ora, nestas providências antecipatórias já constará dos autos o mesmo efeito jurídico que se obteria na acção principal, embora não dotado do valor de caso julgado absoluto. Provisório, portanto.

A convalidação consistirá em o *juiz voltar a enunciar esse efeito agora com a qualidade de definitivo e julgar da sua procedência à luz somente da parte da causa de pedir cautelar e da oposição respectiva que sejam respeitantes aos factos jurídicos constitutivos da titularidade do direito e contrapostas impugnações e excepções*

¹³⁸ Neste sentido, SCHWONBERG, *Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung*, Belin, Duncker & Humblot, 1997, 113.

Exemplo: uma providência cautelar inominada de condenação da EPAL na abertura imediata do fornecimento de água ao requerido, por perigo de dano, pode ser convolada numa acção de condenação da EPAL na abertura definitiva da água.

*Exemplo de REMÉDIO MARQUES*¹³⁹: na providência de reparação imediata de elevador ou de realização imediata de obras pode-se convolar para condenação final nessas mesmas prestações.

Trata-se assim de uma actuação sobre matéria de direito, porquanto sobre o estrito plano de efeitos jurídicos pedidos pelo autor.

¹³⁹ *Ob. cit.*, 175.

IV. Deve notar-se que é, aliás, na área das providências cautelares antecipatórias que tem vindo a sentir-se a pressão para extinguir a instrumentalidade processual das providências cautelares.

Assim, no ordenamento italiano vigente até a reforma de 2005/2006: obtida uma providência decretada ao abrigo do art. 700º CPC/It 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. Contudo, a regra do art. 669 *octies*, 1ª al. CPC/It — cujo prazo foi alargado para 60 dias — conhece desde a reforma de 2005/2006, uma importante excepção: já não se aplica “as providências de urgência decretadas nos termos do art. 700º e as outras providências cautelares idoneas a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no código civil e em leis especiais” e, bem assim, as “providências emitidas a seguir a denúncia 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) ¹⁴⁰.

Desde então “uma providência cautelar não conservatória pode permanecer eficaz *sine die* se não for instaurada a causa de mérito ou se esta se extinguir” ¹⁴¹, como sintetizam SATTA/PUNZI ¹⁴². Fala-se, por isso, num “regime de estabilidade diferenciado” ¹⁴³ ou de *instrumentalidade atenuada* ¹⁴⁴ ou *diferida no tempo* ¹⁴⁵.

Isto é, aliás, o que sempre sucedeu com o *reféré* francês ou com as *einstweilige Verfügungen* alemãs (cf. § 926º ZPO). Mesmo entre nós o arrolamento de bens do cônjuge é autónomo, se lermos com cuidado o regime legal do art. 427º, nº 2.

¹⁴⁰ Cf. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, Il processo cautelare (dir. TARZIA)², Padova, CEDAM, 2004, 227–228; MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 334; F. VERDE, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 2005, 416 ss.; BALENA, *[La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”]*, *Le riforme più recenti del processo civile* (BALENA/BOVE), Bari, Cacucci, 2006, 324 ss.; BARTOLINI/PASTORE, *Il nuovo procedimento cautelare uniforme. Guida ai procedimenti cautelari dopo le riforme*, Piacenza, La Tribuna, 2006, 50; P. PISANI, *LDPC* cit., 600; G. VERDE/B. CAPPONI, *Profili del processo civile* 3, Napoli, Jovene, 1998 (reimp. 2006 com apêndice), 490; MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217; MAZZARELLA/TESORIERE, *Corso di diritto processuale civile*², Padova, CEDAM, 2007, 338; SATTA/PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima edizione*, Padova, CEDAM, 2007, 135–138. Já no *Codice 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).

¹⁴¹ 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.

¹⁴² *DPC/App* cit., 137; no mesmo sentido, BALENA, *idem*, 329.

¹⁴³ BALENA, *[La disciplina]* cit., 324.

¹⁴⁴ SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, Il processo cautelare (dir. TARZIA) cit., 292; CONSOLO, *Spiegazioni diritto processuale civile* I⁵, Padova, CEDAM, 2006, 303 e 304; P. PISANI, *LDPC* cit., 600; MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217 e SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135 ss.

¹⁴⁵ ARIETA, *Trattato* (fund. MONTESANO/ARIETA) III/1 cit. 38.

V. Mas importa, voltando ao nosso art. 16º RCPE, fazer uma ressalva: neste a solução final é já dada com um *objecto final*; naquelas soluções italiana, francesa ou alemã, a solução praticamente final é dada com um *objecto cautelar*.

Os resultados práticos são idênticos mas *a razão não reside numa instrumentalidade processual como dominantemente se defende*.

A instrumentalidade é material¹⁴⁶: um *concurso* ou uma prejudicialidade — consoante os casos¹⁴⁷ — entre o problema material que seria apreciado em acção plena/antecipatória e o problema material que é apreciado em acção cautelar. No plano do direito objectivo, há um cruzamento de eficácias normativas, decorrente da própria instrumentalidade entre a *obrigação genérica de não ingerência* e a própria *afecção 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 afecção 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.

Por isso, na feliz enunciação jurisprudencial “*não há que confundir a caducidade do direito substantivo de propositura da acção com caducidade da providência cautelar de suspensão da deliberação*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ 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 leva MANDRIOLI, *CDPC* III cit., 217 e SATTA/PUNZI, *DPC/App* cit., 135 ss., a falarem de uma “instrumentalidade atenuada”, como já dissemos.

¹⁴⁷ Para mais desenvolvimentos, cf. a nossa *A questão* cit., 623 ss.

¹⁴⁸ STJ 23/4/2002.

(Continuação). — C. Convolução do pedido de segurança. I. 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.

Exemplos: uma *inibição/proibição de venda futura de um bem a terceiro* para salvaguardar o efeito do direito à execução específica do contrato promessa; o arrolamento ou, em geral, a *apreensão ou depósito de bens* objecto de litígio; a *suspensão ou embargo de actos* materiais, como uma obra de demolição até serem tomadas as medidas de segurança regulamentares em falta, *ou de actos jurídicos*, como uma deliberação social ou um despedimento colectivo enquanto a respectiva legalidade não for apreciada com valor de julgado,

Nestas providências de segurança não constará dos autos o mesmo efeito jurídico que se obteria na acção principal.

Exemplos: não consta o pedido de execução específica, ou de reivindicação do bem ou de proibição da obra ou de declaração de nulidade da deliberação ou despedimento; não consta o pedido de condenação no pagamento da dívida para quem veja o arresto como medida de segurança de uma acção de cumprimento (em rigor, para nós, é uma medida antecipatória do exercício do direito material à execução coactiva da prestação, mediante penhora e venda),

Por isso, LOPES DO REGO e, implicitamente, BRITES LAMEIRAS, afirmam que o regime do art. 16º RPCE não é aplicável às providências cautelares conservatórias¹⁴⁹. Nelas nunca poderiam ter sido trazidos *ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso*.

Pessoalmente temos dúvidas de que assim possa ser. A convolução é de rejeitar se “elementos necessários” se referir aos fundamentos e ao efeito jurídico pretendido; mas se apontar somente para os fundamentos, como o cremos, não vemos por que não se possa proceder à convolução depois de se convidar o autor para enunciar o pedido e o réu a defender-se.

§ 5º Conclusões. Apenas a prática mostrará se o procedimento do art. 16º RPCE pode ser eficaz ou se será mais uma “invenção” para “colocar na prateleira” das reformas processuais falhadas.

¹⁴⁹ *Comentário cit.*, 26–27, citando LOPES DO REGO.

Por nós, pensamos ter demonstrado que, no estrito plano dogmático, pode um tribunal aproveitar uma parte do objecto cautelar para compor um objecto final e, por aí, proferir uma decisão final.

Tratar-se-á sempre, e em qualquer circunstância, de antecipar a decisão final, ainda que desfavorável ao autor e sem negar a decisão do próprio pedido cautelar.

Nas medidas cautelares antecipatórias, o juiz terá apenas de alterar a qualidade provisória para final, do pedido enunciado pelo requerente. Nas medidas cautelares de segurança o juiz deverá requerer à parte activa que enuncie o pedido. Em ambos os casos a causa de pedir pode ser extraída da causa cautelar, se necessário com alegação e prova complementar.