

RITA LYNCE DE FARIA

A TUTELA CAUTELAR ANTECIPATÓRIA NO PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS

**Um difícil equilíbrio
entre a Urgência e a Irreversibilidade**

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2016

Introdução

§ 1.º

Enunciação do problema e sua fonte

I. A tese agora apresentada representa o culminar de uma caminhada, com altos e baixos. Exigiu pesquisa, exigiu estudo, exigiu sacrifício pessoal e profissional, exigiu reflexão. E tantas vezes exigiu o distanciamento temporal que permitiu olhar para os mesmos problemas e soluções a que anteriormente se tinha chegado com um novo olhar, mais objetivo e mais ponderado, que apenas pode ser resultado do passar do tempo, essencial à maturação própria de qualquer caminho intelectual. Em suma, a tese exigiu tempo. Tal como tudo na vida, o tempo constitui uma dimensão inelutável da realidade humana. Nada se faz bem sem dedicação de tempo.

Assim acontece também com o processo. Seria uma ilusão pensar que pode haver decisão jurisdicional justa e ponderada sem tempo¹. Como refere MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “o tempo pacifica; é bom conselheiro; cria distanciamento; amplia a capacidade de estabelecer conexões e comparações; permite análises sistemáticas; favorece a imparcialidade, a isenção, a independência exigidas à ação de julgar”². E, com algum humor, QUINTERO TIRADO cita palavras do seu antigo professor de processo penal, em La Plata, KRAISELBURD, segundo o qual, “pelo menos duas coisas não podem deixar de se fazer sem o consumo de tempo necessário e adequado: dormir e fazer justiça; se se apressar ou demorar para além

¹ A palavra *processo* significa precisamente esta sequência de atos no tempo, com vista a alcançar um estágio diferente do inicial. O tempo constitui, por conseguinte, um fator essencial do processo, como concluem FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, I, p. 205; LEIPOLD, *Strukturfragen...*, p. 260 e ANTUNES VARELA, *A frustrada reforma do processo civil*, p. 130.

² MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público...*, p. 50.

do tempo adequado em cada uma destas tarefas, os resultados e produtos finais ficam inacabados: são inaptos, infecundos”³.

O tempo no processo é, por conseguinte, necessário. Necessário para que as partes possam transmitir e demonstrar, em juízo, a sua versão e interpretação dos factos. Necessário para decidir ponderadamente, sem a pressão da urgência que tantas vezes conduz a decisões precipitadas e assentes em pré-juízos frequentemente inconscientes⁴. Muito embora, no seu âmago, o ser humano anseie pela justiça da decisão instantânea, a verdade é que só Deus poderá julgar com justiça e sem necessidade de tempo⁵. O homem, embora o deseje, não consegue dar resposta a essa insatisfação. Apenas pode minorá-la, procurando que as decisões jurisdicionais sejam proferidas em *prazo razoável*.

Nesta constatação radica o ponto de partida do problema que está na origem da nossa tese. A nossa justiça vive, há várias décadas, uma crise que se traduz, entre outros aspetos, numa demora desrazoável na decisão dos processos judiciais, que deixaram de dar resposta a situações que exigiriam soluções mais urgentes⁶. Esta constatação tem consequências a

³ QUINTERO TIRADO, *Las medidas cautelares frente a los retos del nuevo milenio*, p. 44.

⁴ Existe um enorme risco de o julgamento judicial tender para o chamado *senso comum*, que tantas vezes esconde juízos preconceituosos, assentes em convencimentos injustificados, mas bem suportados por aparentes generalizações estatísticas credíveis e coerentes (Michele Taruffo, *Narrativas processuais*, pp. 138 e 139). Também nesta sede o recurso à vulgarmente chamada “máxima da experiência” pode ser enganador se tiver por detrás generalizações universais mas sem base cognitiva (*ob. cit.*, p. 141). Como conclui RUI PINTO DUARTE, *Algumas notas acerca do papel...*, p. 6, toda a valoração judicial tem “na sua base (entre outros elementos) convicções-crenças individuais”. A questão é que quanto mais rápida tenha de ser a decisão, mais facilmente o julgador cederá à tentação deste tipo de juízos.

Note-se que esta possível atitude judicial assente em pré-juízos, se distingue da necessária “pré-compreensão”, necessária a toda e qualquer atividade hermenêutica, “condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata”. A crítica dirige-se apenas à atitude negativa daquele que parte de uma “convicção de justeza” que afasta a “disponibilidade para questionar e retificar o seu entendimento prévio, face ao sentido que se lhe vai revelando” (KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, pp. 291 e ss.).

⁵ Por contraste, MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, p. 11, chama a atenção para o facto de que o processo humano é imperfeito por exigir a sucessão de diferentes unidades de tempo, e ISABEL FONSECA, *Dos novos processos urgentes...*, p. 44, refere-se à “insuprível falta de instantaneidade da justiça humana”.

⁶ Sobre a crise da nossa justiça, v. ANTÓNIO BARRETO, *Crises da justiça*, pp. 13 e ss., e MIGUEL VEIGA, *Da crise da justiça...*, pp. 394 e ss.

vários níveis, em especial ao nível da justiça material das decisões que, por tardarem, falham no seu objetivo de justiça.

Este cenário tem como vítimas aqueles que recorrem à justiça para demonstrar a razão do seu direito e que, anos volvidos sobre a solicitação de tutela aos tribunais, acabam por beneficiar de uma sentença procedente mas que se revela inútil, quer porque o decurso do tempo a tornou inexecutível, quer porque aquele que tinha razão se viu privado do bem jurídico que lhe era devido, não tendo agora o veredicto favorável qualquer utilidade. Como expressivamente descreve FEDERICO CARPI para ilustrar o ridículo em que se traduz a prolação de uma decisão passados anos, pretensamente justa mas totalmente ineficaz, “a sentença chega no coche real do caso julgado material quando os interesses das partes não estão mais na espera vigilante da decisão, mas estão sepultados sob a poeira do tempo e da história”⁷. Na verdade, a demora do processo é sempre uma vantagem para aquele que se encontra na situação que lhe convém, quando do ponto de vista jurídico não lhe assiste razão. O que permite afirmar que, neste sentido, tendencialmente, existe uma relação inversamente proporcional entre a duração do processo e a justiça efetiva da tutela jurisdicional⁸.

Isto não significa, todavia, que sejam defensáveis as soluções alternativas que caem no extremo oposto de uma justiça demasiado célere em que se cede à tentação de acreditar que uma justiça com pouco tempo pode ser igual, ou até mais justa. E do polo das decisões ponderadas, embora demoradas, cai-se no polo oposto das decisões rápidas e muitas vezes baseadas numa análise perfunctória da lide⁹. Para este desequilíbrio contribui, muitas vezes, nas sociedades modernas, a pressão constante a que estão sujeitas entidades políticas e judiciárias, no sentido da resolução da grave crise que a nossa justiça tem atravessado e que se manifesta, sobretudo, na demora desrazoável das pendências judiciais.

O tempo do processo não pode ser visto, pura e simplesmente, como um inimigo a combater. Os magistrados, apesar de terem de ter

⁷ FEDERICO CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, p. 698.

⁸ FERRUCCIO TOMMASEO, *Intervento*, p. 301.

⁹ O equilíbrio nesta matéria sempre foi considerado questão fundamental. Já na época do projeto do CPC 1939, da autoria de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ROBERTO GOLDSCHMIDT, *Intorno al progetto d'un nuovo codice di procedura civile portoghese*, p. 280, comentava em apreciação àquele projeto: “É indispensável que a justiça seja rápida, mas [...] é igualmente indispensável que se faça realmente justiça.”

consciência da razoabilidade do tempo processual¹⁰, não se podem sentir constantemente pressionados pela urgência judiciária. Porque, como se torna possível demonstrar, o tempo é uma realidade ambivalente que faz com que o processo seja simultaneamente um instrumento e um obstáculo à realização da justiça. Assim, se tolerar o tempo processual pode significar a perda da justiça das decisões, neutralizá-lo pode destruir essa mesma justiça¹¹. Daí a necessidade de tratar esta questão com cautela e equilíbrio para que, combatendo-se um extremo, não nos arrisquemos a cair no outro extremo, igualmente prejudicial.

As crises, como aquela que se vive no nosso sistema judicial, exigem prudência. Por um lado, a crise é necessariamente semente de algo novo, em substituição de um modelo precedente que acabou por esgotar as suas potencialidades¹². Mas, por outro, o modelo que dela advém pode ser ainda pior do que o que claudicou e conter no seu gérmen as sementes de uma nova crise, porventura pior do que a anterior. A resposta está na ponderação das causas da crise precedente, na observação atenta e científica da realidade, no ensaio de soluções novas sem a pretensão política da sua perfeição.

II. O processo civil e com ele o direito à tutela jurisdicional surgiu como uma contrapartida da proibição da autotutela entre os particulares.

¹⁰ A este propósito, pode ler-se em MARC BESSIN, *La temporalité de la pratique judiciaire...*, *passim*, uma interessante análise sociológica do fator tempo na prática judiciária. Em resumo, o Autor chama a atenção para a existência, na atividade judiciária, de uma pluralidade de operadores que vivem o tempo de formas muito diferentes. Nomeadamente, para os magistrados, para além da ideia comum de que o tempo permite “ponderar, relativizar, certificar”, esteve durante muito tempo enraizada a ideia de valorização da lentidão, “como uma espécie de pressuposto necessário para um desempenho nobre da sua missão” (*ob. cit.*, p. 333), como se a rapidez ficasse automaticamente associada ao “*mal faire*” (*ob. cit.*, p. 334). Naturalmente que esta conceção acabou por chocar com as exigências de celeridade da realidade social.

¹¹ MARC BESSIN, *La temporalité de la pratique judiciaire...*, p. 335, chama a atenção para o facto de que existem duas dimensões complementares da experiência do tempo: o *chronos* e o *kairos*. Enquanto a primeira se traduz no tempo objetivo e mensurável, o *kairos* sugere “a oportunidade, o momento adequado, a ocasião propícia”, uma dimensão qualitativa do tempo. Neste sentido, não fossem outros fatores relevantes e o tempo ideal para a decisão judicial não se compadeceria tanto com o tempo cronológico mas sobretudo com uma dimensão do *kairos*.

¹² Uma das manifestações desta necessidade de mudança foi precisamente a entrada em vigor de um novo CPC, a 1 de setembro de 2013, que teve subjacente, como objetivo assumido, a celeridade processual.

A necessidade de paz social e a consciência de que a força nem sempre está do lado de quem tem razão, cedo levou a considerar o sistema de autotutela como inadequado à realização dos objetivos a que uma sociedade civilizada aspirava. No entanto, esta impossibilidade de os particulares, por sua livre iniciativa, reporem a justiça nos conflitos em que se viam envolvidos, exigia necessariamente uma resposta da parte do Estado. Uma resposta que não passava apenas pela criação de regras de direito substantivo que veiculassem o *dever ser*. A atribuição de direitos e deveres aos sujeitos de uma comunidade não era suficiente para a prossecução do objetivo de resolução dos conflitos através de alternativas à autotutela. Exigia-se ainda, como complemento de eficácia prática, que a aplicação dessas regras ao caso concreto pudesse ser garantida pela força. Em suma, ao proibir a autotutela, o Estado assumiu o compromisso de, em contrapartida, tutelar as situações em conflito de forma adequada, assegurando assim a paz necessária¹³.

Essa resposta surgiu com a criação de um sistema jurisdicional em que a reposição da legalidade é garantida exclusivamente pelo Estado. Neste contexto, para além da criação dos órgãos jurisdicionais competentes e adequados para a aplicação do Direito, foi atribuído, a cada particular lesado, um direito de ação, que se traduz na possibilidade de recorrer a tribunal para o reconhecimento do seu direito e a reintegração da ordem jurídica violada. Assim, “[a] todo o direito [...] corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo” (art. 2.º, n.º 2). O processo civil vem *dar forma* a este direito de ação, tornando possível que o particular lesado, através de um processo judicial traduzido em diversos atos e procedimentos, alcance a *efetividade* do seu direito¹⁴. Nisto se traduz o grande objetivo do direito processual civil: em última análise, garantir a efetividade dos direitos atribuídos aos sujeitos. Na medida em que a prossecução deste fim falhe, podemos dizer que há uma crise da justiça civil. De nada adianta a busca da perfeição do direito civil substantivo, se essa substância normativa não alcançar o cerne para que foi criada:

¹³ Assim, HEINZE, in *Münchener Kommentar*, anot. 2 ao § 935; JAUERNIG, *Direito processual civil*, pp. 35 e 36; LUIZ GUILHERME MARINONI, *O custo e o tempo do processo civil brasileiro*, p. 38; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, pp. 2 e ss., e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O fim do processo declarativo*, pp. 252, 253, 271 e ss.

¹⁴ Como define JOÃO DE CASTRO MENDES, *O direito de ação judicial*, p. 134, “[d]ireito de ação judicial ou simplesmente ação é o direito de exigir do Estado a prestação de uma atividade, justa e tão relevante quanto possível, no sentido da composição dum litúgio”.

a realização e ordenação concreta da vida dos particulares. Só assim se alcançará a paz jurídica.

III. Dimensão incontornável da paz jurídica proporcionada pela resolução dos conflitos entre os particulares é, como acima referimos, o fator tempo. Não há decisão justa sem tempo¹⁵. Mas este tempo, de que o processo nunca poderá prescindir, tem consequências a vários níveis, para ambas as partes.

Desde logo, a pendência de uma ação judicial cria inevitavelmente expectativas, custos económicos, receios e angústias quanto ao resultado da ação. Para além disso, para aquele que se vê na necessidade de recorrer a juízo por se sentir prejudicado no seu direito advém de imediato o prejuízo de se ver privado, na pendência judicial, do bem jurídico a que tem direito¹⁶.

Acresce que a demora do processo, para além de todos estes custos que aqueles que recorrem à justiça já se habituaram a tolerar como normais, pode ainda desencadear um outro tipo de consequências nefastas a um nível muito mais grave. Na verdade, este tempo pode tornar-se fator de injustiça naquelas situações em que a decisão justa chega tarde demais, num momento em que a sua efetividade e consequente utilidade ficam postas em causa¹⁷. Ao contrário do dito popular de que *a justiça tarda mas não falha*, em muitas situações a justiça *tarda*, e por isso *falha*. Dir-se-ia que, nestas situações, parece que o tempo corre ainda mais rápida e perigosamente.

¹⁵ Como refere PIERRE RAYNAUD no prefácio a PHILIPPE JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, “como tudo o que é humano, as instituições jurídicas estão inscritas no tempo. O Direito, que se constrói sobretudo a partir de elementos que lhe são exteriores, não pode ignorar o decurso do tempo com os seus efeitos [...]”.

¹⁶ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela*, pp. 2 e 3. Note-se que, de facto, neste sentido, o prejuízo da pendência de uma ação parecer ser sempre maior para o autor, que se considera privado do bem jurídico que pretende obter pela via judicial, do que para o réu, ainda que se venha a concluir pela sua razão.

¹⁷ Como refere ADRIAN ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, p. 6, para além da constatação de que o tempo constitui uma dimensão absolutamente necessária da justiça da decisão, “existe uma outra dimensão que é independente da justiça da decisão. O tempo pode ser fonte de erosão da utilidade de uma sentença apesar da sua justiça. [...] A justiça atempada constitui, por isso, tal como a correta aplicação da lei à realidade dos factos, uma dimensão da justiça” (*ob. cit.*, p. 7).

E é esta realidade que confere sentido à tutela cautelar¹⁸. No contexto de um perigo mais grave que a pendência da ação pode provocar, os procedimentos cautelares, mecanismos de resolução rápida e perfunctória do litígio que permitem a decretação de uma medida provisória, possibilitam que a ação judicial corra os seus termos no tempo necessário à formulação de uma decisão ponderada e, logo, mais justa¹⁹. Desta forma se logra manter o tempo humanamente necessário à decisão jurisdicional, não prescindindo da efetividade da solução que poderia chegar *tarde demais*²⁰.

IV. Este equilíbrio entre procedimento cautelar e ação principal, no entanto, se chegou a ser uma realidade, acabou por ficar viciado e ultrapassado pelo evoluir da sociedade, à qual as soluções cautelares tradicionais, bem como os modelos processuais paradigmáticos, deixaram de dar resposta, tornando-se rapidamente obsoletos e desajustados.

Este fenómeno deveu-se, no essencial, a diversos fatores que ocorreram em paralelo e que acabaram por se revelar simultaneamente causa e efeito uns dos outros.

Em menos de cinquenta anos, o tipo de conflitos que exigiam uma resposta dos tribunais alterou-se radicalmente. O ritmo de vida tornou-se avassalador, tendo como inerente consequência um vertiginoso aumento da litigiosidade e o recurso crescente às vias jurisdicionais a que acedem um número cada vez maior de sujeitos jurídicos. Para além disso, o consumo massificado e o recurso ao crédito aumentam exponencialmente, potenciando as situações de incumprimento que ocupam os órgãos judiciais²¹.

¹⁸ Como afirma ROGER PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, p. 152, não seria necessário falar de providências cautelares se o julgamento definitivo pudesse ser proferido de imediato, sendo a duração do processo que lhes confere utilidade.

¹⁹ A este conjunto de atos processuais destinados à apreciação de uma situação carecida de tutela urgente designaremos de *procedimento cautelar*. A medida concreta a conceder nesse procedimento designar-se-á de *providência cautelar*.

²⁰ Sobre esta génese da tutela cautelar, v., por todos, PIERO CALAMANDREI, *Introduzione...*, pp. 19 e 20, e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *A figura do processo cautelar*, p. 35.

²¹ Verificou-se, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX, uma *explosão da litigiosidade*, nas palavras de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A sociologia do direito e da administração da justiça*, p. 3, e *Os tribunais na sociedade portuguesa*, p. 66, agravada em virtude das transformações sociais e das recessões económicas que implicaram a diminuição de recursos, como sucede atualmente. Assim, por exemplo, o número de processos cíveis entrados e pendentes nos últimos anos tem vindo a aumentar numa proporção incontrolável. Por exemplo, o número de processos cíveis entrados passou de 312 234, em 1993, para

Alterou-se o ritmo de vida e, consequentemente, a percepção do tempo. Tudo ocorre a uma velocidade alucinante. Criam-se meios de transporte e de comunicação progressivamente mais rápidos que permitem cruzar o mundo e a informação em cada vez menos tempo. As transações que mobilizam a riqueza e a transmissão da informação, que anteriormente se processavam ao longo de um tempo razoável, ocorrem agora em frações de segundo, à distância de um clique, e através de meios tecnológicos e informáticos que prescindem do contacto físico entre os principais intermediários. Uma curta fração de tempo é suficiente para desencadear prejuízos incomensuráveis a uma massa de sujeitos indeterminada²². As mudanças, a todos os níveis, sucedem-se sem que os indivíduos e a sociedade tenham tempo de as digerir e de a elas se adaptar. O ritmo de vida, empurrado pelas novas realidades, ganhou uma nova dimensão. *Não há tempo a perder*²³.

480 690, em 2010 e, entre 1993 e 2010, o número de processos cíveis pendentes em cada ano passou de 338 487 para 1 450 331 (disponível em www.dgpj.mj.pt).

Esta *litigation explosion*, de resto, não é estranha a outros países de economia avançada, tendo levado a que, em Itália, segundo FRANCO CIPRIANI/MARIA GIULIANA CIVININI/ANDREA PROTO PISANI, *Una strategia...*, p. 81, tenha duplicado a litigância nos últimos vinte anos, razão apontada pelos Autores para o risco de colapso definitivo da justiça civil italiana. Relativamente a este aumento de litigiosidade e suas causas no plano do direito comparado, ADRIAN ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, pp. 42 e ss.

E por isso, como bem refere PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé...*, p. 14, nota (14), se o século XX terá sido o da “generalização do acesso à justiça”, o século XXI terá de ser, necessariamente, o da “limitação do excesso do acesso à justiça”. De resto, a caracterização da litigiosidade própria do século XXI como uma *litigância de massa* (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime processual civil experimental anotado*, p. 28), é emblemática deste fenómeno. E acresce a esta circunstância uma certa banalização sociológica das “situações de dívida”, que faz sentir a necessidade crescente de recurso à via judicial para a cobrança de créditos não realizados espontaneamente. “Ser devedor deixou de ser uma vergonha e não pagar as dívidas deixou de ser sinal de desonra” (ROGER PERROT, *L’effettività dei provvedimenti giudiziari...*, p. 845). Igualmente, FEDERICO CARPI, *Le riforme del processo civile...*, p. 846. No mesmo sentido, na justiça portuguesa, MIGUEL VEIGA, *Da crise da justiça...*, pp. 396 e ss.

²² Assim o refere FRITZ BAUR, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, p. 16, sublinhando que uma justiça lesiva pode hoje ter consequências muito mais graves sobre o indivíduo.

²³ Como refere ISABEL FONSECA, *Introdução ao estudo sistemático...*, p. 419, vive-se num “cultura do tempo curto”. “[N]unca como hoje o tempo foi tão precioso”, conclui MIGUEL PRATA ROQUE, *Cautelas e caldos de galinha?...*, p. 529. A mesma ideia é expressa por ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Per un nuovo codice di procedura civile*, p. 27, ao considerar

Como consequência destas circunstâncias externas, um novo fenômeno, simultaneamente causa e consequência, mais silencioso mas não menos evidente, ocorreu no interior do ser humano e da sociedade. Estes deixaram de saber esperar, permanecendo num estado de descontentamento constante. O homem passou a sentir com maior vigor a urgência das respostas instantâneas e nele surgiu uma sensação de frustração e de insuficiência perante resoluções demoradas. Mas sem prejuízo da mesma exigência de qualidade. Quer-se tudo, sem prescindir de nada.

A par daquela mudança, também o panorama jurídico, bem como os respetivos valores a tutelar se alteraram. A riqueza tradicional assente na propriedade de bens corpóreos e materiais, tendencialmente eterna, e, no essencial, reduzida aos conflitos entre proprietários ou sucessórios e matrimoniais, que se compadeciam com o ritmo lento da nossa justiça, em consonância com o ritmo lento da nossa sociedade, deu lugar a um *mundo novo* em que os direitos subjetivos se multiplicaram tendo agora uma dimensão transnacional. Para além disso, os particulares como sujeitos principais de direitos foram substituídos pelas pessoas coletivas e pelos interesses coletivos e, neste novo paradigma, a maior riqueza passou a residir na titularidade de ativos sociais²⁴.

Em suma, esta nova realidade alterou também as mentalidades e as necessidades de justiça. O ritmo de vida frenético e a multiplicação de direitos, bem como a massificação do consumo com recurso ao crédito e uma consciência progressivamente adquirida da possibilidade de um acesso, cada vez mais alargado, dos cidadãos à justiça, potenciou os litígios e o recurso crescente às vias jurisdicionais, provocando uma insuficiência dos níveis de resposta tradicionais. Por outro lado, como consequência da nova sociedade que tudo quer, sem saber prescindir de nada, exige-se uma justiça rápida, mas sem prejuízo de uma boa justiça. E, paradoxal-

que, por este motivo, em quarenta anos, o *Codice di Procedura Civile* ficou obsoleto, e por MARIO CASELLA, *Il nuovo processo cautelare ed i profili pratici*, pp. 18 e 19, que refere a expressiva conclusão de EINSTEIN de que para o homem moderno “o tempo é a vida”. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Tempo, códigos barrocos e canonização*, pp. 3 e 4, traça um quadro sociológico da sociedade moderna, que evolui segundo uma lógica de opções – múltiplas, efêmeras e permanentemente viradas para o futuro –, em prejuízo das raízes – referências passadas permanentes e consistentes.

²⁴ Como sugestivamente descreve MARIO CASELLA, *Il nuovo processo cautelare ed i profili pratici*, pp. 26 e 27, “cresceu a importância do ‘móvel’ em relação ao ‘imóvel’; do ‘imaterial’ em relação ao ‘material’; do ‘virtual’ em relação ao ‘real’; da ‘mudança pela mudança’ em relação à ‘conservação’”.

mente, é no momento em que a justiça se torna mais lenta que se torna, em simultâneo, mais necessário obter decisões rápidas²⁵.

A conjugação destes fatores provocou uma crise ao nível da eficiência jurisdicional a que o sistema judicial, por falta da elasticidade própria de outras realidades, não consegue, ainda, dar resposta²⁶. É um dado que “a sociedade e a economia evoluíram mais e mais depressa do que a justiça”²⁷. E ainda que se procure encontrar a causa desta desarticulação entre o aumento de litigiosidade e a resposta deficiente do sistema judicial, quer na desadequação e permissividade do nosso modelo processual²⁸,

²⁵ Para esta situação chamam a atenção vários autores. V., concretamente, SALVADOR BENAIM AZAGURI, *El abuso de las medidas cautelares y su profilaxis en el nuevo milenio*, pp. 91 e 101, e ROGER PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, pp. 152 e ss.

²⁶ Embora não se negue que, entre nós, muito se tem progredido neste objetivo. Segundo informação estatística da Direção-Geral da Política de Justiça sobre a duração global dos processos findos entre 2001 e 2009, disponibilizada *on line*, embora se constate que foi na justiça cível que se registou um aumento da duração média dos processos mais significativo, passando de 20 meses em 2001 para 28 meses em 2009, este aumento registou um pico em 2007 (33 meses), tendo desde então ocorrido uma descida da duração média dos processos na justiça cível. Para mais informações relativas aos anos anteriores, v. representação gráfica em Ministério da Justiça, *Estatísticas da justiça. Movimento processual nos tribunais judiciais de 1.ª instância 1996-2006*, p. 2, e SOFIA AMARAL GARCIA/NUNO GAROUPA/GUILHERME VASCONCELOS VILAÇA, *A Justiça cível em Portugal*, pp. 76 e ss. Não obstante este progresso em Portugal, as empresas nacionais continuam a apontar a falta de rapidez das decisões judiciais como o fator mais negativo na apreciação da qualidade da nossa justiça. Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA *et alii*, *Justiça económica em Portugal. Novo modelo...*, p. 15, e *Justiça económica em Portugal, Síntese e propostas*, p. 19. E muito embora o novo CPC tenha assumido, como principal objetivo, a implementação de uma maior celeridade processual, há que aguardar para poder concluir sobre a respetiva eficácia prática.

²⁷ ANTÓNIO BARRETO, *Crises da justiça*, p. 20.

²⁸ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 21, as normas processuais favoreceriam o cenário de permissividade: “[a]parentemente, depara-se-nos um garantismo de raiz que permite, sem consequências e à parte defendente, as mais diversas atuações dilatórias. Com seriedade ou sem ela, qualquer demandado ou arguido pode deter indefinidamente o andamento de uma causa, suscitando os mais variados incidentes, oportunos ou inoportunos e lícitos ou ilícitos. O juiz, perfeito espectador do sucedido, não pode ou não quer quebrar o bloqueio”. Recentemente, com base no estudo de MARIANA FRANÇA GOUVEIA *et alii*, *Justiça económica em Portugal. Novo modelo...*, pp. 13, 15 e 17, e *Justiça económica em Portugal, Síntese e propostas*, pp. 21 e 32, conclui-se que, para as empresas, a razão da falta de rapidez e da má qualidade das nossas decisões judiciais encontra-se, fundamentalmente, na complexidade das regras processuais. Como conclui o juiz DUARTE TEIXEIRA, *O poder de gestão...*, p. 10, “o aparelho judicial encontra-se atualmente impotente para aplicar os instrumentos do passado aos problemas do presente. Os ritos e formalismos judiciários, solenes, rigorosos e rígidos, não se adequam já a uma

quer na pouca formação de alguns advogados e magistrados²⁹, quer na má organização do mapa judiciário e reduzido aproveitamento de todas as tecnologias ao serviço da justiça, quer na falta de recursos humanos, quer num défice de produtividade, entre outras causas justificadamente elencáveis³⁰, a verdade é que é inegável que o tempo necessário ao decurso de uma ação, noutros tempos eventualmente considerado razoável e

litigiosidade caracterizada pela multiplicação de litígios, massificados e com natureza puramente económica”. Acresce que o funcionamento da justiça é constantemente obstaculizado, não apenas pelos múltiplos diplomas aparentemente aplicáveis a realidades semelhantes, como, sobretudo, pela sucessão constante de alterações legislativas aos mesmos regimes, que conduzem a que grande parte do tempo despendido pelo magistrado o seja na descoberta da lei aplicável ao caso, o que, no contexto de crise em que vivemos, é inadmissível. Ou seja, a situação vai-se agravando devido à complexidade normativa e à inadequação legislativa, resultado de reformas sem critério e da falta de preparação dos legisladores (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, pp. 21 e 22). Contra, considerando ser falsa a responsabilização das normas processuais, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Experiência-piloto de um novo processo civil*, pp. 210 e ss. Também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*, pp. 25 e 26, questiona que o CPC seja responsável pelas ineficiências na administração da justiça em Portugal.

²⁹ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, pp. 17 e ss., nem advogados nem juízes podem ser desresponsabilizados da atual crise da justiça portuguesa. E conclui afirmando pertinentemente que “o drama do processo, particularmente o do civil, é o de que o dano de uma das partes é lucro para a outra. Tomando o tema em termos pessoais, tantas pessoas lucram com a paralisia da justiça como as que, com isso, perdem”.

³⁰ ANTÓNIO BARRETO, *Crises da justiça*, p. 25, chama a atenção, neste domínio, para o “fenómeno típico de culpa circular”, que se traduz na tendência para cada classe de operadores judiciários culpar os outros, quando, na realidade, todos têm a sua quota-parte de responsabilidade. Na mesma perspetiva de que a crise da justiça não pode ser imputada somente a uma causa, precisamente porque a responsabilidade pela mesma não pertence apenas a uma entidade isolada, afirma PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *A crise da justiça em Portugal*, p. 7: “A justiça não é um designio exclusivo dos tribunais. Não envolve, apenas, uma atividade específica que houvesse sido confiada, em regime de monopólio, aos titulares das magistraturas judicial e do ministério público. A justiça é tarefa comum do parlamento, do governo, do poder local, da administração central e das polícias. Das autoridades públicas e também dos cidadãos.”

V. uma análise da morosidade da justiça portuguesa e respetivas causas em LABORINHO LÚCIO, *Justiça. Da responsabilidade da crise...*, pp. 31 e ss., e AAVV, *Um debate sobre a morosidade da justiça*, em que MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, coordenador e moderador do debate que deu origem à publicação referida, começa por reconhecer que “a morosidade constitui o maior problema da justiça portuguesa” (*ob. cit.*, p. 11). Também em BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Relatório breve...*, pp. 3 e ss., se pode encontrar uma análise aprofundada e completa das diferentes causas que, cumulativamente, contribuem para a morosidade da nossa justiça civil e penal, bem como diversas propostas de solução a longo e a curto e médio prazo, algumas das quais já vieram a ser acolhidas pelo legislador.

meramente fisiológico, se transformou numa delonga patológica³¹, com consequências graves que se têm vindo a agravar desde os anos setenta do século passado até à atualidade³². A justiça ficou *doente*.

V. Entre as diversas causas desta doença da justiça, cujo sintoma principal reside na demora processual patológica, consideramos de destacar a insuficiência do modelo de processo civil tradicional assente no formalismo clássico da ação, que conduziu, sobretudo desde os anos noventa do século

³¹ A contraposição entre um tempo fisiológico do processo e um tempo patológico foi adotada por diversos autores. Por todos, ANDREA PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, p. 3, e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, I, p. 624. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Relatório breve...*, p. 2, distingue, em termos idênticos, a *duração necessária* do processo, isto é, o prazo razoável, e a *morosidade legal*, ou seja, “toda a atuação irrazoável ou excessiva do processo desnecessária à proteção das partes intervenientes”.

³² Todavia, apesar da atual explosão de litigiosidade e da nova dimensão que o tempo entretanto adquiriu, a crise da justiça devido à demora processual tem sido sempre tema transversal a diferentes épocas e a vários países, como referem MÁRCIO CARVALHO FARIA, *A duração razoável dos efeitos...*, pp. 478 e ss.; ROGER PERROT, *L'effectivité dei provvedimenti giudiziari...*, p. 845; ANDRÉ ROQUE, *A luta contra o tempo nos processos judiciais...*, pp. 238 e ss., e GIUSEPPE TARZIA, *La durata del processo civile...*, p. 317. FEDERICO CARPI, *Le riforme del processo civile...*, p. 105, chega a afirmar: “[c]reio que não exista país do mundo onde não se lamente a crise da justiça”. “A luta obstinada contra o tempo vem atravessando gerações” (ANDRÉ ROQUE, *A luta contra o tempo nos processos judiciais...*, p. 238). Entre nós, por exemplo, já em 1956 ALEXANDRE PESSOA VAZ, *Da crise da justiça em Portugal*, p. 630, referia o excesso de processos a cargo dos juízes portugueses.

Sobre a crise da justiça devido à demora processual numa perspetiva de direito comparado em diversos países de *civil law* e de *common law*, v. ADRIAN ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, pp. 14 e ss. O Autor conclui que “a sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread” (*ob. cit.*, p. 12). No contexto comparado, veja-se como a situação em Itália é ainda mais grave do que a nossa. Cfr. ROMANO BETTINI/FULVIO PELLEGRINI, *Circolo vizioso giudiziario o circolo vizioso legislativo?*..., pp. 182 e 183, e CLAUDIO CONSOLO, *Spiegazioni...*, I, pp. 55 e ss., que adverte que a origem da duração desrazoável do processo em Itália se encontra, em primeiro lugar, numa má organização de meios e de pessoas e, apenas secundariamente, nas normas processuais. A exceção a este quadro geral de crise e atraso da resposta da justiça, encontramos-la em países como Holanda, Alemanha e Japão (CLAUDIO CONSOLO, *Spiegazioni...*, I, p. 43). Na Alemanha, de acordo com as estatísticas judiciais (REMO CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, p. 27), a duração média de um processo ordinário de cognição de primeiro grau é inferior a um ano. Relativamente às causas da crise da Justiça no sistema jurisdicional brasileiro, v. AUGUSTO MARCACINI, *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*, pp. 24 e ss., e MÁRCIO CARVALHO FARIA, *A duração razoável dos efeitos...*, p. 479, que conclui que se antes o desafio residia em como aceder à justiça, “hoje o problema é como e, principalmente, *quando* sair”.

passado, à busca de soluções, no sentido de uma maior simplificação e desformalização processuais.

No entanto, mais uma vez e agora na procura de soluções, a resposta acabou por ser um reflexo do novo modelo de sociedade, exterior e interior. Uma sociedade que anda tão rápido, que acaba por não saber para onde vai. Apenas vai andando...³³ A sucessão vertiginosa de governos e de políticas de justiça sem rumo, ao longo dos anos, foi reflexo da pressão desta consciência inconsciente. Criaram-se soluções legislativas sem um pano de fundo que evitasse uma dispersão jurídica no espaço e no tempo. O tempo dos “grandes códigos”, cuja cultura se implementava ao longo de séculos e sucessivas gerações, deu lugar à *cultura do impulso*, manifestada em pequenas reformas legislativas, de carácter precário, dispersas no tempo e nos objetivos. Como constata MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “[a]s sociedades modernas compartilham um sentimento difuso da necessidade de uma constante destruição e substituição do antigo pelo moderno. Este sentimento [...] também é detetável no âmbito do processo civil”³⁴. “[P]rivilegia-se a construção abstrata sem um enquadramento pragmático, isto é, mede-se sem quantificar e avalia-se sem valorizar.”³⁵

Assim, a par de soluções tradicionais que visavam combater o prejuízo causado pela demora da ação judicial, em que se enquadravam, para além das providências cautelares, institutos como a condenação *in futurum*, os meios alternativos de resolução de litígios, os títulos executivos extrajudiciais e a figura da execução provisória, verificou-se um crescimento exponencial de novas formas de processo sumárias e urgentes, como alternativas à tutela tradicional de cognição plena, que tinha como paradigma o clássico processo ordinário³⁶. Mas perdeu-se, como consequência, uma

³³ “Na verdade, o direito sofre hoje o impacto que advém da cultura da urgência, ou da fuga para fora do tempo, ou da *destemporalização* ou do tempo curto. Aliás, como fenómeno social que é, também ele é afetado pela *urgencialização* de que sofre a sociedade atual” (ISABEL FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência*, p. 109).

³⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*, p. 7.

³⁵ SOFIA AMARAL GARCIA/NUNO GAROUPA/GUILHERME VASCONCELOS VILAÇA, *A Justiça cível em Portugal*, p. 14.

³⁶ Assim aconteceu, nomeadamente, com a *ação declarativa especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos e injunção*, o *procedimento dos Julgados de Paz*, o *regime processual civil experimental* e o *processual civil simplificado*. Os dois últimos foram revogados pelo art. 4.º, da L n.º 41/2013, de 26/6, que aprovou o novo CPC e que assim pôs fim à pulverização de formas processuais, que suscitavam dúvidas constantes relativamente ao respetivo âmbito de aplicação, por vezes coincidente. V. RITA LYNCE

perspetiva global das instituições e respetivos fins que constituiria garante de um corpo de soluções uniformes e coerentes, não pautadas apenas por aspirações de eficácia política e resolução imediata³⁷.

Parece-nos ser justo considerar que, não obstante quaisquer críticas ou reparos que o novo CPC de 2013 possa eventualmente merecer, este vem dar início a uma nova etapa no que a este aspeto diz respeito. A criação de um novo corpo de normas entroncadas num espírito comum e assentes numa forma processual única, com a consequente revogação de algumas formas processuais sumárias anteriormente existentes, fez surgir, pelo menos, uma nova perspetiva favorável, que o tempo tratará de confirmar ou infirmar³⁸.

VI. Como consequência da inadequação da tradicional forma processual de cognição plena, também na tutela cautelar, com função instrumental

DE FARIA, *A sumarização da justiça civil*, in *Estudos*, p. 284. Para além disso, outros instrumentos processuais, também usados pelo nosso legislador, permitiram e permitem reduzir indiretamente o número das pendências, como é o caso da elevação do valor das alçadas, do abandono da regra da colegialidade dos juizes, da implementação dos mecanismos de resolução alternativa de litígios (arbitragem, mediação e conciliação) como forma de “aliviar” a sobrecarga de trabalho dos tribunais (mais do que como manifestação da liberdade de escolha na resolução dos conflitos), da execução da decisão judicial condenatória na própria ação declarativa, da criação de um procedimento extrajudicial pré-executivo que pode permitir obviar à ação executiva (L n.º 32/2014, de 30/5, que criou o denominado PEPEX), entre outras. V. JUAN MONTERO AROCA, *El derecho procesal en el siglo XX*, pp. 79 e ss.

³⁷ No mesmo sentido, na ordem jurídica espanhola, JUAN MONTERO AROCA, *El derecho procesal en el siglo XX*, p. 84, efetua uma análise crítica às respostas legislativas a um aumento desmedido da litigiosidade e conclui que as grandes reformas processuais dos últimos anos, que tiveram como único móbil a “aceleração do processo” e não o respetivo aperfeiçoamento, desencadearam consequências nefastas: “‘Acelerar’ o processo acabou por ter as mesmas consequências do que ‘acelerar’ um motor; a médio prazo não produziu mais velocidade e acabou por queimá-lo.” Acresce o facto de o êxito das reformas legislativas e da eficácia do labor judicial ser aferido mais pela diminuição das pendências do que pela qualidade das decisões, reduzindo-se tudo a cifras (*ob. cit.*, pp. 84 e 85).

³⁸ Mantém-se, todavia, a dúvida sobre a compatibilização processual entre o processo declarativo comum sob forma única, previsto no CPC, e a ação declarativa especial do DL n.º 269/98, de 1/9. Não obstante tratar-se de forma de processo especial, o que implica o afastamento da forma processual comum, e apesar da revogação do anterior art. 449.º, n.º 2, d), dúvidas sobre a alternatividade ou exclusividade na aplicação desta forma de processo mantêm-se, facto que, em si mesmo, também constitui um obstáculo à eficácia processual.

relativamente àquela, acabou por se sentir a mesma inadequação. Este desajuste implicou que, ao nível da tutela cautelar, se tenha operado uma profunda transformação que, embora anterior ao novo CPC, veio a ser confirmada pela nova reforma³⁹. Não sendo já o paradigma cautelar anterior solução para o problema, a crise exigia respostas novas.

A tutela cautelar, embora tenha sido alvo de algumas alterações legislativas, sobretudo a nível sistemático, não sofreu grandes modificações de conteúdo até ao CPC de 2013. Porém, a grande mudança, silenciosa, verificou-se muito antes disso, a um outro nível que não implicou qualquer alteração legislativa. Na verdade, embora inalterada a estrutura do instituto, a função tradicional cautelar sofreu, por ação dos operadores judiciais, uma revolução passível de ser constatada na sua realidade prática, mais do que na sua estrutura teórica. Este panorama criou um perigoso desfasamento entre a estrutura e a função das providências cautelares que, não obstante o novo CPC, ainda hoje se mantém.

A transformação, anterior a 2013, levada a cabo pelos operadores judiciais, teve origem na necessidade de resposta à crescente falta de eficiência processual resultante da demora patológica das ações judiciais. Demora que pode ser hoje entendida quer num sentido absoluto, na medida em que o prazo de demora das ações deixou de ser objetivamente razoável, quer num sentido relativo, dado o vertiginoso correr do tempo potenciado pelas circunstâncias acima descritas.

Como resultado do atraso da resposta processual de cognição plena, o risco de lesão decorrente da pendência das ações judiciais aumentou exponencialmente e a tutela cautelar, outrora excecional e concebida para fazer face a situações de especial urgência a que a tutela comum não permitia dar resposta, foi forçada a responder a novas situações para

³⁹ Idêntico fenómeno ocorreu noutros países europeus como França, Itália, Bélgica, Inglaterra e Alemanha. Como refere CRISANTO MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, p. 657, as providências cautelares não especificadas acabaram por se tornar num instrumento muito diferente daquele que fora imaginado pelo legislador italiano de 1940 e no qual o legislador português se inspirou. Sobre esta transformação que conduziu a uma função alternativa da tutela cautelar em relação à de cognição plena e que criou um desfasamento com a respetiva estrutura original, v. AAVV, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, p. v; MICHELE AIELLO, *I provvedimenti di urgenza nell'attuale momento legislativo italiano*, pp. 265 e ss.; LINA AVIGLIANO, *I nuovi provvedimenti cautelari nel processo civile*, p. 123; FERRUCCIO TOMMASEO, *Intervento*, pp. 302 e ss., e ANTONIO VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori*, I, p. 100.

as quais não fora concebida⁴⁰. Para além das situações de *inefetividade* das decisões judiciais, em virtude da necessidade de tempo para julgar, passou a ter de responder às situações de *ineficiência* processual⁴¹, originadas pela demora desrazoável das ações.

Aqui jaz, todavia, o primeiro equívoco na aplicação da tutela cautelar, o qual comporta, naturalmente, ínsitas, uma série de desvantagens inerentes ao facto de se fazer uso de um meio para um fim para o qual não está concebido⁴². De facto, o instituto cautelar, tendo como primeiro objetivo obviar à demora da ação principal, não tem por função responder à demora patológica do processo judicial. As providências cautelares não devem constituir *escape* para um problema que o Estado deveria resolver⁴³.

⁴⁰ Como pode constatar-se através dos dados estatísticos disponibilizados em *www.dgpi.mj.pt*, a tendência tem sido a de um aumento crescente da propositura de procedimentos cautelares nos processos judiciais cíveis, tendo o pico desta tendência crescente ocorrido em 2004, revelando um aumento de mais de 100% entre os anos analisados. Esta consequência do incremento do recurso à tutela cautelar é sobretudo clara no domínio cautelar administrativo em que, na sequência da reforma do contencioso, se verificou uma corrida desenfreada às medidas cautelares e aos novos processos urgentes em geral. Cfr. SOFIA HENRIQUES, *A tutela cautelar não especificada...*, pp. 9, 136 e 137.

Em Itália, ETTORRE FERRARA, *L'efficacia della tutela anticipatoria...*, p. 160, constata que o enorme aumento na procura das providências cautelares está diretamente relacionado com a procura de alternativas à lentidão do processo ordinário e não com a urgência da situação, num sentido restrito. Também no Brasil, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 12, conclui no sentido de que a lentidão processual conduziu a que os tribunais fossem invadidos por processos sumários que, “sob a veste cautelar”, se transformaram em “vias de sumarização cognitiva”. Curiosamente, em Espanha, talvez como resultado do facto de existirem várias alternativas processuais com funções similares às da tutela cautelar, RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles...*, pp. 64 e ss., conclui, com base numa análise estatística e ao contrário do que era até então veiculado pela doutrina, que o recurso às providências cautelares é muito limitado em face do que poderia sê-lo na sua função.

⁴¹ Reitera-se aqui a diferença que existe entre *eficiência* e *efetividade* judiciais. Enquanto a primeira diz respeito ao adequado aproveitamento dos meios para alcançar um determinado fim, a segunda respeita à eficácia prática do resultado alcançado.

⁴² Para este risco do uso da tutela cautelar como remédio para todos os males processuais chamam a atenção, entre outros, LEIPOLD, *Strukturfragen...*, p. 270, e GIROLAMO MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, pp. 1150, 1151, 1206 e 1207. Como expressivamente comenta ROGER PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, p. 153, “[...] esforçamo-nos em acalmar o litigante legitimamente impaciente oferecendo-lhe de imediato uma compensação provisória que o fará esquecer que a justiça é lenta”.

⁴³ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela anticipatoria e tutela inhibitoria*, pp. 379 e 380, dá conta desta distorção.

A solução providenciada pela tutela cautelar, provisória por natureza, deve ter um carácter excecional, fazendo face apenas às situações de verdadeira urgência, não suscetível de tolerar nem mesmo a demora fisiológica de qualquer processo judicial⁴⁴. Só assim se compreende a eventual diminuição das garantias do requerido e natureza sumária do procedimento cautelar, quer quanto ao procedimento quer, principalmente, ao nível de conhecimento do objeto da ação.

Se assim não for, poderá ficar irremediavelmente comprometido o direito do requerido ao processo equitativo⁴⁵, postergado no procedimento cautelar em nome de uma urgência que deixa de ser excecional.

Para além disso, corre-se o risco de duplicação de processos, agravando o problema da densidade processual. Situações a que a ação de cognição plena deveria dar resposta acabam agora por encontrar solução apenas no binómio providência cautelar/decisão definitiva. O procedimento cautelar passa a constituir o meio normal de busca de uma solução para os litígios entre as partes, congestionando ainda mais os tribunais⁴⁶, e aquilo que era

⁴⁴ Desta opinião é JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Tutela cautelar*, p. 46. Daqui resulta que a tutela cautelar será sempre necessária, independentemente da maior ou menor delonga processual. Como nota ROMANO, *L'intervento della corte costituzionale...*, p. 58, “a tutela cautelar ainda pertence, com todo o seu vigor, à fisiologia da tutela jurisdicional; e seria impensável um sistema de tutela que a exclua *tout court*”. No mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 120.

⁴⁵ Cfr., *infra* (capítulo II, § 2.º), desenvolvimentos sobre este ponto.

⁴⁶ É relevante referir que, como consequência, a própria tutela cautelar, muitas vezes, padece também ela de uma demora patológica. Frequentemente, os próprios procedimentos cautelares, que em tese deveriam combater o *periculum in mora* da ação principal, excedem largamente os prazos ordenadores legalmente estipulados, acabando por prover uma solução provisória tarde demais. PIRES DE LIMA, *Considerações acerca...*, p. 680, dá conta desta realidade, mesmo no âmbito da tutela cautelar, a propósito da análise da violação, pelo Estado português, do art. 6.º, n.º 1, da CEDH, em que se consagra o direito à justiça em *prazo razoável*. Refere o Autor que frequentemente a providência cautelar demora dois meses a ser decretada, mesmo depois de o requerente na petição ter expressamente alegado prejuízo dificilmente reparável a evitar no prazo de 15 dias, sob pena de inutilidade da providência requerida. O novo CPC tentou atenuar este estado de coisas com a introdução de novas regras de controlo da atividade de magistrados e funcionários judiciais. Cfr. arts. 156.º, n.ºs 4 e 5, e 162.º, n.ºs 4 e 5.

O facto de a própria tutela de urgência ser tardia conduz a uma descredibilização da justiça. Caricaturando, é como se o procedimento cautelar carecesse, ele próprio, de uma tutela urgente que evite a ineficácia da providência cautelar... Apesar de caricatural, é real o cenário em que, entre nós, se preveem formas de tutela provisórias e urgentíssimas, para obviar à demora do próprio procedimento cautelar. É o caso do decretamento provisório de providência cautelar no contencioso cautelar administrativo (art. 131.º do CPTA).

verdadeiramente urgente pode acabar por perder-se na multiplicidade de processos que agora se tornaram urgentes⁴⁷.

Naturalmente que estas observações críticas serão puramente demagógicas na medida em que, a par do aperfeiçoamento da tutela cautelar, não se procure combater o atraso anormal na obtenção de justiça. Nem se pode, de outro modo, negar a atribuição de uma providência cautelar ao requerente que teme que o seu direito perca eficácia no decurso de uma ação judicial, anormalmente demorada por razões que não lhe são imputáveis⁴⁸.

VII. Um segundo equívoco, fonte do problema a que se procura dar resposta ao longo da nossa tese, reside no tipo de providências cautelares que ao juiz tem vindo a ser solicitado conceder, entre o leque de medidas que a atipicidade cautelar permite.

Em paralelo com o aumento desmesurado da litigiosidade, consequente entupimento dos tribunais e incremento do recurso às providências cautelares para prover soluções anteriormente encontradas no processo de cognição comum, verificou-se um novo fenómeno que se traduziu em, através da medida cautelar, o juiz não se limitar a garantir a efetividade da futura sentença através da *cristalização* de uma situação transitória, mas em conceder de imediato ao requerente aquilo que ele obteria, a final, com a decisão judicial favorável.

⁴⁷ Como bem nota SOFIA HENRIQUES, *A tutela cautelar não especificada...*, pp. 19 e 114, “tornar tudo urgente leva a que nada seja urgente”. Note-se, no entanto, que embora a função da tutela cautelar por nós aceite de garantia da efetividade da decisão de uma outra ação seja relativamente consensual (cfr. *infra*, capítulo I, § 2.º, 2.1.), existem vozes na doutrina portuguesa e estrangeira que, em virtude da recente evolução prática e legislativa, atribuem às providências cautelares uma função de natureza material, posição que, de certa forma, potencia os riscos de um uso alternativo daquela tutela. V., na doutrina portuguesa, por exemplo, RUI PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar*, que critica o “unanimismo dogmático” nesta matéria (pp. 27 e 321 e ss.).

⁴⁸ É compreensível, neste contexto, a visão daqueles que recorrem à justiça, no sentido que descrevem GIORGETTA BASILICO e MASSIMO CIRULLI: verifica-se uma “alteração da noção de justiça que privilegia a rapidez da tutela em relação à qualidade e à consequente estabilidade. Mais vale uma providência (seja ela qual for) obtida rapidamente – ou pelo menos em prazo razoável – que uma providência definitiva que não se sabe quando chega” (GIORGETTA BASILICO/MASSIMO CIRULLI, *Le condanne anticipate...*, p. 69). Com o mesmo sentido, refere PAULO LUCON, *Estabilização da tutela antecipada...*, p. 10: “[a] tutela antecipada insere-se num contexto político mundial de valorização da sumarização da tutela civil e descrédito do processo ordinário”.

Esta nova resposta de satisfação dos direitos que a tutela cautelar passou agora a conceder não se pode igualmente separar da crise da justiça. Na falta de uma resposta atempada às pretensões das partes, o procedimento cautelar, encarado como uma alternativa, passa a ter necessariamente, para conseguir ele próprio desempenhar a correspondente função, de alargar os respetivos horizontes e diversificar as formas de tutela que anteriormente previa.

Esta diversificação foi alcançada através da aceitação progressiva de providências cautelares de conteúdo diferente do tradicional que antecipam os efeitos da decisão final e satisfazem de imediato, ainda que provisoriamente, a pretensão do requerente, acabando por constituir uma resposta à necessidade de soluções urgentes para as carências sentidas⁴⁹. Se o autor de uma ação judicial patologicamente demorada tinha encontrado uma atenuante na tutela cautelar, não obstante o diferente conteúdo relativamente à pretensão final e a natureza provisória desta, agora passa a dispor da possibilidade de recorrer a uma providência cautelar que lhe concede, de imediato, aquilo que apenas obteria com a sentença final⁵⁰.

O recurso a este tipo de providências, diferentes das providências cautelares *clássicas*, poderia não ser um problema, só por si. Ainda que satisfatórias do direito do requerente, também estas medidas cautelares acabariam por dar lugar a uma outra decisão, resultante de um processo de cognição plena. A provisoriedade seria o garante de que a tutela cautelar não constituiria alternativa à tutela principal.

A questão apenas se torna especialmente grave pelo facto de a concessão de providências cautelares antecipatórias poder implicar a criação de efeitos de natureza irreversível, satisfatórios da pretensão do requerente. Mesmo que ao procedimento cautelar se suceda sentença na ação principal desfavorável ao beneficiário da providência, esta de nada valerá porquanto a medida cautelar antecipatória anteriormente concedida não deixou qualquer margem para diferente regulação, prejudicando sem retorno a aplicação de um outro direito à situação objeto do litígio.

⁴⁹ Assim o referem ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Per un nuovo codice di procedura civile*, p. 28, e GIUSEPPE TARZIA, *La tutela cautelare*, p. xxx, a propósito do art. 700 do CPC italiano. Como sugestivamente afirma SERGIO LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, p. 158, ocorre nestas circunstâncias uma inversão de papéis, tornando-se a ação principal instrumental da tutela cautelar, relativamente à qual adota um mero papel de controlo e confirmação *a posteriori*.

⁵⁰ Possibilidade esta que, como refere PIERO CALAMANDREI, *Il proceso come giuoco*, p. 41, não havia sido originariamente *pensada* pelo legislador.

A providência cautelar, que deveria exercer um papel *neutro* na decisão do mérito, acaba por funcionar como sentença final e, neste contexto, como relevante fator de pressão perante o requerido, que vê o procedimento cautelar transformado numa verdadeira ação principal⁵¹.

Embora fique garantida a efetividade da tutela judicial do requerente, princípio atualmente consagrado na nossa Lei Fundamental, o direito a um processo equitativo do requerido, componente essencial da justiça que também encontra acolhimento constitucional⁵², pode ficar definitivamente posto em causa por uma providência cautelar que satisfaz o direito do requerente, assente numa cognição sumária mas que provoca efeitos irreversíveis. E assim se inverte a lógica da justiça cautelar, comprometendo-se irremediavelmente o direito de uma das partes, em virtude de uma providência cuja existência se justificou precisamente pelo perigo de inutilização do direito da contraparte, mas que permanece indefinidamente, mesmo que esse direito tenha deixado de merecer acolhimento jurídico.

VIII. A dificuldade é real e o paradoxo inevitável. Em primeiro lugar, o fator tempo constitui um custo grave do processo na medida em que pode comprometer a justiça das decisões, sendo imperativa a possibilidade de recurso a um sistema de tutela cautelar que garanta a efetividade dos direitos ameaçados. Por outro lado, em segundo lugar, esse sistema de tutela cautelar compreende necessariamente, como reflexo da mudança dos tempos, providências que antecipam a satisfação do direito do requerente. Todavia, em terceiro lugar, estas providências cautelares acabam por poder comprometer, também elas, a ideia de justiça, pelo facto de potenciar a criação de efeitos irreversíveis que põem em causa as garantias do requerido a um processo equitativo. Pergunta-se, pois, neste contexto de

⁵¹ Para o uso da tutela cautelar como instrumento abusivo para destruir um adversário, sobretudo no sector económico ou político, chama a atenção FRITZ BAUR, *Studien...*, pp. 99 e 100. V. também MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, p. 14. Em particular, no caso do arresto, PIERO CALAMANDREI, *Il proceso come giuoco*, pp. 41 e ss., refere o seu uso frequente como instrumento de coação psicológica devido às consequências gravosas e concessão sem contraditório. Igualmente, a doutrina e jurisprudência norte-americanas adotam, por esse motivo, uma atitude cautelosa relativamente à decretação do arresto, como referem MARY FRIEDENTHAL/MARY KAY KANE/ARTHUR MILLER, *Civil procedure*, pp. 702 e 703. O mesmo acontece com a suspensão de deliberações sociais, que pode paralisar a vida de uma sociedade.

⁵² Art. 20.º, n.º 4, da CRP. Cfr. desenvolvimentos *infra* (capítulo II, § 2.º).

difícil equilíbrio, em que medida será admissível que uma providência cautelar, urgente e sumária, possa antecipar os efeitos da decisão final de forma definitiva.

§ 2.º

A tese como uma procura de solução para o problema

I. Na busca de uma solução para o problema, procuraremos evitar cair em duas tentações, típicas de qualquer investigador e a que sabemos não estar imunes.

Em primeiro lugar, a tentação do pessimismo e da crítica puramente demagógica. As crises são normais e são saudáveis. O olhar proposto não é, assim, de derrota ou negativismo perante a situação que vive o nosso sistema judicial. Não se dirá que ainda nenhum passo foi dado, que todos os passos dados foram errados ou que o que se tem feito é orientarmo-nos ainda mais por um caminho sem regresso. O olhar que se propõe pretende ser de esperança e de otimismo, olhando os lados positivos, mesmo nas situações de crise. Mas um otimismo realista. Não um otimismo ilusório ou demagógico. Para isso identificar-se-ão as questões e buscar-se-ão hipóteses de solução que não se pretendem absolutas mas com as quais se procura dar um contributo para que os problemas nos façam aprender com os erros do passado e aproveitar os benefícios do futuro.

Uma outra tentação é a da falsa dialética que se traduz em substituir a busca de verdadeiras respostas pela mera procura de argumentos que sustentem posições preconcebidas. A procura de uma resposta terá de partir da consciência da ignorância ou, pelo menos, de uma abertura para pôr em causa as próprias premissas, sem estar fixado na resposta. De contrário, será uma pergunta aparente.

A verdade, que todos procuramos, não pode ser apenas resultado da arte de falar e de argumentar, que torna forte a coisa fraca, mas resultado da arte de pensar que permite “encontrar a verdadeira força do que foi dito, a partir do que foi dito, a partir da própria coisa”⁵³. Como bem explica LARENZ, a propósito da interpretação jurídica mas plenamente aplicável também ao raciocínio jurídico, “mesmo no caso em que se

⁵³ FÁBIO LUIZ GOMES, *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela*, p. 105.

confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou ideia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o carácter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida”⁵⁴.

II. Em suma, o problema aqui identificado tem origem primeira nas respostas que se procuraram dar à demora crescente das decisões jurisdicionais. Tratou-se a doença através de *soluções de escape* e não por meio do combate à verdadeira origem do problema. O que fez com que o problema de fundo da lentidão processual permanecesse e a tutela cautelar, usada como falso remédio para a doença, se encontrasse desvirtuada na sua função. A função da tutela cautelar será tanto mais respeitada e potenciada quanto mais eficiente for o nosso sistema judicial.

A busca da solução para a crise judicial que resulta da demora patológica dos processos judiciais não pode travar-se, a nosso ver, no plano das providências cautelares. Ao invés, tem de ocorrer ao nível de procedimentos de cognição plena, em que as restrições ao direito das partes a um processo equitativo se reduzam, elas próprias, ao mínimo indispensável. A este nível, muito se tem feito. Não constitui este, todavia, o tema da nossa tese.

Quanto às providências cautelares, o problema identificado, também desencadeado pela demora excessiva da duração dos processos, reside no recurso a uma tutela cautelar de natureza antecipatória como alternativa às formas de processo de cognição plena. Se as providências cautelares, consagradas para garantir a efetividade das decisões judiciais, anteciparem de forma irreversível o conteúdo da decisão final, podem acabar por substituir-se a ela. Com todos os custos inerentes de transformação de uma justiça lenta e ponderada, numa justiça rápida mas que prescinde da ponderação, componente essencial de uma decisão justa.

É necessário encontrar um equilíbrio entre as exigências de efetividade e as exigências de garantia do direito a um processo equitativo, não permitindo que a relação entre estas duas realidades se transforme num conflito. Da possibilidade de encontrar este equilíbrio na tutela cautelar antecipatória depende a resposta à pergunta sobre os termos da admissibilidade daquele tipo de providências com efeitos irreversíveis.

⁵⁴ KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 287.

III. Com este objetivo, no entanto, tentar-se-á não perder de vista a riqueza de uma figura como a das providências cautelares antecipatórias e todas as potencialidades que lhe são inerentes. Situações haverá em que a necessidade de tutela do requerente, titular provável do direito objeto do litígio, apenas poderá ser salvaguardada através de uma providência antecipatória que lhe conceda, numa fase ainda preliminar, a satisfação da sua pretensão, com consequências eventualmente irreversíveis e com base num conhecimento da lide meramente sumário.

Importa, por isso, e em primeiro lugar, começar por investigar os meios que possam constituir atenuantes à irreversibilidade de uma providência cautelar satisfatória do direito do requerente em prejuízo do princípio do processo equitativo. Esta procura de atenuantes far-se-á, quer através da *descoberta* de um regime próprio para a tutela cautelar antecipatória, que permita acautelar simultaneamente os interesses do requerido, quer através da apresentação de propostas críticas, de *iure condendo*, que possam responder às exigências e preocupações suscitadas por este tipo de providências, cada vez mais em voga.

IV. Também a jurisprudência pode ter aqui um papel importante a desempenhar, quer no *ensaio*, por excelência, das verdadeiras questões que a prática jurídica suscita para além das considerações puramente teóricas, e que por vezes escapam ao olhar da doutrina, quer, por outro lado, como fonte auxiliar do direito, na sua aplicação ao caso concreto. A lei, geral e abstrata, pode ser demasiado redutora em relação às realidades da vida que pretende abarcar. O juiz não pode, por conseguinte, deixar de ter um papel criativo na aplicação da lei. No domínio da tutela cautelar antecipatória esta realidade ganha ainda uma dimensão particular pelo facto de, por uma parte, aquela ser suscetível de causar prejuízos elevados ao requerido e porque, por outra parte e apesar disso, o legislador português parece não dedicar quaisquer exigências especiais a este tipo de providências.

Por isso se considera fundamental que os magistrados, na adoção de providências cautelares antecipatórias, adquiram uma sensibilidade ainda mais apurada no momento do discernimento e da decisão, para que se evitem os riscos decorrentes de dois comportamentos extremos a que o juiz pode ceder. Por um lado, uma atitude de extrema permissividade na concessão de providências cautelares antecipatórias e que pode conduzir às consequências acima descritas. Por outro lado, também deve ser evitada uma atitude de retração pelo receio dos riscos de tais medidas,

necessariamente associadas a uma forma de cognição menos aprofundada. A situação, muitas vezes, não é fácil para o magistrado. A providência, para ser eficaz, terá de assentar numa verificação meramente sumária do direito alegado, mas, não obstante, poderá ter de provocar consequências irreversíveis na esfera jurídica do requerido. Encontrar um equilíbrio justo entre estes dois polos é tarefa delicada, também para o aplicador do direito.

No entanto, é importante compreender que não pode haver efetividade sem riscos e que se pode causar tanto mal através da concessão da providência cautelar antecipatória como através da sua denegação. A omissão pode ser tanto ou mais prejudicial do que a ação. Em suma, “o juiz que se abstém é tão nocivo como o que julga mal”⁵⁵. O magistrado não pode esquecer que, ao negar uma providência cautelar antecipatória àquele que a solicita, está automaticamente a concedê-la àquele que continua a beneficiar da situação de vantagem tolerada pela duração do processo.

Em suma, no procedimento cautelar, é urgente manter o cultivo de uma mentalidade judiciária, em que não tenha lugar o medo, em que são essenciais o bom senso, a prudência, a intuição e o sentido de equilíbrio entre os benefícios e os malefícios da tutela cautelar antecipatória, entre a necessidade de eficácia e as exigências de ponderação⁵⁶.

⁵⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela antecipatoria e tutela inhibitoria*, p. 381.

⁵⁶ Sobre as características necessárias ao juiz na aplicação da tutela cautelar debruçam-se, nomeadamente, FRANZ MATSCHER, *Les mesures provisoires en droit de procédure civile autrichien*, p. 110, e ANTONIO VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori*, I, p. XI. Também ISABEL FONSECA, *Introdução ao estudo sistemático...*, p. 33, se pronuncia no sentido de que as dificuldades na aplicação da tutela cautelar não devem, todavia, inibir o juiz de ser “intuitivo, corajoso e sensível ao *fator tempo*”. Em igual sentido, referindo-se à necessidade da ponderação, do bom senso e do equilíbrio, v. ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, III, p. 243. Também PIERO PAJARDI, *La ideologia...*, pp. 98, 295 e 296, numa perspetiva negativa, se refere ao medo e à falta de coragem que tantas vezes conduzem o juiz nas intervenções judiciais de urgência, sem prejuízo de chamar a atenção para as consequências gravíssimas que também poderão advir da decretação de uma providência proferida desprevenidamente. MARC BESSIN, *La temporalité de la pratique judiciaire...*, p. 334, também ilustra a pressão a que o juiz está submetido em momentos de necessidade de decisões urgentes, ao transcrever a conclusão de um magistrado que refere: “[t]enho a convicção de que as decisões mais difíceis são aquelas que sou obrigado a tomar num tempo muito curto”.

§ 3.º Sistemática

I. Tendo como pano de fundo os objetivos acima delineados, propomo-nos, em primeiro lugar, realizar um breve estudo sobre os aspetos mais relevantes da figura da tutela cautelar de natureza antecipatória no âmbito do processo civil português⁵⁷.

Para este efeito, começaremos por traçar o quadro identificativo daquele tipo de tutela cautelar, integrando-a, primeiro, na tutela cautelar em geral e, depois, na técnica antecipatória em especial, procurando perceber em que medida, dentro da tutela cautelar, se pode distinguir um tipo de providências que operam de forma peculiar e, em caso afirmativo, em que consiste essa antecipação, quais os seus pressupostos e quais os seus meios de atuação. Naturalmente que, comungando a tutela cautelar antecipatória da natureza cautelar, muito do que nesta sede se dirá será comum a todas as providências cautelares. Todavia, e embora o legislador refira tal espécie de providências cautelares entre as medidas possíveis, não existe, em regra, um regime especialmente aplicável a tal figura. E se é verdade que, em muitas situações, o regime geral da tutela cautelar comum se revela perfeitamente adequado a este tipo de providências, nem sempre assim acontece. Daí a utilidade de, por referência ao regime geral, encontrar algumas soluções específicas, muitas vezes alicerçadas, não diretamente nas normas, mas em princípios jurídicos, sempre que tal se justifique⁵⁸.

⁵⁷ Muito embora RUI PINTO se tenha inicialmente proposto a essa missão, acabou por circunscrever o âmbito da sua tese à questão de mérito na tutela cautelar, abordando as providências cautelares antecipatórias apenas a título prejudicial (cfr. *A questão de mérito na tutela cautelar*, p. 11). Para além da tutela cautelar antecipatória em especial, a escassez, na doutrina portuguesa, de monografias sobre o tema das medidas cautelares no processo civil é notória. Constitui exceção a esta conclusão a recente monografia de MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Providências cautelares*. Pelo contrário, no domínio do contencioso administrativo, precursor de diversas reformas inovadoras entre nós (cfr. *infra*, capítulo III, § 2.º, 2.4.), tem existido um elevado interesse sobre o tema. Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *As providências cautelares no novo contencioso administrativo*, e DIOGO FREITAS DO AMARAL/MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. Para mais bibliografia, v. uma lista exaustiva das diversas obras no âmbito do contencioso administrativo cautelar em RUI PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar*, pp. 21 e ss., nota (40).

⁵⁸ Sobre a distinção entre normas e princípios, v. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios...*, pp. 127 e ss., e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, pp. 246 e ss.

Atentos aos graves efeitos a que este tipo de providência cautelar pode conduzir devido à satisfação antecipada da pretensão do requerente, dedicar-se-á o capítulo II à análise dos riscos da antecipação cautelar e que se traduzem, essencialmente, na produção de efeitos irreversíveis na esfera do requerido, independentemente da caducidade da providência. Neste contexto, caberá perguntar em que medida uma providência destinada a evitar danos dificilmente reparáveis na esfera jurídica de uma das partes poderá, com este objetivo, vir a produzir esses mesmos efeitos na esfera jurídica da contraparte. Como justificar que prevaleça o interesse do requerente perante o do requerido, provocando a providência aquilo que se propôs prevenir?

Na sequência da constatação dos riscos próprios deste tipo de providências, continuar-se-á dando conta da necessidade de restringir os possíveis efeitos perversos da antecipação através da procura de atenuantes adequadas que permitam acautelar, em simultâneo com a garantia do direito do requerente, o interesse do requerido. Nesta busca de atenuantes determos-nos-emos sobre diversas possibilidades jurídicas que permitam prevenir ou minorar aqueles riscos, considerados indesejáveis num contexto de justiça cautelar (capítulo III).

Analisados os riscos e ponderadas as atenuantes, adotar-se-á, no capítulo IV, uma posição sobre a admissibilidade de providências cautelares antecipatórias de efeitos potencialmente irreversíveis, referindo-nos ao seu eventual conteúdo e limites.

Por fim, proceder-se-á a uma síntese das principais conclusões da nossa tese.

II. A investigação efetuada terá por base o regime jurídico português da tutela cautelar civil. Não se trata de uma tese de direito comparado. No entanto, e sempre que tal possa contribuir para uma melhor compreensão do instituto e do regime português, far-se-á uma incursão pelo direito estrangeiro, sobretudo europeu, norte-americano e brasileiro. Será, todavia, dada especial ênfase às providências cautelares no ordenamento jurídico italiano, dado encontrar-se nesta sede a matriz do nosso sistema cautelar, e no ordenamento jurídico brasileiro, dada a vanguarda deste sistema jurídico no tratamento da figura da tutela antecipatória.

Ainda no âmbito do regime português, não se pretende efetuar um estudo exaustivo do regime da tutela cautelar antecipatória, abordagem típica de obras de carácter didático e geral. Apenas serão referidas as normas e aspetos do regime que interessem, direta ou indiretamente, ao

tema escolhido. O mesmo é aplicável no que se refere à jurisprudência citada que não se pretende exaustiva, mas apenas ilustrativa dos aspetos que se forem focando a cada passo do nosso trabalho.

Relativamente às incursões noutras áreas jurídicas diferentes do direito processual civil⁵⁹, tais referências apenas serão efetuadas na estrita medida do necessário e apenas quando se configurem como relevantes para a compreensão de determinados aspetos do tema tratado.

Finalmente, cumpre dizer que a investigação histórica não será objeto de estudo autonomizado, apenas a ela se recorrendo pontualmente a propósito de algum instituto em concreto, quando se considere que esse facto constitui uma mais-valia na procura de soluções para as questões que norteiam a nossa investigação.

⁵⁹ Como é o caso do Direito Processual Administrativo, do Direito Constitucional, da Filosofia do Direito ou do Direito das Obrigações.

Índice

ORIENTAÇÕES DE LEITURA	7
ABREVIATURAS	9
PREFÁCIO	11

INTRODUÇÃO

§ 1.º Enunciação do problema e sua fonte	13
§ 2.º A tese como uma procura de solução para o problema	33
§ 3.º Sistemática	37

CAPÍTULO I A ANTECIPAÇÃO CAUTELAR

§ 1.º Razão de ordem	41
§ 2.º Noção	42
2.1. A função cautelar	42
2.2. A técnica antecipatória	72
§ 3.º Pressupostos	106
3.1. <i>Fumus boni iuris</i>	114
3.2. <i>Periculum in mora/Pericolo di tardività</i>	129
3.3. Adequação	166
3.4. Proporcionalidade	174
§ 4.º Meios/características	184
4.1. <i>Summaria cognitio</i>	184
4.2. Provisoriedade	206
4.3. Antecipação de efeitos	222
4.4. Convertibilidade e definitividade. A inversão do contencioso	234

CAPÍTULO II O RISCO DA IRREVERSIBILIDADE

§ 1.º Razão de ordem	253
§ 2.º O carácter fundamental da natureza provisória da tutela cautelar	271
§ 3.º A (ir)reversibilidade cautelar	291

3.1. A reversibilidade jurídica	293
3.2. A irreversibilidade de facto	300

CAPÍTULO III ATENUANTES DA IRREVERSIBILIDADE

§ 1.º Razão de ordem	313
§ 2.º Atenuantes <i>ex ante</i>	315
2.1. O juízo de proporcionalidade em sentido restrito	315
2.2. A exigência de uma probabilidade especialmente forte	322
2.3. A substituição da providência cautelar por caução a prestar pelo requerido	329
2.4. A definitividade jurídica	335
§ 3.º Atenuantes <i>ex post</i>	357
3.1. Caução do requerente	357
3.2. Responsabilidade civil do requerente	367
3.3. Enriquecimento sem causa do requerente	403

CAPÍTULO IV ADMISSIBILIDADE

§ 1.º Posição adotada	417
1.1. Admissibilidade da tutela cautelar antecipatória	417
1.2. Admissibilidade dos efeitos irreversíveis	437
§ 2.º Conteúdo antecipável	449
§ 3.º Limites da antecipação	467
SÍNTESE CONCLUSIVA	483
JURISPRUDÊNCIA	489
BIBLIOGRAFIA	493