

AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E A INVERSÃO DO CONTENCIOSO

Miguel Teixeira de Sousa¹

I. Aspetos gerais

1. Justificação

Os procedimentos cautelares – que, no direito português, se encontram regulados nos art. 362.º a 409.º² – fundam-se numa justificação de ordem temporal: o proferimento de uma decisão final é algo que pode demorar bastante tempo (atendendo aos crónicos atrasos dos tribunais, esse proferimento tem mesmo tendência para demorar muito tempo). Esta demora na satisfação da pretensão do demandante origina o risco de um prejuízo para essa parte (art. 362.º, n.º 1, e 368.º, n.º 1): *periculum in mora*). É por isso que a lei permite que, através de uma *summaria cognitio* (art. 365.º, n.º 1 e 3) e depois de estar demonstrado, quanto ao direito ameaçado pelo atraso na tutela jurisdicional, o *fumus boni iuris* (cf. art. 368.º, n.º 1), o tribunal possa decretar uma tutela provisória, que se destina a acautelar o efeito útil da ação (art. 2.º, n.º 2 *in fine*), isto é, a evitar que a composição definitiva venha a ser inútil. Como referia CHIOVENDA (1872-1937), as providências cautelares baseiam-se no princípio de que “o processo deve dar, na medida do praticamente possível, a quem tem um direito tudo e precisamente aquilo a que ele tem direito”³.

Os atuais procedimentos cautelares inserem-se no muito antigo regime do processo sumário⁴, cuja história é, aliás, bastante complexa⁵. Algumas das suas modalidades distinguiam-se do processo ordinário apenas pela sua formalidade; outras divergiam do processo ordinário por uma menor exigência no grau de prova e no âmbito do conhecimento do tribunal⁶. O chamado “processo sumário indeterminado” ou “regular” era um processo de cognição plena que podia ser utilizado para qualquer forma de tutela (daí o seu carácter indeterminado), pois era apenas uma simplificação formal do processo ordinário; a sua origem encontra-se na bula *Saepe contingit* ou

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa; membro da Comissão para a Reforma do Processo Civil.

² Os preceitos citados sem referência a qualquer diploma legal pertencem ao Código de Processo Civil, na versão aprovada pela Lei n.º 41/2013, de 26/6.

³ CHIOVENDA, RDCom 9 (1911-I), 103 = CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile I* (Roma 1930), 110; para uma análise da concepção chiovendiana da tutela cautelar, cf. PROTO PISANI, RDP 43 (1988), 16 ss.

⁴ Cf. DANZ, *Grundsätze der summarischen Prozesse* ³ (Ed. GÖNNER) (Stuttgart 1806), 179 ss.; LOBÃO, *Tractado Pratico Compendiário de Todas as Acções Summarias, sua Indole, e Natureza em Geral, e em Especial* (Lisboa 1816), 208 ss.; sobre alguns aspetos histórico-dogmáticos das providências cautelares, cf. HEINZE, *BGH-FG III* (München 2000), 569 ss.

⁵ Cf., por exemplo, ENDEMANN, *Das deutsche Prozeßrecht* (1868), 1026 ss.; MENDER, *System des oesterreichischen Civilprocessrechts I* (1876), 29 ss.; WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I* (1885), 40 ss.

Clementina Saepe (1312/1314), na qual se mandava que os processos fossem tramitados *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii* (Clementina 5.11.2; quanto ao antigo direito português, cf. OA 3.24 pr.; OM 1.44.69; OF 1.65.7)⁷. O designado “processo sumário determinado” ou “irregular” era um processo de cognição limitada e destinava-se a obter determinadas formas de tutela⁸; a relação entre a forma sumária, uma *semiplena cognitio* e uma *semiplena probatio* foi estabelecida por Azo (1150-1230)⁹, tendo-se a doutrina posterior dividido entre as orientações que encontravam neste processo sumário uma *prima-facie-Cognition* decorrente da limitação do objeto e dos meios de prova¹⁰ e as orientações que baseavam a cognição sumária (*summatim cognoscere*) num juízo de probabilidade¹¹.

É esta característica a que se encontra consagrada no regime dos procedimentos cautelares¹², que, salvo verificando-se a inversão do contencioso, são procedimentos de cognição sumária e restrita (cf. art. 365.º, n.º 1 e 368.º, n.º 1). Pode assim concluir-se que a consagração da inversão contencioso – isto é, da possibilidade de a tutela cautelar se transformar em tutela definitiva (cf. art. 369.º, n.º 1) – significa uma rutura com uma longa tradição histórica.

2. Enquadramento

2.1. Função preventiva

a) Das características dos procedimentos cautelares resulta que as providências cautelares que neles são decretadas realizam uma função preventiva: elas destinam-se a prevenir a lesão de um direito. O modo como o fazem é que é característico: elas visam evitar a mudança numa

⁶ Já referindo esta dualidade, cf. DURANDI, *Speculum Juris cum Ioan. Andreae Baldi II* (Francoforti 1612), 146; mais tarde, cf. CLAPROTH's *Einleitung in sämtliche summarische Prozesse* ⁴ (Ed. WILLICH) (1808), 23 ss.

⁷ Já antes, FASOLUS, *De sumariis cognitionibus*, in WAHRMUND (Ed.), *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter IV/V* (1928), 9, afirmava que *de plano* significa apenas *sine scriptura vel libello* (cf. NÖRR, *ZRG* (Kan. Abt.) 112 (1995), 5 ss.); sobre a matéria, cf. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in DEL GIUDICE (Ed.), *Storia del Diritto Italiano III/2* (1927), 337 ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *El Juicio Ordinario y Plenarios Rápidos* (1953), 41 ss.; NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht* (2012), 211 ss.; em particular sobre a *Clementina*, cf. também NÖRR, in VAN RHEE (Ed.), *The Law's Delay/Essays on Undue Delay in Civil Litigation* (2004), 203 ss.

⁸ Cf. GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses IV* (1803), 112 s.; DANZ, *Grundsätze der summarischen Prozesse* ³ (Ed. GÖNNER) (1806), 3 ss.; LINDE, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses* (1825), 426; SCHERING, *Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 und den späteren darüber ergangenen Bestimmungen* (1843), 180 s.; em referência ao processo documental ou cambiário, cf. CHIOVENDA, *Rdcom* 15 (1917), 623 ss. = CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile I* (1930), 130 ss.

⁹ Summa AZONIS (Venetis 1566), III.1.19: *Sed in casibus semiplena, vel summaria sit cognitio*.

¹⁰ Cf. BRIEGLEB, *Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos* (1843), 7 s.; BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse* (1859), 169 ss.; WACH, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung I* (1868), 130 ss.

¹¹ LINDE, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses*, 428; SAVIGNY, *ZGR* 6 (1828), 229 ss.; WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* ³, 302 ss.

¹² Cf., na história dogmática do instituto, BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, 343 ss.; diferentemente, WACH, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung I*, 166 ss., criticando a orientação de que, em comparação com o processo ordinário, no processo sumário se conhece de um *aliud ius*

situação que possa fazer perigar a utilidade da sentença que venha a ser proferida na ação principal¹³. Assim, para o decretamento da providência solicitada, não basta a existência de um direito suscetível de tutela judiciária, antes é necessário que haja que assegurar, através da tutela cautelar e provisória, a utilidade da posterior tutela definitiva.

Importa precisar que a lesão que se pretende prevenir é apenas aquela que resulta da demora na obtenção da tutela definitiva, pois que as providências cautelares só visam evitar que esta tutela seja inútil ou não efetiva. Como referia CALAMANDREI (1889-1956), as providências cautelares destinam-se a evitar o *pericolo di infruttuosità* e o *pericolo di tardività* da tutela definitiva¹⁴. Dito de outro modo: as providências cautelares não se destinam a atribuir uma tutela de urgência a um direito que está na iminência de ser lesado, nem a conceder tutela a um direito na previsão da sua violação (função que é realizada pelas ações de condenação *in futurum* (art. 557.º, n.º 2), mas antes a conceder uma tutela provisória destinada a assegurar a efetividade da tutela definitiva no momento em que ela venha a ser concedida¹⁵.

A função das providências cautelares é a de tutelar, de forma provisória, uma determinada situação jurídica que se encontra em perigo pela falta de uma tutela imediata. É realmente a necessidade desta tutela que justifica o decretamento de uma providência cautelar. A iminência da violação da situação jurídica é apenas um dos indícios possíveis da necessidade da tutela cautelar, dado que nem todas as providências cautelares pressupõem a iminência dessa violação: pense-se, por exemplo, nos alimentos provisórios (que são devidos antes do reconhecimento do direito a alimentos) ou no arbitramento de reparação provisória (que é devida antes de ser reconhecido ao requerente qualquer direito de indemnização). A justificação que se encontra no art. 362.º, n.º 1, para as providências cautelares – o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável de um direito – tem de ser entendida, não em função de qualquer potencial violação, mas em função da demora na tutela definitiva desse direito.

É por isso que, consideradas pela perspectiva da ação principal de que são dependência, as providências cautelares visam assegurar a utilidade dessa ação, pois que estas providências salvaguardam a utilidade da decisão proferida nessa ação perante qualquer situação decorrente de factos ocorridos antes do seu proferimento¹⁶. Por exemplo: imagine-se que, atendendo à

actoris; cf. também WACH, FG Bernhard Windscheid (1888), 89 ss. = WACH, Der Feststellungsanspruch (Leipzig 1888), 18 ss.

¹³ Já neste sentido WACH, KritV 15 (1873), 373.

¹⁴ CALAMANDREI, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, in CALAMANDREI. Opere Giuridiche IX (Ed. CAPPELLETTI) (Napoli 1983), 195 s.; cf. também CALAMANDREI, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, 251 s e 252: as providências cautelares “*più che a difendere i diritti soggettivi, a garantire la efficacia e per così dire la serietà della funzione giurisdizionale [...] Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome*”; para uma apreciação actual da doutrina de CALAMANDREI, cf. CAPONI, RDP 67 (2012), 1250 ss.

¹⁵ Cf. PROTO PISANI, RDC 32 (1987-I), 113: “*La funzione della tutela cautelare consiste [...] nel neutralizzare i danni che possono derivare all'autore che a ragione dalla durata del processo a cognizione piena [...]*”; WALKER, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren (Tübingen 1993), 51 ss.

¹⁶ Cf, por exemplo, BAUR, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1 ss.

delapidação de bens pelo devedor, o credor está em risco de perder a sua garantia patrimonial; o arresto de bens do devedor (cf. art. 391.º, n.º 1; art. 619.º, n.º 1, CC) assegura que a ação condenatória proposta pelo credor contra o devedor ainda é útil, porque, em caso de necessidade, os próprios bens arrestados podem ser penhorados e vendidos. Portanto, o que se acautela nas providências cautelares não é a violação de um direito (coisa que, como é evidente, nenhuma decisão pode evitar), mas a utilidade da decisão de tutela definitiva.

É também por este prisma que há que analisar a relação entre a providência cautelar e a urgência na tutela. Muito frequentemente a tutela definitiva seria demasiado tardia, porque só poderia ser obtida depois de a violação do direito se ter consumado ou mesmo depois de essa violação se ter tornado irreversível. É esta inutilidade da tutela definitiva que justifica, nesse caso, a tutela cautelar: esta tutela substitui, provisoriamente, a tutela definitiva.

b) Em geral, as providências cautelares visam combater o risco da irrealização do direito que é provocado pela demora da decisão definitiva. Nesta perspetiva, são dois os fatores que podem justificar uma providência cautelar:

- A impossibilidade da realização do direito num momento futuro (correspondente, na expressão de CALAMANDREI, ao *pericolo di infruttuosità* da tutela definitiva¹⁷); nesta hipótese, a providência cautelar visa obstar a uma mudança que possa vir a impedir a realização do direito após a decisão proferida na ação principal¹⁸; por exemplo: se não se proceder ao arresto de bens do devedor (cf. art. 391.º, n.º 1; art. 619.º, n.º 1, CC), corre-se o risco de, no momento do reconhecimento do seu crédito na sentença final, o credor já não possuir nenhuma garantia patrimonial; se não se embargar a obra nova (cf. art. 397.º, n.º 1), há o perigo de se criar uma situação dificilmente reversível;
- A necessidade da realização imediata de um direito (correspondente, na terminologia de CALAMANDREI, ao *pericolo di tardività*¹⁹); nesta hipótese, a providência cautelar visa obviar à inutilidade prática da realização do direito após a decisão proferida na ação principal; por exemplo: se não forem assegurados ao credor os alimentos provisórios (cf. art. 384.º), ele não tem meios de subsistência até à concessão dos alimentos definitivos; se não for realizada ao credor uma determinada prestação numa certa data, ele perde o interesse no seu cumprimento.

2.2. Instrumentalidade funcional

a) A providência cautelar deve ser aquela que seja funcionalmente adequada a acautelar o efeito útil da ação principal. Procurando concretizar o seu escopo, pode dizer-se que ela pode prosseguir uma das seguintes finalidades:

- Uma finalidade de garantia de um direito (correspondente à “providência conservatória” referida no art. 362.º, n.º 1); por exemplo: se o devedor está a dissipar

¹⁷ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 195 s.

¹⁸ Cf. JAUERNIG, ZFP 79 (1966), 326 ss.

- o seu património, é indispensável impedir a continuação dessa conduta, porque, se assim não acontecer, o credor, mesmo que venha a obter uma sentença condenatória do devedor, perdeu entretanto a garantia patrimonial do seu crédito (cf. art. 601.º CC);
- Uma finalidade de regulação provisória de uma situação (também correspondente à “providência conservatória” a que se refere o art. 362.º, n.º 1); por exemplo: perante o esbulho da coisa, o esbulhado pode requerer a sua restituição até se encontrar definida a titularidade do direito sobre a coisa (cf. art. 1278.º, n.º 1, CC);
 - Uma finalidade de antecipação da tutela definitiva (correspondente à “providência [...] antecipatória” a que alude o art. 362.º, n.º 1); por exemplo: o credor de alimentos pode requerer que lhe sejam concedidos alimentos provisórios (cf. art. 2007.º, n.º 1, CC).

Em geral, o objeto do procedimento cautelar é um *minus* e um *aliud* em relação ao objeto da ação principal: as providências cautelares não visam obter o mesmo que se pretende alcançar através da ação principal²⁰. A exceção a esta regra é constituída pelas providências com uma finalidade de antecipação²¹: estas providências constituem um *tantus* e um *similis* em relação ao objeto da ação principal. Na verdade, a antecipação da tutela definitiva na tutela cautelar só se pode verificar quando ambas as tutelas tenham o mesmo objeto, ou seja, quando o que pode ser obtido na tutela cautelar é o mesmo que pode ser conseguido na tutela definitiva. Pode assim afirmar-se que, quando a tutela cautelar antecipa a tutela definitiva, aquela tutela cumpre uma função satisfativa.

Algumas ordens jurídicas conhecem formas de antecipação da tutela autónomas das providências cautelares, ou seja, formas de antecipação da própria tutela definitiva. O que se antecipa não é, portanto, uma tutela provisória com o objetivo de acautelar o efeito útil da ação, mas a própria tutela definitiva que, numa ação, é requerida pelo autor. Admitem esta antecipação da tutela definitiva a ordem jurídica italiana (art. 186-*bis* a 186-*quater* Cpc^{IT})²² e a brasileira (art. 273. CPC^{BR}, preceito que permite a antecipação, total ou parcial, da tutela pretendida quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou quando fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sendo interessante anotar que, certamente atendendo aos fundamentos da antecipação, a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo). Na ordem jurídica portuguesa, não se encontra nenhuma disposição que admita, em termos gerais, a antecipação da tutela definitiva: apenas o art. 565.º CC permite que, numa ação de responsabilidade civil, o tribunal condene o devedor no pagamento de uma indemnização, dentro do quantitativo que considere já provado. Isto significa que, em termos gerais, a antecipação da tutela só é admissível no âmbito das providências cautelares, o que releva tanto quanto aos seus requisitos (como, por exemplo, a suficiência do *bonus fumus*

¹⁹ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 195 s.

²⁰ Cf. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 52 ss.

²¹ Cf. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 56 ss.

²² Contrapondo, numa base estrutural, as providências cautelares às providências antecipatórias, cf. MANDRIOLI, *RDP* 19 (1964), 577 ss.

iuris), como quanto aos seus efeitos (designadamente, quanto ao carácter provisório da antecipação).

b) São dois os critérios pelos quais se afere a adequação funcional da providência para assegurar o efeito útil da ação principal: a apropriação e a proporcionalidade. A providência é apropriada se ela for adequada para acautelar o efeito útil da ação principal (cf. art. 2.º, n.º 2), isto é, se ela for concretamente adequada para assegurar a efetividade do direito ameaçado (cf. art. 362.º, n.º 1)²³. A providência pode coincidir com o que se pretende obter na ação principal – como é o caso típico da providência de alimentos provisórios (cf. art. 384.º) –, mas também pode consistir na constituição de uma situação jurídica provisória – como acontece quando, perante a disputa do uso de uma parte comum do prédio, é requerido que a sua utilização seja partilhada por todos os condóminos – ou ainda na produção de um efeito, mesmo que definitivo, isto é, mesmo que, uma vez produzido, não mais possa ser desfeito²⁴ – como acontece quando um lojista requer que um seu concorrente, por violar um acordo de exclusividade, seja intimado a não abrir o seu estabelecimento.

A adequação da providência também não depende da sua cobertura por qualquer regra substantiva. Embora algumas providências cautelares tenham um apoio legal – como é o caso do arresto (cf. art. 619.º, n.º 1, CC), da restituição provisória da posse (cf. art. 1279.º CC) e dos alimentos provisórios (cf. art. 2007.º, n.º 1, CC) –, a sua admissibilidade não depende de qualquer previsão substantiva²⁵. As providências cautelares não são típicas, mas abertas. São admissíveis aquelas que se enquadrarem na cláusula geral constante do art. 362.º, n.º 1, isto é, aquelas que se mostrarem concretamente adequadas a assegurar a efetividade do direito ameaçado pela demora na tutela definitiva.

c) A providência só pode ser decretada se não impuser ao requerido um sacrifício desproporcionado relativamente aos interesses que o requerente deseja acautelar ou tutelar provisoriamente (art. 368.º, n.º 2). Isto é: a desvantagem imposta ao requerido com o decretamento da providência não pode ser desproporcionada em relação à vantagem que o requerente retira desse decretamento. Portanto, um interesse pouco relevante do requerente não pode ser acautelado através da afetação de um interesse muito relevante do requerido; mas um interesse muito relevante do requerente pode ser acautelado através da afetação de um interesse muito relevante do requerido. Quando os interesses forem equivalentes, há que procurar uma compatibilização dos mesmos: por exemplo, se for viável, ainda que com recurso a restrições justificadas, a compatibilização do direito à saúde e ao descanso dos requerentes com o direito a

²³ Cf. BAUR, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 71 ss.; R. PINTO, A Questão de Mérito na Tutela Cautelar (Coimbra 2009), 635 ss.

²⁴ Cf. GRUNSKY, JuS 1976, 284.

²⁵ Atribuindo um carácter constitutivo às decisões que decretam as providências cautelares, cf. MINNEROP, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz (Köln/Berlin/Bonn/München 1973), 42 ss.; R. PINTO, A Questão de Mérito na Tutela Cautelar, 460 ss.

desenvolver uma atividade comercial por parte da requerida, nenhum desses direitos pode ser integralmente sacrificado ao outro²⁶.

Esta regra de proporcionalidade exige uma ponderação dos interesses envolvidos e é independente da probabilidade séria da existência do direito a acautelar (e, portanto, da probabilidade do sucesso da ação principal): nem aquela proporcionalidade dispensa a probabilidade do direito a acautelar²⁷, nem esta probabilidade isenta a verificação da proporcionalidade. Assegurada a proporcionalidade entre os interesses a acautelar e a afetar, a providência só é decretada se, além disso, for provável a existência do direito a acautelar. Esta probabilidade pode ser aferida com maior ou menor intensidade consoante os interesses afetados do requerido forem mais ou menos relevantes. Portanto, a proporcionalidade é um critério invariável; a probabilidade, pelo contrário, um critério flexível.

3. Distinção

Do que foi descrito pode retirar-se que, no ordenamento jurídico português, há que distinguir, no âmbito mais geral de uma tutela urgente, entre uma tutela cautelar e uma tutela urgente *stricto sensu*. A distinção resume-se no seguinte: a tutela cautelar é uma tutela provisória ou uma tutela que só se consolida se, tendo havido inversão do contencioso, o requerido não propuser ação destinada a contrariar a providência decretada; a tutela urgente *stricto sensu* é uma tutela definitiva que é obtida num procedimento simples e célere.

Esta distinção demonstra as duas perspetivas pelas quais a urgência da tutela é vista no ordenamento jurídico português: essa urgência pode resultar da impossibilidade de esperar pela tutela definitiva (para, por exemplo, obter os alimentos de que o credor necessita para sobreviver); aquela urgência também pode decorrer da necessidade de obter uma tutela imediata (para, por exemplo, impedir uma violação iminente de direitos de personalidade através dos meios de comunicação social). As relações entre estas modalidades de urgência (a “urgência-impossibilidade”, induzida pela impossibilidade de esperar pela tutela definitiva, e a “urgência-necessidade”, decorrente da necessidade de obter uma tutela imediata) não podem ser analisadas no presente contexto, nomeadamente quanto à possibilidade de escolha pelo interessado entre a via da providência cautelar e a via da tutela urgente *stricto sensu* (o que – acrescente-se – tem importância, por exemplo, para delimitar o âmbito de aplicação do processo especial de tutela da personalidade (cf. art. 878.^o a 880.^o), em relação ao qual se pode defender que ele exclui a possibilidade de recurso às providências cautelares ou que ele é um meio concorrente com estas providências).

²⁶ RL 9/2/2012 (proc. 2288/11.2TVLSB-B.L1-6).

²⁷ Mas LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes* (München 1971), 83 ss.; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß*, 177 s.

II. Inversão do contencioso

1. Generalidades

As providências cautelares têm como finalidade a prevenção do *periculum in mora*, já que elas visam obviar a que a decisão proferida na ação principal se torne inútil, isto é, a que seja conseguida uma tutela definitiva que seja ineficaz no momento em que seja obtida. Desde há algum tempo vem-se discutindo se as providências cautelares não podem também assumir uma outra função: a de se substituírem à própria tutela definitiva, ou seja, a de consumirem a necessidade da propositura de uma ação principal destinada a confirmar a tutela provisória obtida através de uma dessas providências.

Convém esclarecer que o que se pergunta é distinto da antecipação da tutela definitiva pela tutela cautelar. O que se pretende saber é em que condições é que a tutela cautelar pode dispensar a tutela definitiva por aquela tutela cautelar se convolar nesta tutela definitiva; problema diferente é o da antecipação da tutela definitiva pela tutela cautelar, porque esta antecipação não dispensa a propositura de uma ação principal destinada a obter a tutela definitiva e a confirmar a tutela que foi antecipada no procedimento cautelar. Portanto, uma questão é a de saber se a tutela cautelar pode antecipar uma tutela definitiva que não pode deixar de ser requerida depois da sua antecipação no procedimento cautelar, outra distinta é a de determinar se a tutela cautelar pode ser autossuficiente e dispensar a tutela definitiva.

2. Desenvolvimento

2.1. Regime experimental

A primeira expressão no ordenamento jurídico português da convalidação da tutela cautelar em tutela definitiva consta do disposto no art. 121.º, n.º 1, CPTA (de 2002) no âmbito do contencioso administrativo: “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 adoção 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”. Pode presumir-se que este regime inspirou o que veio a ser estabelecido, no âmbito do processo civil, no art. 16.º RPCE (de 2006), no qual se prescreve 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”. Este último regime caracteriza-se pelos seguintes aspetos:

- Pressupõe que constem do procedimento cautelar todos os elementos necessários à tutela definitiva, ou seja, exige que todos os factos relevantes para essa tutela constem do procedimento e estejam provados;

- Cabe ao tribunal a iniciativa de substituir a tutela cautelar pela tutela definitiva, devendo, no entanto, ouvir as partes antes de proferir a decisão de tutela definitiva²⁸.

O regime instituído no art. 16.º RPCE é criticável essencialmente pelos seguintes motivos.

- Coloca no juiz a iniciativa da substituição da tutela cautelar pela tutela definitiva, o que suscita problemas quanto à sua articulação com o princípio dispositivo;
- É omissivo quanto às condições em que é admissível a convalidação da tutela cautelar em tutela definitiva, dado que não se define nenhuma orientação quanto às providências em relação às quais se pode verificar a referida convalidação.

2.2. Regime aprovado

A versão do Código de Processo Civil aprovada na Assembleia da República orienta-se, na sequência do proposto pela Comissão para a Reforma do Processo Civil, por uma outra solução: em vez de se permitir a convalidação *ex officio* da tutela cautelar numa tutela definitiva, propõe-se, em certos casos e verificadas certas condições, a dispensa do ónus de propositura da ação principal pelo requerente da providência e a consequente atribuição desse ónus ao requerido que pretenda evitar a consolidação da providência decretada. Construiu-se assim um sistema assente na inversão do contencioso: em vez de ser o requerente da providência cautelar a ter o ónus de propor uma ação principal destinada a confirmar ou a consolidar a tutela cautelar, cabe ao requerido instaurar uma ação de impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da tutela provisória. As providências cautelares que, atendendo ao seu objeto, admitem a inversão do contencioso não deixam de ser instrumentais perante a tutela definitiva; o que se verifica é que essas providências se consolidam como tutela definitiva pela inação do requerido, deixando de ser um instrumento de uma posterior tutela definitiva e passando a ser a própria tutela definitiva.

Isto significa que, se houver inversão do contencioso, a consolidação da providência cautelar não fica dependente da propositura da ação principal pelo requerente dessa providência: nessa hipótese, a consolidação da providência decorre da omissão da instauração da ação de impugnação pelo requerido. Trata-se de uma solução mais segura do que aquela que consta do art. 669-*octies*. Cpc^{IT}, no qual se estabelece que as providências de caráter antecipatório e o embargo de obra nova não perdem eficácia se a ação principal não for proposta ou se extinguir, embora qualquer das partes (portanto, também a parte requerida) possa vir a instaurar essa ação²⁹. A inversão do contencioso proposta tem a vantagem de atribuir ao requerido o ónus de definir a situação num prazo curto, evitando, assim, a subsistência de uma tutela provisória com uma duração ilimitada: o requerido ou impugna a providência decretada, procurando evitar a sua consolidação, ou não impugna essa providência, permitindo a consolidação da providência cautelar como tutela definitiva.

²⁸ Para maiores desenvolvimentos, cf. RAMOS DE FARIA, Regime Processual Civil Experimental Comentado (Coimbra 2010), 219 ss.

²⁹ Cf. BORGHESI, Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche, in Sulla Riforma del Processo Civile / Atti dell'incontro di Studio / Ravenna, 19 maggio 2006 (Bologna 2007), 67 ss.

3. Concretização

3.1. Generalidades

O regime da inversão do contencioso assenta no disposto no art. 369.º, n.º 1: “mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”. Este regime apresenta as seguintes características:

- Pressupõe o requerimento da parte interessada; o art. 369.º, n.º 2, define o momento em que esse requerimento pode ser feito e em que o requerido a ele se pode opor: “a dispensa [...] pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada”;
- Define as condições em que a inversão do contencioso pode ser decretada pelo tribunal: este órgão tem de formar a convicção segura sobre o direito acautelado e a natureza da providência decretada tem de ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio; isto significa que a decisão sobre a inversão do contencioso não é uma decisão tomada no uso de um poder discricionário: o tribunal não inverte o contencioso segundo um critério de oportunidade e de conveniência, mas de acordo com os referidos critérios legais.

3.2. Condições

É da conjugação destas duas condições – e não da consideração isolada de cada um delas – que decorrem as circunstâncias em que o tribunal pode decretar a inversão do contencioso:

- O juiz tem de formar a convicção segura da existência do direito acautelado, o que implica que a prova sumária (ou seja, a prova que se basta com a probabilidade séria da existência do direito acautelado) que é suficiente para decretar a providência cautelar (cf. art. 365.º, n.º 1, 388.º, n.º 2, 392.º, n.º 2, e 405.º, n.º 1) é insuficiente para decretar a inversão do contencioso; esta inversão pressupõe uma prova *stricto sensu* do direito acautelado; portanto, o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência;
- A providência decretada tem de ser, pela sua própria natureza, adequada a realizar a composição definitiva do litígio; esta condição é justificada pelo facto de, tendo sido decretada a inversão do contencioso e não tendo o requerido proposto a ação de impugnação, a tutela cautelar se convolar *ex lege* em tutela definitiva; logo, tem de se exigir que a providência decretada se possa substituir à tutela definitiva que o

requerente da providência poderia solicitar na ação principal se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso.

4. Objeto

4.1. Inadmissibilidade da inversão

A necessidade de que a providência seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio delimita as providências cautelares em que se pode verificar a inversão do contencioso. Assim, esta inversão não é viável se, por a tutela cautelar ser distinta da correspondente tutela definitiva, ela não tiver a potencialidade de compor o litígio entre as partes. Pense-se, por exemplo, na providência cautelar de arresto: no respetivo procedimento, o requerente solicita a apreensão judicial de certos bens (art. 391.º, n.º 2) com fundamento no receio de perda da garantia patrimonial (art. 391.º, n.º 1; art. 619.º, n.º 1, CC); na ação principal, esse mesmo requerente, agora autor, solicita o reconhecimento e satisfação do seu direito de crédito. Pode assim concluir-se que, nos casos em que a tutela definitiva e a tutela cautelar cumprem uma função totalmente distinta e prosseguem objetivos completamente diferentes, nunca se pode verificar a inversão do contencioso; ou, dito pela positiva: a inversão do contencioso só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a tutela definitiva que, se não tivesse havido inversão do contencioso, o requerente teria o ónus de requerer na subsequente ação principal. É por isso que, por exemplo, não tem sentido admitir a inversão do contencioso quanto à providência cautelar de arresto, pois que a garantia da garantia patrimonial que o credor obtém através dessa providência não resolve o litígio entre ele e o seu devedor (que respeita, não à garantia do crédito, mas ao próprio crédito).

O ponto mais discutível nesta matéria é aquele que se prende com a possibilidade de requerer a inversão do contencioso numa providência cautelar que constitui um incidente da causa principal. O que se pergunta é se é admissível que, por exemplo, no procedimento de alimentos provisórios que corre como incidente da ação de alimentos definitivos se pode pedir a inversão do contencioso. Parece impor-se uma resposta negativa, dado que não tem sentido utilizar um mecanismo que conduz à possível dispensa de uma ação principal quando a mesma já se encontra pendente.

4.2. Admissibilidade da inversão

Concluído que a inversão do contencioso não se pode verificar quando a tutela cautelar é completamente distinta da tutela definitiva e quando, portanto, a consolidação da tutela cautelar não é suscetível de compor o litígio entre as partes, importa analisar qual a proximidade que tem de existir entre essas tutelas para que se possa considerar que a inversão do contencioso é adequada a realizar essa composição. A resposta a esta pergunta é indicada pelo estabelecido no art. 376.º, n.º 4, no qual se dispõe que, no âmbito das providências nominadas, o regime da inversão do contencioso é aplicável à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais

providências previstas em lei avulsa que tenham caráter antecipatório dos efeitos da ação principal (como é o caso da providência cautelar de entrega judicial do bem após findar o contrato de locação financeira que se encontra regulada no art. 21.º DL 149/95, de 24/6).

Isto demonstra que a inversão do contencioso só é admissível se a providência cautelar requerida – de caráter nominado ou inominado – tiver um sentido antecipatório. Mais em concreto, essa inversão depende da circunstância de a tutela que é solicitada na providência, em teoria, poder ser obtida como tutela definitiva numa ação declarativa. Para se confirmar que assim é basta confrontar, a título de exemplo, as providências cautelares de arrolamento e de alimentos provisórios: o arrolamento – que consiste numa descrição de bens que se encontram em risco de extravio, ocultação ou dissipação (cf. art. 403.º, n.º 1) – não antecipa nenhuma tutela definitiva e, por isso, nela não se pode verificar a inversão do contencioso; em contrapartida, a providência de alimentos provisórios – que consiste na realização ao requerente de uma prestação alimentícia (cf. art. 384.º) – antecipa o que pode ser obtido numa ação de alimentos, pelo que nela é admissível a inversão do contencioso.

Importa ainda acrescentar que a inversão do contencioso não pressupõe a consumpção de qualquer outra tutela, ou seja, não pressupõe que, após a inversão, o requerente da providência não possa solicitar mais nenhuma tutela. Considere-se, por exemplo, a providência de restituição provisória da posse: no caso de esbulho violento, o possuidor pode pedir que seja restituído provisoriamente à sua posse (cf. art. 377.º; art. 1279.º CC); tendo-se verificado a inversão do contencioso nessa providência, isso obsta naturalmente a que o requerente solicite, na ação principal, a restituição da posse, mas não impede que esse mesmo requerente solicite a reivindicação da coisa de que foi reconhecido ser o possuidor.

4.3. Exceção de litispendência

Entre o procedimento cautelar e o processo no qual é requerida a tutela definitiva não se pode constituir a exceção de litispendência, dado que a solicitação de uma tutela provisória não é idêntica à solicitação de uma tutela definitiva. A circunstância de a providência cautelar ter um caráter antecipatório não altera o afirmado: não se constitui nenhuma exceção de litispendência entre, por exemplo, o procedimento cautelar no qual são pedidos alimentos provisórios e a ação principal na qual são solicitados os alimentos definitivos.

Importa, no entanto, ter presente que a formulação pelo requerente do pedido de inversão do contencioso altera os dados do problema, pois que não pode estar simultaneamente pendente um procedimento cautelar no qual o requerente solicita, através da inversão do contencioso, a transformação da tutela cautelar em tutela definitiva e uma ação destinada a obter esta mesma tutela definitiva. Assim, a partir do momento em que o requerente da providência cautelar requer a inversão do contencioso constitui-se a exceção de litispendência com a ação na qual é pedida a mesma tutela definitiva. Utilizando, de novo, o exemplo da providência cautelar de alimentos provisórios, há que concluir que ocorre a exceção de litispendência quando, estando pendente uma providência cautelar de alimentos provisórios na qual foi requerida a inversão do contencioso,

se propõe uma ação de alimentos definitivos. Nesta hipótese, a exceção de litispendência deve ser alegada na ação principal, dado que foi nesta que o demandado foi citado em segundo lugar (cf. art. 582.º, n.º 1 e 2).

Pode assim concluir-se que a formulação do pedido de inversão do contencioso bloqueia a propositura de uma ação principal pelo seu requerente, sempre que nesta ação não se possa obter algo de diferente do que resulta da conversão da tutela provisória em tutela definitiva. Por analogia com o disposto no art. 564.º, al. c), há igualmente que entender que a formulação daquele pedido inibe o requerido no procedimento cautelar de propor uma ação destinada à apreciação da mesma questão jurídica. Assim, se, por exemplo, no procedimento cautelar de suspensão da deliberação social, o requerente solicitar a inversão do contencioso, o requerido está inibido, até à apreciação desse pedido, de propor uma ação visando reconhecer a validade da deliberação.

5. Procedimento

5.1. 1.ª instância

A dispensa da propositura da ação principal pode ser requerida pelo requerente da providência até ao encerramento da audiência final do respetivo procedimento (art. 369.º, n.º 2 1.ª parte). Pode suceder que o exercício do direito que é acautelado através da providência cautelar esteja sujeito a um prazo de caducidade: nessa hipótese, de molde a não prejudicar o requerente da providência e da inversão do contencioso, a caducidade interrompe-se com o pedido daquela inversão, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão proferida sobre a inversão (art. 369.º, n.º 3).

Se o procedimento cautelar só admitir o contraditório diferido – isto é, se o contraditório do requerido só puder ser exercido depois do decretamento da providência –, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada (art. 369.º, n.º 2 2.ª parte; cf. também art. 372.º, n.º 3). Portanto, neste caso, é conjunta a impugnação da providência decretada e a oposição à inversão do contencioso.

5.2. Fase de recurso

A decisão que decreta a inversão do contencioso só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida (art. 370.º, n.º 1 1.ª parte), ou seja, essa decisão não é passível de recurso autónomo do próprio recurso que decreta a providência requerida. Assim, o requerido só pode impugnar a decisão de inversão do contencioso se impugnar simultaneamente o decretamento da providência, pelo que não é admissível impugnar apenas aquela decisão de inversão. Como é a regra no âmbito dos procedimentos cautelares, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão que determine a inversão do contencioso, sem prejuízo dos casos em que esse recurso é sempre admissível (art. 370.º, n.º 2).

Em contrapartida, a decisão que indefira a inversão do contencioso é irrecurável (art. 370.º, n.º 1 2.ª parte), mesmo que em conjunto com a decisão que tenha indeferido a providência requerida. Portanto, o indeferimento do pedido de inversão do contencioso é sempre definitivo, não podendo o requerente impugná-la em recurso. O regime também vale quando o requerente tenha interposto recurso do indeferimento da providência requerida, o que tem como consequência que a inversão do contencioso nunca pode ser decretada em recurso.

6. Ação

6.1. Generalidades

A inversão do contencioso dispensa o requerente de propor a ação principal, mas faz recair sobre o requerido o ónus de propor uma ação destinada a evitar a consolidação da providência decretada. Por isso, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido deve ser notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos trinta dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio (art. 371.º, n.º 1). Esta consolidação também se verifica quando, proposta a ação, o processo estiver parado mais de trinta dias por negligência do requerente ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior (art. 371.º, n.º 2).

Como se ressalva no art. 371.º, n.º 1, a distribuição do ónus da prova na ação de impugnação segue as regras gerais: ao autor (requerido na providência) compete a prova dos factos que fundamentam a impugnação da providência decretada (cf. art. 342.º, n.º 1, CC); ao réu (requerente da providência) incumbe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa impugnação (cf. art. 342.º, n.º 2, CC).

6.2. Conteúdo da ação

A ação que o requerido tem o ónus de intentar após a decisão de inversão do contencioso é, na expressão do art. 371.º, n.º 1, uma ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado. Trata-se de uma referência à finalidade da ação, não ao seu conteúdo, dado que essa ação pode ser qualquer uma que, em caso de procedência, produza um efeito que seja incompatível com a providência decretada. Dito de outra forma: essa ação pode ser uma ação destinada a impugnar os fundamentos em que se baseou a inversão do contencioso, mas também pode ser qualquer outra ação da qual resulte um efeito incompatível com a providência decretada.

Uma ação que tenha por finalidade a impugnação dos fundamentos da decisão de inversão do contencioso é admissível, porque, segundo o disposto no art. 364.º, n.º 4, o julgamento da matéria de facto na providência cautelar não tem qualquer influência no julgamento da ação principal, portanto, *in casu* na ação de impugnação. Isto é assim apesar de a inversão do contencioso exigir a formação pelo juiz da convicção segura da existência do direito acautelado (cf. art. 369.º, n.º 1), o que significa que se exige ao juiz da inversão do contencioso algo mais do

que é suficiente para decretar a providência, mas, mesmo este juízo, não é vinculativo na ação de impugnação.

O conteúdo mais comum da ação de impugnação da decisão de inversão do contencioso é o de uma ação de apreciação negativa: o requerido solicita a declaração da inexistência do direito acautelado, com base na inexistência dos factos que levaram o juiz do procedimento cautelar a inverter o contencioso. Por exemplo: o juiz do procedimento cautelar inverteu o contencioso numa providência de embargo de obra nova; o requerido pode requerer a apreciação da inexistência do obstáculo à construção da obra. Impõe-se, no entanto, uma importante observação: qualquer que seja o entendimento que se faça do disposto no art. 343.º, n.º 1, CC quanto à distribuição do ónus da prova nas ações de simples apreciação negativa – ou seja, independentemente de se entender que nessas ações cabe ao réu demonstrar o facto constitutivo do seu direito ou de se considerar que ao autor cabe a prova do facto extintivo, impeditivo ou modificativo que serve de *causa petendi* ao pedido de apreciação negativa³⁰ – e respeitando a ressalva feita no art. 371.º, n.º 1, quanto à distribuição do ónus da prova, é claro que, na ação de apreciação negativa que é instaurada pelo requerido para evitar a consolidação da providência cautelar em relação à qual se verificou a inversão do contencioso, o ónus da prova tem de pertencer ao autor da ação. De outro modo a inversão do contencioso em nada beneficiaria o requerente da providência: se, depois dessa inversão, lhe incumbisse provar, na subsequente ação de apreciação negativa instaurada pelo requerido, o direito acautelado, esse requerente (e agora réu) encontrar-se-ia na mesma posição se não tivesse havido inversão do contencioso e se fosse sobre ele que recaísse o ónus de instaurar a ação principal. Portanto, há que entender que incumbe ao autor da ação de impugnação (e requerido no procedimento cautelar) o ónus de provar quer os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito acautelado, quer a inexistência dos factos constitutivos desse direito.

Finalmente, a ação de impugnação também pode ter por objeto um direito incompatível com o direito acautelado através da inversão do contencioso que foi decretada no procedimento cautelar. Por exemplo: o juiz concedeu a inversão do contencioso em relação a uma providência de restituição provisória da posse; o requerido pode intentar uma ação em que solicita o reconhecimento de um direito incompatível com a posse do requerente.

6.3. Não preclusão

O objeto da ação de impugnação não é afetado por nenhuma preclusão de algum facto que pudesse ter sido invocado pelo requerido no procedimento cautelar em que foi decretada a inversão do contencioso. Isto é: mesmo que o facto pudesse ter sido alegado no anterior procedimento cautelar por aquele requerido, ainda assim nada impede que ele seja usado como causa de pedir da ação de impugnação por essa mesma parte. A solução é imposta pela

³⁰ Recorde-se que já CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile I* ² (Napoli 1935), 205 s., atribuía o ónus da prova ao autor, acentuando a diferença fundamental entre as atuais ações de apreciação e os antigos juízos de jactância.

circunstância de a decisão sobre a matéria de facto não poder ter qualquer influência no julgamento da ação principal (art. 364.º, n.º 4): se assim é, também não pode haver nenhuma preclusão factual nesta ação.