

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IRREVERSIBILIDADE, POR EFEITO DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA, DOS EFEITOS RESULTANTES DO DECRETAMENTO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE TIPO ANTECIPATÓRIO

NUNO GUNDAR DA CRUZ

As providências cautelares antecipatórias podem produzir efeitos irreversíveis. Essa é uma realidade quotidiana percebida nos tribunais. À luz desta temática, o autor procura debater várias questões centrais e de flagrante actualidade. Desde logo, a de saber, se a partir do enquadramento legal vigente, o tribunal pode decretar essa mesma providência mesmo após ter identificado um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos resultantes do seu decretamento serem irreversíveis. Por outro lado, ainda no quadro legal actual, e uma vez verificada essa irreversibilidade, sobre quem, e em que termos, deve recair a obrigação de indemnizar o requerido que obtenha ganho na acção principal. Finalmente, aborda-se, *de iure condendo*, qual a possível via processual para obstar à concretização desse risco de irreversibilidade dos efeitos da providência cautelar antecipatória: a tutela cautelar ou, diversamente, a tutela urgente realizada em acção principal.

I — INTRODUÇÃO

É hoje pacificamente aceite por todos aqueles que lidam diariamente com o sistema judicial português — actores judiciais em geral e meio universitário — que a Justiça em Portugal está em crise, e que um dos factores que mais contribui para esta crise é a morosidade da mesma, ou seja a *«duração irrazoável ou excessiva do processo desnecessária à protecção das partes intervenientes»*¹.

¹ Sobre este tema consultar, designadamente, o *Relatório Breve do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre Bloqueios ao Andamento dos Processos e Propostas de Solução*, da autoria de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, publicado em 1999, disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>. Este relatório subdivide-se nos seguintes capítulos: tipos de morosidade, causas da morosidade, principais factores de dilação identificados na tramitação de três *«grandes»* processos-crime e propostas de solução. Entre o mais, distinguem-se, nesse relatório, dois conceitos fundamentais: duração necessária do processo e morosidade. Assim, o primeiro conceito respeita ao *«prazo razoável» necessário à defesa dos direitos individuais e colectivos dos cidadãos*, e o segundo *«a toda a duração irrazoável ou excessiva do processo desnecessária à protecção das partes intervenientes»*. Com interesse, lê-se, também, nesse relatório, que *«A duração necessária do processo deveria corresponder à duração legal*

De outro passo, é notório que existe, com especial intensidade nos dias que correm, uma dialéctica profunda entre o tempo e o direito. Nas lapidares palavras de ISABEL CELESTE M. FONSECA «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 afectado pela urgencialização de que sofre a sociedade actual. E a cultura do instantâneo coloca novas questões à tradicional relação entre a normatividade do direito e o tempo». Mais adiante, na mesma obra, afirma esta autora que «Em abono da verdade, este objectivo — habitar o tempo, domesticar o tempo ou temporalizar o processo — leva-nos até um dos problemas clássicos mais delicados da dogmática processual que nos dias de hoje ganha nova atenção por causa do culto ao instantâneo: para o tempoamento dos elementos essenciais do processo e designadamente para a questão da combinação de garantias e princípios processuais essenciais que não podem ser reduzidos — o processo justo — com a duração fisiológica necessária do processo — o processo temporalmente justo —, sendo que poderá qualificar-se como necessária a duração temporal fisiologicamente útil para realizar o processo e para obter, ponderada e atempadamente, a decisão judicial de mérito, com respeito pelos princípios processuais que são irreduzíveis — como são os relativos ao modelo paritário do contraditório. Temporalizar o processo é actualizar o processo aos ritmos do homem do quotidiano e ao ritmo dos seus interesses. Urge, pois reequacionar o tempero. Haverá necessidade de prescindir de algumas garantias em benefício de outras»².

É neste contexto que este breve estudo é apresentado, visando o mesmo analisar, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, uma das potencialmente mais gravosas, e perversas, consequências da morosidade da justiça: a irreversibilidade que podem assumir nalguns casos os efeitos resultantes do decretamento da providência cautelar de tipo antecipatório.

Com efeito, por vezes, no caso das providências cautelares deste tipo, a caducidade da medida, uma vez concluída a acção principal com desfecho desfavorável para o requerente, não elimina os gravosos efeitos já produzidos

do processo. No entanto, de acordo com investigação anterior, a própria lei é, em muitos tipos de processos, causadora de morosidade. Assim, a duração legal, poderá equivaler à duração necessária ou incluir para além desta, procedimentos processuais que venham a ser qualificados num determinado momento como de morosidade legal (excesso de formalismo ou formalismo desnecessário). A morosidade pode ser também organizacional ou endógena ao sistema e resultar do volume de serviço e/ou rotinas adquiridas, bem como da organização dos tribunais. Por último, a excessiva duração dos processos judiciais pode ser também criada pelos actores judiciários (magistrados, advogados, partes, polícia, peritos, funcionários judiciais, etc.). Esta morosidade provocada pode ser não intencional ou intencional. A primeira decorre da morosidade organizacional e consubstancia-se em comportamentos negligentes involuntários dos actores judiciários. A segunda é provocada por uma das partes no litígio, ou em seu nome, em defesa dos seus interesses».

² ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência — Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pp. 109 e 111.

na realidade material, na medida em que as consequências advenientes do decretamento da providência são irreversíveis. Ou seja, diversamente do que deveria suceder, a solução da acção principal não permite repor a situação anterior ao decretamento da providência. Ora, essa circunstância poderá provocar graves danos na esfera do requerido.

Imagine-se, por exemplo, uma hipótese em que é decretada uma providência cautelar que impõe ao requerido, em face do incumprimento de uma obrigação de não concorrência, ou violação de um direito de exclusividade, ou bem assim, numa situação de comércio desenvolvido em concorrência desleal, a suspensão da respectiva actividade até à decisão definitiva, provocando, em resultado da incapacidade do sistema judicial em solucionar a acção principal em tempo útil, o seu afastamento do mercado ou mesmo a respectiva declaração de insolvência. Ora, nesta hipótese, o principal factor que contribui para a produção de efeitos irreversíveis é, de facto, a morosidade da justiça em sentido lato (incluindo no sentido de morosidade legal, organizacional e provocada pelos actores judiciais), mormente na solução da acção principal.

Haverá que realçar que, nestas hipóteses, não é a decisão cautelar que se torna definitiva, sendo antes os seus efeitos que assumem carácter irreversível, pois aquando do decretamento da providência cautelar pode subsistir interesse do requerente na instauração da acção principal, com o intuito de manter os efeitos resultantes do decretamento da providência.

Nestas situações, em que os efeitos produzidos pela providência deixam de ser provisórios, tornando-se, antes, irreversíveis, a tutela cautelar perde a sua componente de provisoriedade, provocando, assim, um desvirtuamento dos princípios que lhe estão subjacentes ³.

É de notar que, das hipóteses ora descritas, devem distinguir-se as situações em que é a própria providência cautelar decretada que, pela sua natureza e conteúdo, provoca efeitos definitivos na esfera jurídica do requerido, como sucede quando a imposição de determinada conduta ao requerido corresponda a obrigação instantânea que se extinga com esse acto de cumprimento isolado, ou, também, quando, por exemplo, a providência cautelar consista na destruição de um determinado objecto ^{4 5}. Nestes casos, é a

³ Sobre a função do procedimento cautelar, vide PIERO CALAMANDREI, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, tradução (de Andrea Bassi) de *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, Campinas, Servanda, 2000.

⁴ Exemplos referidos por RITA LYNCE DE FARIA, *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, 2003, p. 229.

⁵ A propósito deste tema, refere CRISANTO MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, Rivista di Diritto Processuale, Volume 60, 1985, p. 667, que «Questo terzo tipo di deviazione è quello che si incentra nel fenomeno della obliterazione, elevate a prassi, del requisito della strumentalità che, come è stato ribadito in maniera ineccepibile da Tommaso (...) è un connotato essenziale della tutela cautelare, nella quale i provvedimenti d'urgenza sicuramente vanno inquadrati per ragioni sia testuali che sistematiche e che sono ben presenti in tutti noi. Il fenomeno si verifica prevalentemente, se non esclusivamente, in provvedimenti di contenuto anticipatorio, poiché quelli a contenuto conservativo hanno già, per natura loro, una portata

própria decisão cautelar que se torna, na prática, definitiva, e não apenas os seus efeitos, perdendo, inclusivamente, o requerente, o interesse na instauração da acção principal ⁶. Há, neste sentido, um desvirtuamento da função instrumental da tutela cautelar. Estas situações foram já objecto de amplo debate pela doutrina portuguesa, nomeadamente por RITA LYNCE DE FARIA, ISABEL CELESTE M. FONSECA e LUCINDA D. DIAS DA SILVA ⁷.

Este estudo destina-se, assim, a abordar, fundamentalmente, três questões, a saber: (i) à luz do enquadramento legal vigente, poderá o tribunal decretar uma providência cautelar antecipatória, quando identifique um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos resultantes do decretamento da providência se tomarem irreversíveis? (ii) ao abrigo do enquadramento legal em vigor, verificada uma situação caracterizada pela aludida irreversibilidade dos efeitos decorrentes do decretamento da providência, causada pela morosidade da justiça, na solução da acção principal, sobre quem, e em que termos, deve recair a obrigação de indemnizar o requerido, como compensação pela dita irreversibilidade? (iii) *de iure condendo*, nestas hipóteses, em que seja possível identificar um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos decorrentes do decretamento da providência se tornarem irreversíveis, a via a adoptar deveria ser a da tutela cautelar, ou, diversamente, a da tutela urgente realizada em acção principal?

II — DO DECRETAMENTO DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR

Desde logo, acompanha-se a linha interpretativa seguida por RITA LYNCE DE FARIA, segundo a qual, *de iure condito*, o juízo a efectuar deve assentar na premissa de que, no procedimento cautelar em geral e, bem assim, no de natureza antecipatória, a posição do requerente merece maior tutela, dado que este goza, a seu favor, de um *fumus boni iuris*. Acresce que, conforme

strumentale. I provvedimenti a contenuto anticipatorio, e proprio perché anticipano l'assetto di diritto sostanziale alla cui cautela sono rivolti, possono dar luogo, in maniera più o meno evidente, e più o meno surrettizia, al fenomeno dello scavalcamento della funzione strumentale per il conseguimento diretto di quell'assetto rispetto al quale il provvedimento d'urgenza dovrebbe solo fungere da strumento.

È chiaro che la tentazione di un siffatto scavalcamento è tanto più forte quanto più lenta è la via della giustizia ordinaria. Ed è ormai constatazione comune che il provvedimento d'urgenza sempre più spesso viene pronunciato solo per venire incontro alla generica urgenza di provvedere».

⁶ Definitividade *de facto* é a expressão utilizada por RITA LYNCE DE FARIA para descrever estas hipóteses, *A função...*, *ob. cit.*, p. 228, traduzindo uma expressão em língua alemã escrita pelo autor WOLF-DIETRICH WALKER na seguinte obra: *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, p. 27.

⁷ Vide RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, *ob. cit.*, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporariamente justo...*, *ob. cit.*, e LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum — Princípio do contraditório e dispense de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, 2009.

salienta esta autora, com razão, o legislador acolheu a solução de consagrar a possibilidade de decretar providências cautelares antecipatórias, entendendo ser preferível evitar um prejuízo irreparável a um direito aparente, mesmo que causando dano irreversível a um direito que surge como inverosímil ⁸ ⁹.

Impõe-se, por isso, a seguinte questão: quando, estando verificados, no caso concreto, os pressupostos de que depende o decretamento de uma providência cautelar não especificada, nomeadamente a probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de que outrem, antes da acção ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito (*periculum in mora*), o tribunal identifique um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos resultantes do decretamento da providência se tornarem irreversíveis, deverá o tribunal decretar a dita providência? ¹⁰. A resposta ao presente repto dependerá, designadamente, do cumprimento ou não, no caso concreto, do princípio da proporcionalidade.

Efectivamente, nas situações em que o tribunal identifique um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, deve aquele observar, com especial acuidade, o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 387.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, onde se prescreve que «a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar» ¹¹. Tanto justifica-se, de um lado, porque nos procedimentos cautelares, em geral, a actividade jurisdicional, assente em critérios de simples probabilidade (*summaria cognitio*), que não de certeza jurídica, pode conduzir a decisões menos seguras do que aquelas que são potenciadas pelo funcio-

⁸ RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, *ob. cit.*, p. 237.

⁹ Também neste sentido, vide ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil, III volume, 5. Procedimento cautelar comum*, 2.ª edição, Almedina, 2000, p. 94 e 95, e PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime processual civil experimental comentado*, Almedina, 2010, p. 242.

¹⁰ Sobre os pressupostos de que depende o decretamento de providências cautelares não especificadas, vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª edição, Lex, 1997, pp. 226 e seguintes, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil anotado*, Volume 2.º, Coimbra Editora, 2001, pp. 4 e seguintes, e ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, *ob. cit.* Em concreto, sobre a igualdade de armas nas providências cautelares, vide TIAGO FÉLIX DA COSTA, *A (des) igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*, dissertação de mestrado que se encontra disponível para consulta na Biblioteca João Paulo II, Universidade Católica Portuguesa.

¹¹ Segundo ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, *ob. cit.*, p. 220, «A norma do art. 387.º, n.º 2, contém a consagração da proporcionalidade que deve ser garantida em qualquer Estado de Direito e que encontra acolhimento, embora não expresso, na própria Constituição. Se o princípio da proporcionalidade orienta o legislador quando formula os preceitos legais, não pode deixar de exercer clara influência na interpretação e aplicação que regulam as providências cautelares. Apesar do preenchimento dos requisitos gerais de que a lei faz depender a concessão da tutela provisória da aparência, através daquela norma colocou-se um travão a decisões formalmente adequadas mas substancialmente injustas».

namento regular do processo comum ¹², e, do outro, na medida em que, nos casos em que há um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, a probabilidade de o prejuízo resultante para o requerido exceder consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar ser aqui mais acentuada, do que nas hipóteses em que inexistente risco de ocorrência de um prejuízo irreversível na esfera jurídica do requerido.

De qualquer modo, como refere ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, uma vez provado o perigo de lesão séria de direitos do requerente, só uma considerável desproporção relativamente às consequências para o requerido deve justificar a recusa de providência, pelo que entre a rejeição total da medida, por verificação de efeitos consideravelmente mais gravosos na esfera do requerido, e a sua total admissão, por se constatar o justo receio de lesão grave e dificilmente reparável, o princípio da proporcionalidade impõe que o tribunal, quando na posse dos necessários elementos, ajuste a providência à concreta situação de perigo ¹³ ¹⁴. Tal ajuste, pelo tribunal, da providência a cada situação revela-se, contudo, uma tarefa sobremaneira delicada.

A exigência do cumprimento do princípio da proporcionalidade ditará, frequentemente, nos casos em que o tribunal identifique um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, por efeito da morosidade da justiça, a não concessão da providência requerida.

Todavia, não será sempre assim. Pense-se num caso de incumprimento de uma obrigação de não concorrência (ou violação de um direito de exclusividade, ou bem assim, numa situação de comércio desenvolvido como concorrência desleal) em que, não obstante existir o risco de ocorrência de um prejuízo irreversível na esfera jurídica do requerido, tanto não excede consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar. De resto, por exemplo, poderá o tribunal constatar, numa situação concreta, o risco de produção pela providência de efeitos irreversíveis na esfera do requerido, por efeito da morosidade da justiça (incluindo afastamento do mercado ou respectiva declaração de insolvência), e, ainda assim, decidir-se pela concessão da providência fundando a sua posição na circunstância de igual risco (afastamento do mercado ou declaração de insolvência) existir para o requerente se a providência não for decretada. É que, como é sabido, a posição do requerente merece maior tutela, dado que este goza, a seu favor, de um *fumus boni iuris*.

¹² ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, ob. cit., p. 221.

¹³ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, ob. cit., pp. 222 e 223.

¹⁴ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, ob. cit., p. 223, afirma que, «ainda que a providência seja apreciada sem audiência contraditória, o juiz não tem que esperar pela reacção do requerido para ajustar a medida cautelar às exigências de protecção realmente apuradas nessa altura. Desde que o juiz esteja na posse de elementos que o convençam do desajustamento entra a medida pretendida pelo requerente e a situação de *periculum in mora* efectivamente apurada, deve intervir, decretando a medida que seja adequada e proporcionada à concreta situação de perigo».

De outra sorte, discute-se se, nestes casos em que o tribunal identifique um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, deve o mesmo, ao abrigo do disposto no artigo 390.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da providência dependente da prestação de caução adequada pelo requerente.

Alega RITA LYNCE DE FARIA que a função da caução a prestar pelo requerente é essencialmente preventiva, residindo o seu escopo na aquisição de um meio que permita, no momento certo, garantir o ressarcimento, por aquele, dos danos causados ao requerido. No fundo, considera esta autora, o risco natural associado ao procedimento cautelar, por força de uma cognição meramente sumária, é compensado pela possibilidade de exigir ao requerente a prestação de caução que, no futuro, sirva de garantia a um eventual direito de indemnização. Conclui, pois, esta autora que a necessidade de adequar a caução aos eventuais danos que possam ser provocados ao requerido tem como consequência que, quando seja concedida providência cautelar de conteúdo antecipatório e, com grande probabilidade, efeitos irreversíveis, a imposição da prestação de caução pelo requerente dificilmente possa ser afastada pelo juiz ¹⁵.

Neste ponto, não se acompanha a posição de RITA LYNCE DE FARIA. Com efeito, o mero facto de se tratar de uma providência cautelar de conteúdo antecipatório e, possivelmente, efeitos irreversíveis não pode, de modo quase automático, conduzir à imposição, pelo tribunal, da prestação de caução pelo requerente. Tal não decorre, além do mais, de uma interpretação teleológica da norma contida no preceito legal em apreço.

Na verdade, entende-se que a imposição da prestação de caução pelo requerente deve depender da existência de um fundamento sério e adequado para tanto. Por exemplo, segundo ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, a sujeição da concessão da providência à prestação prévia de caução por parte do requerente constitui uma medida aconselhada quando, apesar da aparente verificação dos requisitos, pela análise do caso concreto à luz das regras de experiência, o tribunal verifique a presença de indícios de actuações malévolas ou temerárias, por parte do requerente, no entanto sem a consistência necessária para impedir o deferimento da providência ¹⁶.

Em complemento, deve acentuar-se que, nos casos em que o tribunal identifique um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, por efeito da morosidade da justiça, a eventual prestação de caução pelo requerente poderá, além do mais, não constituir, em virtude da extensão dos danos (imaginem-se os casos de afastamento do mercado ou de declaração de insolvência do requerido), um meio idóneo para reparar o prejuízo sofrido pelo requerido.

¹⁵ RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, *ob. cit.*, pp. 257 e 258.

¹⁶ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, *ob. cit.*, p. 299.

Posto isto, conclui-se que, em alguns casos, pese embora a constatação de um risco sério de irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, dos efeitos da providência, o tribunal deverá decretar a providência requerida, por estarem verificados os pressupostos de que depende a sua concessão.

III — DA RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS NA ESFERA JURÍDICA DO REQUERIDO

Coloca-se agora a questão de saber se, uma vez verificada uma situação caracterizada pela aludida irreversibilidade dos efeitos da providência, causada pela morosidade da justiça na solução da acção principal, sobre quem, e em que termos, deverá recair a obrigação de indemnizar o requerido, como compensação pela situação resultante do decretamento da providência cautelar.

De um ponto vista teórico, vislumbram-se três possíveis e distintos planos de responsabilidade: (i) responsabilidade objectiva do requerente, (ii) responsabilidade subjectiva do requerente e (iii) responsabilidade civil do Estado, no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Vejamos, de perto, cada um deles.

A responsabilidade objectiva do requerente (*id est* não baseada na culpa) não é defensável *de iure condito*, visto que inexistente no direito português fundamento legal para tal. Aliás, o próprio artigo 390.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, estabelece que o requerente responde «*pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com prudência normal*», daqui decorrendo expressamente que este regime de responsabilidade civil é aplicável, unicamente, às situações em que tenha existido dolo ou negligência por parte do requerente. O actual regime processual assenta, pois, numa responsabilidade baseada na culpa ¹⁷.

¹⁷ RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, ob. cit., p. 250, defende, no entanto, que «(...) a opção do actual regime processual por uma responsabilidade baseada na culpa não pode ser considerada a mais adequada quando nela se procure, se não uma alternativa, pelo menos uma compensação para o requerido, nas situações em que a caducidade da providência cautelar se apresenta como inoperante em virtude da irreversibilidade dos efeitos produzidos pela mesma. É fácil concluir que, dependendo da maior ou menor amplitude com que se admita o direito do requerido a uma indemnização, assim a função deste instituto permitirá atenuar, em maior ou menor medida, a inoperância da caducidade da providência cautelar naquelas situações. O que quer dizer que, quanto menos exigente for a lei, em particular no que se refere à culpa do requerente, melhor aquela obrigação de indemnização desempenhará a função visada. Por isso se deve entender que a responsabilidade concebida nos termos do artigo 390.º não adequada para o efeito pretendido. A indemnização a pagar ao requerido, pela irreversibilidade dos efeitos produzidos pela providência cautelar que caducou, apenas seria susceptível de constituir uma verdadeira compensação para aquele se, verificados tais danos, o direito à indemnização surgisse sempre. Para esse efeito, a responsabilidade do requerente teria de ser uma responsabilidade objectiva e independente de qualquer abuso do direito de acção cautelar, o que, entre nós, não é defensável, *de iure condito*».

Por seu turno, como sobredito, o artigo 390.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, consagra o regime da responsabilidade subjectiva do requerente. Diz-se aí que, «*Se a providência for considerada injustificada ou vier a caducar por facto imputável ao requerente, responde este pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com prudência normal*». Como refere RITA LYNCE DE FARIA, a responsabilidade civil do requerente prevista no artigo 390.º do Código de Processo Civil e, em geral, no artigo 456.º do mesmo diploma legal, enquadra-se na figura geral da responsabilidade civil extra-obrigacional por factos ilícitos ¹⁸.

Nesta conformidade, entende-se que, uma vez verificada a mencionada irreversibilidade dos efeitos da providência, causada pela morosidade da justiça, deverá recair sobre o requerente a obrigação de indemnizar o requerido, como compensação pela situação resultante do decretamento da providência cautelar, caso aquele, com dolo ou negligência, tenha contribuído decisivamente, mormente através de um comportamento processual malévolo, desleal ou temerário, para a excessiva duração da acção principal.

Esta interpretação extensiva da norma contida no referido artigo 390.º, n.º 1, do Código de Processo Civil — em particular, no que respeita à finalidade da norma que, numa interpretação restritiva, parece destinar-se, fundamentalmente, a tutelar as situações em que a providência se considere injustificada, ou em que esta caduque por facto imputável ao requerente, e não à protecção do requerido, nas hipóteses em que o requerente, com dolo ou negligência, tenha contribuído decisivamente para a excessiva duração da acção principal de que o procedimento cautelar depende — é a que melhor permite equilibrar o sistema cautelar, o qual, por natureza, em prejuízo do requerido, protege a posição do requerente.

De qualquer modo, julga-se que, nas situações em que o requerente, com dolo ou negligência, tenha contribuído decisivamente para a excessiva duração da acção principal, este sempre estaria obrigado a indemnizar o requerido por litigância de má fé, por aplicação dos artigos 456.º e seguintes do Código de Processo Civil ¹⁹.

Diversamente, se o principal factor que contribuiu para a criação de uma situação irreversível foi a morosidade da justiça, no sentido legal e/ou organizacional — excluindo-se, portanto, a intervenção, dolosa ou negligente, do requerente, como causa decisiva para a excessiva duração da acção principal —, nesse caso, não poderá recair sobre o requerente a obrigação de indemnizar o requerido.

¹⁸ RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, *ob. cit.*, p. 245.

¹⁹ Sobre esta matéria, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa "in agendo"*, Almedina, 2006, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, 2006, e, igualmente, ALBERTO DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, Volume 2, 3.ª edição, reimpressão, Coimbra editora, 1981, pp. 254 e seguintes.

De igual modo, nos termos do artigo 570.º do Código Civil, quando exista culpa do lesado, isto é, quando o comportamento culposo do requerido tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, em razão, sobretudo, do seu comportamento processual negligente, assim contribuindo para a excessiva duração da acção principal, caberá ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

Numa palavra, se a causa da irreversibilidade dos efeitos decorrentes da concessão da providência não é imputável ao requerente, então, nesse caso, naturalmente, não poderá o mesmo responder perante o requerido pelos danos por este sofridos.

Em suma, nestas situações, o requerente será responsável perante o requerido quando estejam verificados os pressupostos gerais de que depende a responsabilidade civil extra-obrigacional por factos ilícitos, a saber:

- a) O evento, constituído pela constatação de que o requerente contribuiu decisivamente, através do seu comportamento processual malévolo, desleal ou temerário, para a excessiva duração da acção principal, e conseqüente irreversibilidade dos efeitos da providência cautelar;
- b) O dolo ou a culpa, resultante da conduta activa ou passiva do requerente que possa qualificar-se como dolosa ou decorrente da violação das regras da prudência normal;
- c) A ilicitude decorrente da violação, nomeadamente, dos deveres de cooperação e de probidade ²⁰ imposto às partes;
- d) O dano correspondente aos prejuízos de ordem patrimonial ou moral determinados pela irreversibilidade os efeitos da providência cautelar;
- e) O nexo de causalidade entre o evento e o dano ²¹.

No que respeita aos danos indemnizáveis pelo requerente, crê-se que os mesmos devem corresponder somente aos que tiverem tido «(...) como causa sine qua non o comportamento abusivo do requerente», comportamento esse «(...) em abstracto, perfeitamente adequado a causar tal espécie de prejuízos ao requerido» ²². Note-se, que, nos termos da teoria da causalidade adequada, estabelecida no artigo 563.º do Código Civil, a indemnização confina-se aos danos que o lesado (o requerido) provavelmente não teria

²⁰ Segundo FERNANDO LUSO SOARES, *A responsabilidade processual civil*, Almedina, 1987, p. 166, o dever de probidade não é mais do que o complexo ou somatório dos demais deveres processuais das partes, designadamente os deveres de verdade, lealdade, prontidão e utilidade.

²¹ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma...*, ob. cit., pp. 298 e 299.

²² RITA LYNCE DE FARIA, *A função...*, ob. cit., p. 255.

sofrido se não fosse a lesão do seu direito ou interesse protegido²³. Por fim, tratando-se de efeitos irreversíveis, a indemnização é fixada em dinheiro, em virtude de a reconstituição natural não se revelar possível (artigo 566.º do Código Civil).

De resto, não estando reunidos, no caso concreto, os requisitos de que depende a constituição do requerente na obrigação de indemnizar o requerido, apenas restará um mecanismo para compensação deste último pela irreversibilidade dos efeitos resultantes do decretamento da providência cautelar, em consequência da morosidade da justiça na solução da acção principal: a responsabilidade civil do Estado, no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

Como salienta ISABEL CELESTE M. FONSECA, tanto na perspectiva do direito internacional (artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), como na das normas de natureza interna, sobretudo nos termos do artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, o direito a decisão judicial em prazo razoável é parte integrante do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva²⁴.

A responsabilidade civil delitual da administração tem um duplo fundamento, subjectivo e objectivo. De um ponto de vista subjectivo, a vinculação da administração pública aos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa) e o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares (artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa) e, de um ponto de vista objectivo, o princípio da legalidade. Ora, da combinação de ambos os mencionados pontos de vista decorre a proibição de provocação ilegal de danos na esfera jurídica dos particulares ou, como sucedâneo, a sua reintegração mediante indemnização²⁵.

O artigo 12.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEC) estabelece que «(...) é aplicável aos danos ilícitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa».

O novo RRCEC prevê, pois, no aludido artigo 12.º, a responsabilidade por danos decorrentes de actos jurisdicionais, remetendo, nesta matéria, para o regime da responsabilidade civil por factos ilícitos cometidos no exercício

²³ MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª edição, Almedina, 2003, p. 711.

²⁴ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, *ob. cit.*, p. 327. Sobre o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva vide, designadamente, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Volume I, 4.ª edição, Colmbra Editora, 2007, pp. 406 e seguintes, e JORGE MIRANDA /RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Colmbra editora, 2005, pp. 170 e seguintes.

²⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, p. 18.

da função administrativa, quando se invoque danos decorrentes do mau funcionamento de justiça, incluindo a violação do prazo razoável ²⁶.

Conforme explanado por ISABEL CELESTE M. FONSECA, o RRCEC consagra a responsabilidade exclusiva do Estado nas situações em que o dano resulta de acções ou omissões ilícitas cometidas individualmente com culpa leve ou decorre de um funcionamento anormal do serviço, abarcando-se aqui os casos em que o dano não é devido a comportamento concreto de alguém e, bem assim, os casos de impossibilidade de prova de autoria pessoal da acção ou omissão, em conformidade com o disposto no artigo 7.º, n.ºs 1 e 3 ²⁷.

Por outro lado, de acordo com o RRCEC, existe responsabilidade solidária do Estado com os funcionários, agentes e magistrados incluídos nos serviços administradores de justiça, quando o dano resulte de acções ou omissões ilícitas perpetradas com dolo ou culpa grave por partes destes, devendo entender-se que há culpa grave sempre que exista diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo ²⁸.

Ademais, sempre que o Estado satisfaça qualquer indemnização goza de direito de regresso, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito ²⁹.

Por último, segundo o artigo 9.º do RRCEC, consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes (e magistrados) que integram os serviços de administração de justiça que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado, de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, havendo, igualmente, ilicitude sempre que do funcionamento anormal do serviço decorra ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos ³⁰.

Cumprê destacar que, segundo ISABEL CELESTE M. FONSECA, o novo RRCEC contém aspectos que estão por resolver na lei, mormente no que concerne ao pressuposto da ilicitude, designadamente aos critérios de determinação da razoabilidade da duração do processo, ao pressuposto da culpa (sendo pensado, essencialmente, em função da responsabilidade por actos e

²⁶ Sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado na administração da justiça e no exercício da função jurisdicional, *vide*, também, CARLA AMADO GOMES, "A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei n.º 67/20007, de 31 de Dezembro", *O Direito*, Ano 141, 2009, IV, pp. 801 a 813.

²⁷ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, *ob. cit.*, p. 326.

²⁸ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, *ob. cit.*, p. 326.

²⁹ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, *ob. cit.*, p. 326.

³⁰ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, *ob. cit.*, p. 326.

omissões ilícitas decorrentes do exercício da função administrativa) e o cálculo de indemnização do dano. Neste contexto, conclui esta autora, o RRCEC pode apresentar uma solução efectiva de reparação para as vítimas do funcionamento do serviço de justiça, desde que o mesmo seja interpretado e aplicado em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) ³¹, em particular quanto ao pressuposto da ilicitude ³².

Quanto à valoração do grupo de conceitos referentes à ilicitude (violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável), sublinha ISABEL CELESTE M. FONSECA, é elementar que se considere, de um lado, a complexidade/ simplicidade da causa — aplicando o primeiro critério do método adoptado pelos órgãos de Estrasburgo para avaliar a duração razoável do processo — e, do outro, que se examine o assunto sobre que o processo versa e se avalie a urgência que as partes podem ter na prolação da sentença, usando o quarto critério do método seguido pela jurisprudência do TEDH: «*l'enjeu du litige*» ³³. Sobre esta temática, cumpre, igualmente, realçar os demais critérios de avaliação da duração do processo, utilizados pelos órgãos da Convenção, que são os seguintes: (i) o comportamento das partes, cabendo ao juiz de Estrasburgo analisar em que termos a sua actuação (ou omissão) contribuiu para a existência de dilacões temporalmente indevidas no processo, quer no que concerne ao recurso ao mesmo para exercício de direitos, quer quanto à utilização de mecanismos processuais, e (ii) o comportamento das autoridades nacionais, contemplando não apenas o comportamento tido no processo pelas autoridades judiciárias, mas também a apreciação da conduta de outras entidades do Estado, inseridas até no poder executivo e legislativo, cujos actos ou omissões poderão traduzir, no contexto do direito internacional, incumprimento da obrigação de resultado, exigida pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que, na perspectiva dos órgãos da Convenção, nem as situações de demora decorrentes da falta de recursos humanos e materiais, nem o dever de escrupuloso cumprimento pelo juiz do princípio do dispositivo justificam a prolação tardia de uma sentença ³⁴.

Deve frisar-se, outrossim, que o TEDH teve já a oportunidade de esclarecer que a duração razoável corresponde, em princípio, à duração média de um processo, devendo, também em princípio, a duração média em primeira instância corresponder a três anos, ou dois anos e sete meses, se atendermos a causas em matéria laboral ou relativas a pessoas. No que toca à duração

³¹ Sobre o direito à justiça em prazo razoável, vide também, JOAQUIM PIRES DE LIMA, "Considerações acerca do direito à justiça em prazo razoável", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50, Dezembro, 1999, pp. 671 a 701.

³² ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., pp. 324 e 329.

³³ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., p. 328.

³⁴ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., p. 312.

média de todo o processo, em princípio, deve corresponder a um período que medeia entre quatro a seis anos, salvo casos especiais, em que dois anos podem significar duração excessiva, tomando em consideração particulares direitos ou interesses próprios do caso ³⁵.

Outro parâmetro de aferição da ilicitude, defende ISABEL CELESTE M. FONSECA, deve buscar-se no acórdão n.º 248/02 (processo n.º 89/2002) do Tribunal Constitucional, onde se lê que «o princípio da obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável (...) aponta para que, quando os cidadãos recorram aos tribunais para defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, venham a obter, da parte destes, uma decisão sem dilações indevidas», pelo que haverá ilicitude se existirem dilações processuais, pois um parâmetro de medição aponta para a consideração «dos prazos que se encontrarem estabelecidos para formação e proferimento da decisão nas cabidas leis processuais». De facto, trazendo à colação um acórdão mais antigo (n.º 223/95, processo n.º 721/93), para o Tribunal Constitucional, o conceito de direito ao prazo razoável é sinónimo de direito a «obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos» ³⁶.

No que toca ao dano indemnizável, este inclui o dano moral, sendo certo que quanto ao critério de determinação do *quantum* da reparação se deve ter em conta o critério dos casos semelhantes ou da mesma espécie. De qualquer forma, como relembra ISABEL CELESTE M. FONSECA, a fim de calcular a quantia da indemnização, o tribunal nacional tem que ter em conta as bitolas europeias ³⁷.

De tudo quanto se referiu neste capítulo, atento o quadro legal vigente, facilmente se depreende que, não raras vezes (senão mesmo, as mais das vezes), uma vez verificada uma situação caracterizada pela irreversibilidade dos efeitos da providência, causada pela morosidade da justiça na solução da acção principal, não recairá sobre o requerente ou Estado qualquer obrigação de indemnizar o requerido. Tanto explica-se pelo não preenchimento, no caso concreto, dos requisitos de que depende, quer a responsabilização do requerente, quer a responsabilização do Estado, pelos danos sofridos pelo requerido, o que expõe a débil posição deste último nestes casos, e a consequente necessidade de renovação dos instrumentos legais disponíveis.

Por último, atente-se: amiúde, nas situações descritas, a eventual compensação do requerido, pelo requerente ou pelo Estado, não constituirá, mercê

³⁵ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., pp. 328 e 329.

³⁶ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., p. 327.

³⁷ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., p. 329.

da extensão, natureza e irreparabilidade dos danos (exemplo paradigmático são os casos de afastamento do mercado ou de declaração de insolvência do requerido), um meio idóneo para reparar o prejuízo sofrido pelo requerido.

IV — DA NECESSIDADE DE UMA TUTELA URGENTE REALIZADA EM ACÇÃO PRINCIPAL

Como se vem expondo, nos casos em que se verifique a mencionada irreversibilidade dos efeitos da providência cautelar, provocada pela morosidade da justiça em sentido lato (no sentido de morosidade legal, organizacional e provocada pelos actores judiciários) na solução da acção principal, os efeitos da tutela cautelar perdem a sua natureza provisória. Dá-se, por essa razão, um desvirtuamento dos princípios que estão subjacentes à tutela cautelar.

Segundo LUCINDA D. DIAS DA SILVA, referindo-se às hipóteses em que os efeitos da providência cautelar se consolidam no tempo não sendo possível fazê-los cessar, o efeito útil produzido pela providência cautelar não deve implicar o esgotamento ou total produção dos efeitos úteis para que o processo principal tende, sob pena de desrespeito dos fins para que a tutela cautelar foi concebida, ou seja, de utilização da forma processual cautelar como instrumento de um efeito só associável a um processo principal, o que subverte a teleologia justificativa da distinção entre processo cautelar e processo principal³⁸. Enfim, pese embora designado como cautelar, o procedimento cautelar desenvolveria uma função substitutiva e não de garantia da acção principal³⁹.

Conforme predito, atento o quadro legal em vigor, conclui-se que, as mais das vezes, tendo-se verificado uma situação caracterizada pela irreversibilidade dos efeitos da providência, causada pela morosidade da justiça na solução da acção principal, nenhuma entidade será responsabilizada por não estarem preenchidos os pressupostos legais de que depende a responsabilização de outrem, não incidindo sobre o requerente, ou o Estado, qualquer obrigação de indemnizar o requerido, o que demonstra a débil posição deste último, bem como o desequilíbrio *original*, neste ponto, do sistema cautelar.

Por tudo quanto se expôs neste breve estudo, defende-se, *de iure condendo*, que, nestas hipóteses, em que seja possível identificar um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos resultantes do decretamento da providência se tornarem irreversíveis, a via a adoptar deverá ser a da tutela urgente realizada em acção principal, e não a da tutela cautelar. O mesmo deve entender-se, acolhendo a posição

³⁸ LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum...*, ob. cit., p. 135.

³⁹ LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum...*, ob. cit., p. 135.

de LUCINDA D. DIAS DA SILVA ⁴⁰, no que tange às situações em que é a própria providência cautelar decretada que, pela sua natureza e conteúdo, causa lesões irreparáveis na esfera jurídica do requerido, como sucede quando a imposição de determinada conduta ao requerido corresponda a obrigação instantânea que se extinga com esse acto de cumprimento isolado, ou, também, quando, por exemplo, a providência cautelar consista na destruição de um determinado objecto.

Concorda-se, neste sentido, com LUCINDA D. DIAS DA SILVA que, pronunciando-se sobre as hipóteses em que o efeito de uma decisão judicial, mesmo quando proferida no período de tempo normal, produza um efeito irreversível para o requerido e em que, simultaneamente, a não prolação urgente de uma decisão ponha em risco sério e dificilmente reparável o direito do requerente, alega que deve ser prosseguida a via da tutela urgente, realizada em acção principal, e não a da tutela cautelar ⁴¹.

Sob análise está, em princípio, utilizando a expressão de ISABEL CELESTE M. FONSECA ⁴², um processo sumário de cognição plena, no qual predomina a técnica da indeterminação estrutural do processo, de tal modo que o *modus procedendi*, que se caracteriza pela simplificação e abreviação da forma e dos termos do processo, e onde prevalece, outrossim, a atipicidade e a liberdade de forma, decorre da lei ou da actuação gestora do juiz (com envolvimento de discricionariedade) devidamente legitimada ⁴³.

⁴⁰ LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum ...*, ob. cit., p. 136.

⁴¹ LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum ...*, ob. cit., p. 136.

⁴² ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., pp. 734 e 735.

⁴³ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo...*, ob. cit., pp. 734 e 735, escreveu que «(...) são várias as modalidades de configuração da técnica sumariedade procedimental:

1. *determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do modus procedendi (ou previsão de termos e formas simplificadas e abreviadas):*
 - a) *número reduzido de articulados;*
 - b) *anulação de fases do processo;*
 - c) *prazos curtos para a prática de actos processuais;*
 - d) *possibilidade de condensar a realização da prova em audiência oral.*
2. *desregulação processual e ausência de formas e termos pré-constituídos (ou Indeterminação estrutural legal do processo, sendo que tal técnica pressupõe a atipicidade da estrutura e a liberdade de forma procedimental), afastando-se o princípio da legalidade do processo, cabendo às partes e sobretudo ao juiz determinar a marcha processual:*
 - a) *desviando para a figura do juiz a determinação/conformação da estrutura processual e das formas a seguir. Numa lógica da atribuição de poder discricionário (de entre várias alternativas, permite a escolha de uma, ou através da expressão «pode»), o legislador concede ao juiz a escolha da fase seguinte do procedimento e a forma, dotando-o para o efeito de poderes especiais na conformação do procedimento, assumindo-se este como gestor do processo, como «Master of the Rolls» — discricionariedade in procedendo.*

Em tal processo predomina a oficialidade, cabendo ao tribunal promover e controlar os actos necessários à decisão da causa, em detrimento do princípio do dispositivo na vertente do

Em síntese, tal tutela urgente, realizada em acção principal, distingue-se do processo cautelar, *maxime*, por consubstanciar um processo de cognição plena, por oposição à cognição sumária⁴⁴ característica da tutela cautelar.

Em conclusão, a solução de preconizar a via da tutela urgente, realizada em acção principal⁴⁵, mormente através de um processo sumário de cognição

impulso processual, e da igualdade de partes, surgindo, pois, um processo verdadeiramente a três: demandante, demandado e juiz — discricionariedade-oficialidade. E, nele vinga também o princípio da adequação formal, no sentido de que o tribunal pode adequar os trâmites às especificidades da causa, em detrimento do princípio da legalidade.

*De qualquer modo, o processo sumário e o processo sumário de cognição sumária revelam-se como coisas bem distintas. No primeiro predomina a técnica da indeterminação estrutural do processo, de tal modo que o *modus procedendi*, que é caracterizado pela simplificação e abreviação da forma e dos termos do processo e onde vinga a atipicidade e a liberdade de forma, resulta da lei ou da actuação gestora do juiz (com envolvimento de discricionariedade) devidamente legitimada. Contudo, já o mesmo não pode dizer-se do processo cuja simplificação não se resume ao *modus procedendi*. Assim, se o processo sumário contiver uma configuração excepcional/derrogatória quanto ao procedimento de instrução e produção de prova, isso significa que tal é um processo sumário de cognição sumária, uma vez que a cognição sumária pressupõe sobretudo ausência do modelo do contraditório participativo-igualitário das partes e ausência de formas e termos pré-constituídos, acompanhada de discricionariedade in procedendo.*

⁴⁴ Sobre os conceitos de cognição plena e cognição sumária, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporariamente justo...*, ob. cit., em especial, pp. 621 a 788.

⁴⁵ Em Portugal, o legislador sentiu já a necessidade de consagrar mecanismos que possibilitam a antecipação, pelo tribunal, do juízo sobre a causa principal. Tais mecanismos revestem, contudo, do ponto de vista processual, natureza cautelar. Assim, o artigo 16.º do Regime Processual Civil Experimental (RPCE), aprovado pelo Decreto-lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, (que importou para o processo civil um regime semelhante ao contido no artigo 121.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) sob a epígrafe «Decisão da causa principal», estabelece 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». Citando PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., pp. 218 e 219, «É no contexto doutrinário civilista tradicional, mas já profundamente influenciado pela doutrina administrativista, que surge 16.º do DL n.º 108/2006, pressupondo (e a elas se dirigindo) que existem situações nas quais os meios processuais previstos e utilizados na tutela provisória do direito são, sem necessidade da prática de outros actos — de instrução, em especial —, adequados à sua tutela definitiva. Nestes casos, permite a norma agora comentada que o tribunal antecipe o juízo sobre a causa principal. Não estamos aqui perante uma convalidação processual, com a alteração da forma aplicável, passando a lide a correr os termos do processo comum ou especial a que corresponderia o pedido de tutela definitiva — com a eventual alteração do juiz competente para o julgamento (passando do juiz de comarca para o juiz de círculo, nas demandas de valor superior à alçada dos tribunais da Relação). O procedimento não é todo ele convalidado; apenas o é a natureza da cognição e da decisão do tribunal. Tomando a estrutura da instância por referência, a convalidação opera, essencialmente, sobre o elemento objectivo que fixa os limites da pronúncia do tribunal — por princípio, o pedido (arts. 3.º, n.º 1, e 661.º do CPC). A pretensão apreciada passa a ser outra, ou a ser também outra, tendo por objecto a tutela definitiva. Embora, nalguns casos, o procedimento possa terminar apenas com uma decisão de antecipação do juízo sobre a causa principal, sem pronúncia sobre a tutela cautelar, não perde processualmente a sua natureza cautelar, até ao trânsito em julgado da sentença. Nestes casos, a marca de água, até agora indelével, de qualquer procedimento cautelar — a sua instrumentalidade — desaparece e, com ela, a inerente provisoriedade. Também a sumariedade cognitiva — não a processual — é substituída por um juízo de certeza: já não basta a verificação do *fumus boni iuris*. Mais do que perante uma tutela cautelar, estamos agora perante uma tutela antecipatória plena (dotada de identidade com o mérito da causa). Esta tutela antecipatória permite que se alcancem mais cedo as vantagens associadas à que é obtida pela via da acção e com a qualidade que

esta tem (ou a que sempre seria possível ter, no caso concreto). Quanto aos pressupostos da antecipação do juízo sobre a causa principal, sustenta o mesmo autor que «A resolução final do caso, no âmbito do procedimento cautelar, está dependente da verificação cumulativa de dois requisitos: terem sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários a essa resolução; ter sido dada às partes a oportunidade para se pronunciarem sobre esta possibilidade.». A este respeito, propugna este autor (PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., p. 223) que «(...) a única interpretação da lei conforme à Constituição é aquela de acordo com a qual a norma comentada exige que, no procedimento instaurado como preliminar — se, no momento da decisão permitida pelo art. 16.º, a acção principal ainda não tiver sido instaurada e contestada —, o resultado da audição das partes seja vinculativo, isto é, que exige a anuência das partes à antecipação do juízo sobre a causa principal, para que este possa ter lugar.». No entanto, pronunciando-se sobre este tema, CARLOS LOPES DO REGO, "A "conversão" do procedimento cautelar em causa principal, prevista no artigo 16.º do "Regime Processual Experimental", *Revista do CEJ*, n.º 5, 2.º Semestre 2006, p. 160, tende a «excluir liminarmente a sua aplicação aos casos em que o procedimento cautelar é instaurado preliminarmente à causa principal». Todavia, «Sendo o procedimento instaurado como incidente da acção principal — ou quando, tendo sido iniciado como preliminar, já tenha sido instaurada e contestada a acção — o pedido de tutela definitiva encontra-se formulado, sendo do conhecimento do tribunal, no momento da decisão de convocação. Se, para além disto, a acção já tiver sido contestada e apresentados os requerimentos probatórios (ou decorrido o prazo legal para o efeito), pode dizer-se que o juiz conhece todos os elementos necessários à formulação do juízo de adequação e de oportunidade da convocação do procedimento. Quando assim seja, a posição assumida pelas partes não é vinculativa.» (PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., p. 223). No que toca à oportunidade do contraditório e decisão, defende PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., p. 226, que «Do texto da lei, mas também da natureza da questão, retira-se que o momento próprio para ser suscitada a possibilidade de antecipação do juízo sobre a causa principal apenas surge quando já tenham sido trazidos ao procedimento os elementos necessários à resolução definitiva do caso. Estes elementos compreendem a alegação dos factos necessários ao julgamento e a produção de prova suficiente sobre eles (embora esta tenha sido orientada para o conhecimento do pedido de tutela cautelar), pelo que o momento apropriado só surge depois de encerrada a instrução.» Todavia, PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., p. 237, assinala que «Embora de verificação aparentemente rara, tendo perante a vida extraprocessual a humildade devida, há que considerar a hipótese de ocorrência de casos que demandem uma decisão definitiva urgente. Estes casos deverão merecer uma resposta processual adequada.» E reconhece, pois, este autor que «Se o único meio de efectiva tutela judicial de um direito é a prolação de uma decisão definitiva urgente, tem este de ser exercido através de uma acção de tutela plena. Perante um caso destes, deverá o juiz, em cumprimento do seu dever de gestão processual (art. 2.º), em despacho liminar, adoptar um guião processual adequado às especificidades da causa, dando, ainda, instruções à secção de processos e esclarecendo as partes que à acção em questão será dada prioridade sobre todo o restante serviço judicial não urgente. Se a premência da tutela definitiva for de tal ordem que justifique a prática de actos processuais em férias judiciais (art. 143.º, n.ºs 1 e 2, do CPC), assim terá de ser decidido.» (PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., pp. 237 e 238). Noutro passo, salienta PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., pp. 243 e 244, que «Não colhe aqui dizer que não é possível configurar um procedimento cautelar que dispense uma acção principal — ainda que se trate de um processo de natureza antecipatória, dotado de identidade com o mérito da causa —, alegando, num aparente *circulus in demonstrando*, que, embora a execução material da providência assegure, de facto, o interesse do requerente, juridicamente não é concebível um procedimento cautelar desacompanhado de uma causa principal. Não colhe este argumento porque a norma vertida no art. 16.º do DL n.º 108/2006, afastando este dogma, permite, precisamente, dar cobertura jurídica a uma realidade de facto. Também é excessivo adjectivar de ilícita a subsistência dos efeitos da providência — a posse provisória, por exemplo — quando esta caduque, pelo que a acção principal nunca seria dispensável, incorrendo em responsabilidade civil extracontratual o requerente que não instaure a acção principal. Com efeito, sob pena de poder ser cometida uma grosseira iniquidade, a afirmação dessa responsabilidade passará, em regra, pela apreciação da relação material controvertida, não se bastando com a apreciação da conduta

processual das partes — de outro modo, dificilmente se poderá apurar se o requerente agiu "com a prudência normal" (art. 390.º, n.º 1, do CPC). Todavia, novamente se afirma, se se entender que é ilícita a subsistência da medida cautelar (para além do prazo de caducidade), a norma contida no art. 16.º não deixará por isso de ter sentido. Pelo contrário, ganhará uma utilidade acrescida: a de conferir legitimidade à manutenção da medida (agora definitiva), com a inegável vantagem de se evitar uma nova actividade jurisdicional.». Em jeito de conclusão, realça PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., pp. 244 e 245, que «O instituto comentado traz consigo o risco de desvirtuamento do procedimento cautelar, isto é, permite que esta seja fraudulentamente instrumentalizado para conferir natureza urgente a uma demanda principal ou para diminuir as garantias de defesa do demandado. A decisão de antecipação do julgamento da causa principal não está dependente de requerimento. É uma decisão tomada oficiosamente. Isto não significa que não possa ela ser requerida por qualquer das partes. É perfeitamente admissível que o demandante, logo no requerimento inicial, peça ao tribunal que resolva definitivamente o caso. Apenas significa que esse requerimento é tendencialmente inócuo, não alterando os pressupostos nos quais deve assentar a decisão do tribunal. O procedimento cautelar não deve ser adulterado, instrumentalizado como ferramenta para atingir uma tutela definitiva para a qual não foi criado. Justifica-se alguma parcimónia na concessão da tutela (cautelar ou definitiva) urgente, de forma a assegurar as condições para que, quando esteja prevista, a urgência funcione. A generalização da urgência tem efeitos perversos, pois onde tudo é urgente, nada é urgente. Todavia, se o requerente restringe a sua demanda aos limites simplificados da tutela cautelar, nada na lei impede que requeira ao tribunal que antecipe o julgamento da causa principal, o que vale dizer, que pondere a questão, sobre ela tome posição e se pronuncie expressamente. Claro está que toda a matéria alegada que extravase o âmbito do procedimento cautelar e todos os meios de prova oferecidos para demonstração dos factos que excedam o âmbito cautelar do procedimento devem ser rejeitados. Posto isto, importa reconhecer que, uma vez verificados (objectivamente) os requisitos de aplicação desta norma, não são facilmente configuráveis situações de fraude à lei. Tendo a demanda sido conduzida nos seus limites sumários e cautelares, se o juiz, finda a produção de prova, constatando que foram trazidos ao procedimento os elementos necessários à resolução definitiva do caso e auscultando as partes (ou obtendo a sua anuência na prolação da decisão antecipatória), antecipa a decisão da causa principal, os fins da lei estão a ser satisfeitos, e não defraudados». E, finalmente, frisa o mesmo autor que «Resulta, pois, não só do texto da lei, como da natureza do problema, que a decisão de convalidação é proferida no uso legal de um poder discricionário (art. 156.º, n.º 4, do CPC)» (PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime...*, ob. cit., p. 248).

Denote-se, ainda, que o artigo 21.º do Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira, instituído pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, possibilita, identicamente, quando tenham sido trazidos ao procedimento os elementos necessários à resolução definitiva do caso, que o tribunal, depois de ouvir as partes, antecipe o juízo sobre a causa principal. O mecanismo estatuído no artigo 16.º do RPCE representa uma inquestionável inovação legal, contribuindo positivamente para a resolução do problema da morosidade da justiça. Ainda assim, entende-se que este mecanismo não constitui uma solução idónea para as hipóteses em que o tribunal identifique um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na resolução da acção principal, os efeitos decorrentes da concessão da providência se tomarem irreversíveis. Desde logo, porquanto o âmbito de aplicação no espaço do RPCE é limitado a alguns tribunais, encontrando-se, além do mais, este regime processual em fase experimental. Por outro lado, considerando os apertados pressupostos exigidos para a antecipação do juízo sobre a causa principal, nomeadamente terem sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários a essa resolução e ter sido dada às partes a oportunidade para se pronunciarem sobre esta possibilidade, depreende-se que, nestas situações, amiudadamente, o tribunal não poderá servir-se deste mecanismo. E isto é tanto mais verdade se se tomar em atenção a circunstância de, como pugnado por parte da doutrina, «a única interpretação da lei conforme à Constituição é aquela de acordo com a qual a norma comentada exige que, no procedimento instaurado como preliminar — se, no momento da decisão permitida pelo art. 16.º, a acção principal ainda não tiver sido instaurada e contestada —, o resultado da audição das partes seja vinculativo, isto é, que exige a anuência das partes à antecipação do juízo sobre a causa principal, para que este possa ter lugar.», havendo, outrossim, quem — como aqui se constata — tenda a «excluir liminarmente a sua aplicação aos casos em que o procedimento cau-

plena, para as situações em que seja possível identificar um risco sério de, por efeito da morosidade da justiça na solução da acção principal, os efeitos resultante do decretamento da providência se tornarem irreversíveis, e, bem assim, para as hipóteses em que é a própria providência cautelar decretada que, pela sua natureza e conteúdo, causa lesões irreparáveis na esfera jurídica do requerido, constitui — crê-se — o melhor instrumento para assegurar que, nestes casos, recorrendo às palavras de LUCINDA D. DIAS DA SILVA, os efeitos definitivos assentem num juízo também definitivo, sobre a titularidade e carência de tutela de um direito subjectivo substantivo⁴⁶. Compete agora ao legislador instituir o dito processo urgente de cognição plena.

telar é instaurado preliminarmente à causa principal». Com efeito, trata-se de um elemento não despidendo para esta análise, na medida em que na maioria das hipóteses ora estudadas o procedimento cautelar é instaurado preliminarmente à causa principal. De onde se conclui que, quer se exclua liminarmente a aplicação do mecanismo do artigo 16.º do RPCE aos casos em que o procedimento cautelar é instaurado preliminarmente à causa principal, quer se considere que se exige a anuência das partes à antecipação do juízo sobre a causa principal para que este possa ter lugar, as mais das vezes, o tribunal não poderá utilizar este mecanismo. Ora, seguindo a linha de pensamento de PAULO RAMOS DE FARIA, tudo levaria a crer que as situações sob análise se integram na «hipótese de ocorrência de casos que demandem uma decisão definitiva urgente». Conforme salientado anteriormente, argumenta este autor que «Se o único meio de efectiva tutela judicial de um direito é a prolação de uma decisão definitiva urgente, tem este de ser exercido através de uma acção de tutela plena. Perante um caso destes, deverá o juiz, em cumprimento do seu dever de gestão processual (art. 2.º), em despacho liminar, adoptar um guião processual adequado às especificidades da causa, dando, ainda, instruções à secção de processos e esclarecendo as partes que à acção em questão será dada prioridade sobre todo o restante serviço judicial não urgente. Se a premissa da tutela definitiva for de tal ordem que justifique a prática de actos processuais em férias judiciais (art. 143.º, n.ºs 1 e 2, do CPC), assim terá de ser decidido.». Se bem se compreende, na interpretação deste autor, estas situações resolver-se-iam, quando for possível aplicar o RPCE, à luz do dever de gestão processual imposto ao tribunal, nos termos do artigo 2.º deste regime processual.

Discorda-se, nesta matéria, de PAULO RAMOS DE FARIA. À uma, visto que, como sustentam ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA, o que o artigo 2.º prescreve está já garantido pelos artigos 137.º, 265.º e 265.º-A do Código de Processo Civil (vide ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA, *O novo processo civil*, Almedina, 2008, p. 277; também neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, "A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental", ROA, Ano 68, 2008 e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil — Conceito e princípios gerais*, Coimbra editora, 2006, p. 157), sendo incontornável que o princípio da adequação formal, e o dever de gestão processual, constantes do actual Código de Processo Civil não têm garantido uma eficiente e célere tramitação dos processos, não dando resposta, inclusivamente, às situações caracterizadas pela aludida irreversibilidade dos efeitos da providência, causada pela morosidade da justiça na solução da acção principal. À outra, pois que, como refere CARLOS LOPES DO REGO, "A "conversão"....", *ob. cit.*, p. 156, existe «um manifesto défice de densificação e substanciação dos conceitos base utilizados» no RPCE, o que perturba a realização dos objectivos de gestão processual impostos aos tribunais. Atento o exposto, nas situações perscrutadas, deve ser prosseguida a via da tutela urgente, realizada em acção principal, e não a da tutela cautelar.

⁴⁶ LUCINDA D. DIAS DA SILVA, *Processo cautelar comum ...*, *ob. cit.*, p. 138.