



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**A (Des)Proteção do Requerido nas Providências
Cautelares – Caução Obrigatória e
Responsabilidade Civil Objetiva Como Possíveis
Soluções**

Mariana Sampaio Baudouin Taveira Soeiro

Dissertação de Mestrado Forense,
sob orientação da Prof. Doutora Rita Lynce de Faria

Lisboa

Abril 2024

Em memória da minha avó Odete

Agradecimentos

A elaboração desta dissertação de mestrado é fruto de uma enorme rede de apoio, pela qual estarei eternamente grata.

À Professora Doutora Rita Lynce de Faria que despertou em mim o interesse pelo tema das providências cautelares e cuja disponibilidade e colaboração foram imprescindíveis para a conclusão deste estudo.

Aos meus pais, cujo apoio inabalável, motivação e paciência ao longo dos anos foram essenciais para que eu alcançasse este marco no meu percurso acadêmico.

Aos meus queridos avós, cujo amor incondicional e palavras de incentivo foram uma fonte constante de inspiração e conforto.

Aos meus irmãos, que enchem a minha vida de alegria, sobretudo em momentos de desalento.

Por fim, a todos os meus amigos, agradeço por terem sempre um ombro amigo com o qual posso contar.

Resumo

A investigação que agora se inicia cumpre analisar o regime das providências cautelares no Código de Processo Civil, com especial incidência nos meios de defesa e proteção do requerido.

As providências cautelares assumem um papel preponderante na tutela de direitos e interesses legalmente protegidos em situações de urgência. No entanto, representam as mais das vezes uma ingerência intensa na esfera jurídica do requerido.

Deste modo, procuraremos analisar os meios de defesa e proteção do requerido atualmente previstos no ordenamento jurídico português e ensaiar soluções que permitam garantir um maior equilíbrio das partes no seio da tutela cautelar.

Palavras-Chave: providências cautelares; caução; responsabilidade civil; direito processual civil.

Abstract

The investigation that is now underway aims to analyze de system of interim measures in the Code of Civil Procedure, with a special focus on the defendant's means of defense and protection.

Interim measures play a major role in safeguarding legally protected rights and interests in situations of urgency. However, they often represent an intense interference in the defendant's legal sphere.

Therefore, we will try to analyze the means of defense and protection of the defendant currently provided for in the Portuguese legal system and try out solutions to ensure a better balance between the parties in the context of interim measures.

Key-Words: Interim measures; security; civil liability; civil procedure law.

Índice

Siglas e Abreviaturas	7
Introdução	8
Capítulo I - Noção e Pressupostos do decretamento de uma Providência Cautelar	10
1. Noção, Fundamento e Tipos das Providências Cautelares	10
2. Características das Providências Cautelares	13
3. Pressupostos do Decretamento de uma Providência Cautelar	17
Capítulo II – Posição do Requerido	22
1. Fragilidade da Posição do Requerido tendo em conta a estruturação do regime das Providências Cautelares	22
a) Dos pressupostos para o deferimento de uma providência cautelar ..	23
b) Das providências cautelares antecipatórias	24
c) Da não audição do requerido	26
2. Inspiciência dos Meios de Proteção e Reação do Requerido	28
Capítulo III – Caução Obrigatória e Responsabilidade Civil Objetiva como Possíveis Soluções	35
1. Da Caução do Requerente.....	35
2. Do Regime de Responsabilidade Civil do Requerente	37
3. Breve Análise da Caução e da Responsabilidade do Requerente no Regime das Providências Cautelares e das Ordens Preliminares na Arbitragem	41
Conclusões	44
Bibliografia	46

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Apud – Citação de Citação

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Proc. – Processo

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

A dissertação que agora apresentamos é o fruto de uma investigação permeada por vicissitudes. Surgiu de um sentido de justiça e da preocupação de que o sistema jurídico em que nos movemos seja, ele mesmo, justo. E a justiça das normas refletir-se-á, por conseguinte, na obtenção de decisões jurisdicionais também elas justas.

Uma decisão justa exige tempo. Tempo para que cada parte demonstre a sua narração dos acontecimentos, tempo para que estas demonstrações sejam devidamente apreciadas e tempo para que haja uma ponderação, da qual emerge, enfim, a decisão. No entanto, embora o tempo seja o fator que permite decisões justas, às vezes, também pode minar a sua eficácia.

Neste contexto, as providências cautelares desempenham um papel fundamental na tutela de direitos e interesses legalmente protegidos no panorama jurídico nacional. Através delas se permite combater os efeitos nefastos do tempo no processo, para que a final se possa alcançar uma decisão justa.

No entanto, para que uma decisão seja verdadeiramente justa é também necessário que as partes tenham oportunidades semelhantes no desenrolar do procedimento, que lhes seja permitido influenciar o juiz em medida idêntica e que ambos os seus direitos sejam garantidos, na medida do possível.

Foi a partir desta constatação e de uma investigação do regime das providências cautelares que nos permitiu apreender uma sua grande fragilidade, que surgiu a motivação para este tema. Esta fragilidade reside no facto de este sistema ser desproporcionalmente oneroso para o requerido, estando construído partindo de uma premissa de primazia da tutela do direito do requerente.

Por estar em causa um mecanismo de tutela urgente de direitos, torna-se difícil o equilíbrio e articulação das garantias processuais em apreço. No entanto, não pode chegar-se a um ponto tal que uma das partes esteja em clara vantagem relativamente a outra.

É nesta senda que nos propomos elaborar esta dissertação. Numa primeira parte, expositiva, enunciaremos a noção, características, modalidades, tipos e requisitos do decretamento de uma providência cautelar¹. De seguida, no segundo capítulo, deitaremos um olhar crítico sobre o regime consagrado no Código de Processo Civil, identificando de onde emergem as principais desvantagens para o requerido de uma providência cautelar. Finalmente, na última parte, ensaiaremos soluções que permitam colmatar os desequilíbrios identificados e promover um regime mais justo e equitativo.

¹ Nesta dissertação, sobretudo pelo pouco espaço de que dispomos, focar-nos-emos no estudo das providências cautelares não especificadas. Sem prejuízo de algumas das considerações que estudaremos se poderem aplicar também aos procedimentos cautelares tipificados.

Capítulo I – Noção e Pressupostos do decretamento de uma Providência Cautelar

1. Noção, Fundamento e Tipos de Providências Cautelares

As providências cautelares são um instrumento processual regulado no Título IV do Código de Processo Civil (doravante CPC), que confere ao requerente a possibilidade de proteger direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos através da antecipação de certos efeitos que resultariam da prolação de uma sentença em sede de ação declarativa ou executiva ou através da conservação do *status quo* na pendência de uma ação principal e enquanto a sentença desta não transitar em julgado².

Como bem afirma RUI PINTO, “apenas dentro das garantias processuais se pode buscar e, encontrar, eventualmente, uma justificação funcional - uma necessidade, poder-se-á mesmo dizer - para a existência de um tipo de tutela autónoma como a tutela cautelar, com os caracteres que a distinguem da tutela definitiva”³. Funcionalmente, este modelo de garantias processuais mais não é do que o âmago do direito à tutela jurisdicional efetiva, que se encontra consagrado no art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (daqui em diante CRP) garantindo a todos os indivíduos o direito de ação e de acesso aos tribunais para valência dos seus direitos. Concretamente, há quem reconduza o fundamento das providências cautelares ao n.º 5 do art. 20.º CRP⁴ cujo escopo abrange os procedimentos céleres e prioritários, destinados a “obter a tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações” dos direitos, liberdades e garantias. Estes preceitos encontram tradução, no campo ordinário, no art. 2.º, n.º 2 CPC que garante, “pelo prisma objetivo da situação jurídica”⁵, que a todo o direito corresponde uma ação

² GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 36.

³ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 31.

⁴ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, 2010, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, Lisboa, p. 146. Entendimento acolhido também no art. 268.º, n.º 4 CRP em sede de justiça administrativa. Neste sentido CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2018, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 506-507 e MEDEIROS, Rui, 1989, “Estrutura e âmbito da ação para o reconhecimento de um direito ou interesse protegido”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXI (IV da 2.ª Série), N.ºs 1/2, pp. 1-102, pp. 60 e ss.

⁵ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 70.

para o fazer valer, incluindo os “procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”.

Entre nós, baseando-se na interpretação destas normas, a maioria da doutrina associa aos procedimentos cautelares a função de garantia do efeito útil da ação⁶⁷. Esta função é comumente concretizada nas finalidades de garantia de um direito, de regulação provisória de uma situação jurídica ou de antecipação de um dado efeito jurídico⁸. Quando têm por objeto a garantia de um direito as providências cautelares destinam-se a preservar um determinado direito ou a evitar prejuízos que possam comprometer o resultado de uma ação antes de esta ser intentada ou enquanto estiver pendente. Aqui, “a providência cautelar ganha características próprias do procedimento executivo”⁹, uma vez que implica normalmente a apreensão ou inventariação de bens ou documentos, representando uma acentuada intromissão na esfera do requerido. As providências cautelares de regulação provisória de uma situação jurídica visam acertar ou dirimir um litígio de forma provisória até que seja proferida sentença na ação principal de que dependem¹⁰ e na tutela cautelar de antecipação provisória, permite-se antecipar a tutela que se pretende obter em sede de ação principal¹¹.

⁶ REIS, José Alberto dos, 1947, “A figura do processo cautelar”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 3, pp. 27-91, p. 44; CASTRO, Artur Anselmo de, 1981, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 136; VARELA, João de Matos Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, 1985, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 23; SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 227; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, 2010, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, Lisboa, p. 146; FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 1; GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 97. No mesmo sentido FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 57.

⁷ Em sentido contrário RUI PINTO, que defende que o fundamento imediato das providências cautelares é material e reside na salvaguarda de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos. - PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 399-400. RITA LYNCE DE FARIA concorda, em certa medida que haja uma função material associada às providências cautelares, instrumental, no entanto, da garantia do efeito útil da ação. - FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 57.

⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 97; SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 227.

⁹ FREITAS, José Lebre de, 1997, “Repetição de providência e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57º, vol. I, Lisboa, pp. 461-483, p. 472.

¹⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 98.

¹¹ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 99.

Com efeito, o art. 362.º, n.º 1 CPC, acolhendo a classificação de CALAMANDREI¹², vem admitir a distinção entre providências cautelares antecipatórias e conservatórias. As providências conservatórias lidam com o perigo de ineficácia resultante de uma alteração das circunstâncias na pendência da ação principal. Por outro lado, as providências antecipatórias pretendem evitar que a decisão final se torne ineficaz em virtude do decurso do tempo necessário para proferir uma tal decisão, funcionando como antecipação da tutela judicial¹³.

A questão da natureza jurídica dos procedimentos cautelares é um assunto controverso na doutrina. Como corolário da sua dependência de uma ação definitiva, há quem tenda a não atribuir a natureza de ação aos procedimentos cautelares¹⁴. Em virtude da função que lhes é atribuída de garantia do efeito útil da ação, são por vezes denominados por “instrumentos” das “decisões definitivas”¹⁵, por medidas preliminares ou incidentais¹⁶ ou “expedientes jurídicos”¹⁷, uma vez que não constituem um procedimento autónomo e plenamente eficaz por si só. Em sentido contrário, encontramos autores que encaram os procedimentos cautelares como verdadeiras ações¹⁸.

Independentemente destas divergências cujo alcance é sobretudo teórico, é consensual o entendimento de que a tutela cautelar, realizada nos procedimentos

¹² CALAMANDREI, Piero, 1936, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, pp. 55 e ss.

¹³ Ac. TRP 28/06/2005, processo 1345/05, in www.dgsi.pt - “As providências conservatórias visam manter inalterada a situação de facto que pré-existe à ação, tornando-a imune à possível ocorrência de eventos prejudiciais. As providências antecipatórias visam obstar ao prejuízo decorrente do retardamento na satisfação do direito ameaçado, através de uma provisória antecipação no tempo dos efeitos da decisão a proferir sobre o mérito da causa.”

¹⁴ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 1; Ac. TRL 01/02/1994 *apud* PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 44.

¹⁵ MARIANO, João Cura, 2006, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, Almedina, Lisboa, pp. 15-16.

¹⁶ VARELA, João de Matos Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, 1985, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 24.

¹⁷ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, 2003, *Prontuário de formulários e trâmites*, vol. II – *Procedimentos e Medidas Cautelares (com incidentes conexos)*, Quid Juris?, Lisboa, p. 15.

¹⁸ PALMA CARLOS pugnou pela manutenção no CPC do termo “ação cautelar” ao lado das ações declarativa e executiva – CARLOS, Adelino da Palma, 1973, “Procedimentos Cautelares Antecipadores”, *O Direito*, 105/III, pp. 236-251, p. 240. No mesmo sentido, CASTRO, Artur Anselmo de, 1981, *Direito processual civil declaratório*, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 131 e PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 322.

cautelares¹⁹, pretende colmatar os efeitos nocivos que pode ter a inevitável incidência do tempo no processo, necessário para a plena realização da justiça²⁰.

2. Características das Providências Cautelares

As providências cautelares caracterizam-se por serem urgentes e céleres, provisórias, de cognição e procedimento sumário, instrumentais e dependentes relativamente à ação principal.

O art. 363.º CPC estabelece a urgência do procedimento cautelar, determinando a sua precedência relativamente a quaisquer atos judiciais não urgentes, o que significa que os prazos deste procedimento não são interrompidos durante os períodos de férias judiciais conforme disposto no art. 138.º, n.º 1 CPC²¹. Desta feita, a consagração expressa da urgência dos procedimentos cautelares é demonstrativa da celeridade que os deve acompanhar²², justificando-se assim a dispensa de citação edital a que faz referência o art. 366.º, n.º 4 CPC.

Característica das providências cautelares é ainda a apreciação sumária da situação por via de um procedimento condensado e célere. Manifestações da sumariedade são o facto de os procedimentos cautelares não admitirem articulados supervenientes²³, a possibilidade de serem decretados sem a prévia audição do requerido quando tal possa colocar em risco o fim que com a medida cautelar se pretende alcançar²⁴, o facto de as dilações a que haja lugar não poderem exceder os 10 dias e, em especial, o facto de ser

¹⁹ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 1. No mesmo sentido, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, 2010, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, Lisboa, p. 148; SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 248.

²⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 86-87.

²¹ Sobre outras manifestações de urgência nas providências cautelares, ver GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 168-170.

²² SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 248.

²³ Ac. TRP, proc. 11710/1993 *apud* SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 230. TEIXEIRA DE SOUSA critica esta opção se, com ela, se pretender impedir a invocação de factos supervenientes. No mesmo sentido, GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 137. Em sentido oposto, FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 17, que considera que a apresentação de articulados supervenientes segue as normas gerais.

²⁴ Quando não seja ouvido o requerido sem que tal comprometa o fim da providência, estaremos perante uma nulidade processual – Ac. TRC 28/06/1994 *apud* SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 230. TEIXEIRA DE SOUSA discorda de tal opção.

suficiente ao requerente fazer prova sumária da existência do direito de que se arroga titular bastando que o juiz conclua pela aparência de uma tal existência. Consequência da *summaria cognitio*, bem como da provisoriedade que reveste as medidas cautelares é o facto de estas serem insuscetíveis de produzir efeitos de caso julgado na ação principal de que dependem. É o que estabelece o art. 364.º, n.º 4 CPC ao prever que “nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal”.

A maioria da doutrina aponta a provisoriedade como outra das características das providências cautelares. Esta provisoriedade resulta do facto de as medidas cautelares estarem concebidas para durar somente até que seja proferida uma decisão na ação principal de que dependem²⁵. A tutela cautelar carece de confirmação ou infirmação por meio de outra decisão, definitiva, que a substituirá ou revogará, conforme resulte da ação principal a justificação ou injustificação, respetivamente, da medida cautelar decretada. Ademais, a tutela que se pretende obter pelas providências cautelares é “qualitativamente distinta daquela que é obtida na ação principal de que são dependentes”²⁶, decorrente do facto dos pressupostos exigidos, para uma e outra, serem distintos. Contrapõe-se a suficiência da mera aparência do direito para o deferimento de uma providência cautelar, à exigência de uma prova *strictu sensu* na ação definitiva. A conclusão lógica a retirar seria a de que a provisoriedade implicaria, necessariamente, que os efeitos das providências cautelares seriam reversíveis. No entanto, situações existem em que a provisoriedade é meramente aparente, funcionando a tutela cautelar como uma antecipação da decisão de mérito definitiva, que pode ter efeitos irreversíveis sobre a situação jurídica tutelada²⁷.

A função de garantia de efetividade da futura ação que estaria reservada às providências cautelares é tradicionalmente referida pela doutrina e jurisprudência como

²⁵ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 125. Em sentido contrário, RUI PINTO considera que a subsistência das medidas cautelares deve durar enquanto se mantiver o perigo de dano para o direito do requerente, o que pode não coincidir com a prolação da decisão definitiva na ação principal. - PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 518.

²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 228.

²⁷ Esta problemática será desenvolvida no Capítulo II.

instrumentalidade entre a medida cautelar e a ação final²⁸. As providências cautelares são instrumentais porque não são idóneas a tornarem-se definitivas e a produzir efeitos de caso julgado, salvo se for decretada a inversão do contencioso²⁹. Neste sentido, MARCO CARVALHO GONÇALVES identifica dois limites a que as providências cautelares se encontram sujeitas: por um lado, não se pode obter pela via cautelar mais do que se obteria através de uma sentença definitiva e, por outro lado, não podem ser decretadas providências cautelares cujos efeitos sejam irreversíveis, esvaziando de propósito a ação principal e pondo em causa a provisoriedade da tutela cautelar³⁰.

A instrumentalidade e dependência dos procedimentos cautelares é expressa ainda no facto de os efeitos destes estarem quase absolutamente dependentes do resultado obtido em sede de ação principal, caducando se esta não for instaurada. Há autores que falam numa “instrumentalidade hipotética”³¹ derivada do facto de nos procedimentos cautelares se decretarem medidas de garantia de direitos, partindo do pressuposto de que tais direitos serão posteriormente reconhecidos na ação principal³². Resulta desta relação de instrumentalidade que o objeto das providências cautelares e da ação definitiva há de ser distinto³³, mas interrelacionado. Como salienta ABRANTES GERALDES, “a identidade entre o direito acautelado e o que se pretende fazer valer no processo definitivo impõe, pelo menos, que o facto que serve de fundamento à providência integre a causa de pedir da ação principal”³⁴.

²⁸ MAGALHÃES, Barbosa de, 1945, “Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 5/III-IV, pp. 14-35, p. 25; GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 119.

²⁹ Sobre inversão do contencioso ver - SOUSA, Miguel Teixeira de, 2013, “As providências cautelares e a inversão do contencioso”, disponível em: https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_providências_cautelares_e_a_inversão_do_contencioso_12_2013_.

³⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 122-123.

³¹ RUI PINTO rejeita o conceito de instrumentalidade hipotética - PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 390 e ss.

³² GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 123; FARIA, Rita Lynce de, 2003, *A Função Instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 35; REIS, José Alberto dos, 1947, “A figura do processo cautelar”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 3, pp. 27-91, p. 36; CARLOS, Adelino da Palma, 1972, “Linhas Gerais do Processo Civil Português”, *Separata da Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIV, p. 51.

³³ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 211.

³⁴ GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 153.

Pela instrumentalidade se explica a suficiência da prova sumária apresentada nos procedimentos cautelares e a sua irrelevância na ação principal, a suficiência da mera aparência de existência do direito invocado pelo requerente e a provisoriedade intrínseca das medidas cautelares.

Importa, no entanto, notar que se por um lado o requerente tem o ónus de propositura da ação principal sem o qual a medida cautelar caducará, por outro lado, situações existem em que o direito deste ficará integralmente satisfeito com a mera decretação da providência³⁵. Tal sucederá quando forem decretadas providências cautelares antecipatórias, em que o objeto esvazie de sentido e conteúdo a ação definitiva³⁶.

RUI PINTO, em sentido contrário à doutrina predominante, considera que a instrumentalidade não é uma característica intrínseca das providências cautelares por duas ordens de razões: em primeiro lugar, por existirem situações em que pode existir tutela cautelar e não existir ação principal e em segundo lugar, porque as providências cautelares podem conferir uma tutela eficaz sem necessidade de posterior ação³⁷. Desta segunda afirmação retira que o fundamento das providências cautelares não será, contrariamente ao comumente referido e consagrado na lei, a garantia do efeito útil de uma posterior ação, mas antes um fundamento material de salvaguarda do direito subjetivo do requerente.

Sumariadas as principais características dos procedimentos cautelares, cumpre notar que a estes serão ainda aplicáveis, *mutatis mutandis*, todos os normais princípios e pressupostos processuais do processo civil ordinário³⁸.

³⁵ GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 156.

³⁶ Abordaremos esta temática de forma mais aprofundada no Capítulo II.

³⁷ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 319 a 322.

³⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 124. Com exceção do princípio do contraditório que apresenta contornos diferentes, como desenvolveremos no capítulo seguinte.

3. Pressupostos do Decretamento de uma Providência Cautelar

O art. 368.º, n.ºs 1 e 2 CPC faz depender o deferimento de uma providência cautelar do preenchimento de quatro requisitos fundamentais: *fumus boni iuris*³⁹, *periculum in mora*⁴⁰, proporcionalidade e adequação.

Encontramos no n.º 1 os dois primeiros, de natureza positiva. Por um lado, exige-se que haja uma probabilidade séria de existência do direito ou interesse juridicamente tutelado do qual o requerente se arroga titular e, por outro, que exista um receio, assaz justificado, de lesão grave ou dificilmente reparável desse direito ou interesse⁴¹. Desta forma, é necessário que os factos que fundamentam o pedido de providência sejam aptos a enunciar estes requisitos, que carecem então de alegação e prova, como se retira da leitura dos arts. 362.º, n.º 1 e 365.º, n.º 1 CPC⁴².

No que ao requisito do *fumus boni iuris* concerne, diz-nos o n.º 1 do art. 368.º CPC que a alegação e a prova do mesmo se satisfaz sumariamente, assentando a decisão do juiz num juízo de verosimilhança. Para que este requisito esteja preenchido bastará então fazer prova de que a situação jurídica em causa é provável ou verosímil, razão pela qual será suficiente demonstrar a aparência desse direito⁴³. Noutras palavras, que seja formulado um “juízo de probabilidade séria (...), quanto à verdade dos factos alegados na petição inicial e à existência do direito invocado pelo requerente da providência bem como quanto à probabilidade de o mesmo vir a ser reconhecido na ação principal de que a providência cautelar, em regra, depende”⁴⁴.

³⁹ Traduz-se na aparência do bom direito, ou seja, na probabilidade séria da existência do direito. - CARRILHO, Fernanda, 2006, “Fumus Boni Iuris” in *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, Coimbra, p. 160.

⁴⁰ Significa perigo na demora. - CARRILHO, Fernanda, 2006, “Periculum in Mora” in *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, Coimbra, p. 322.

⁴¹ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 39-41; SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, pp. 232-234; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, 2010, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, Lisboa, pp. 151-152; CARLOS, Adelino da Palma, 1972, “Linhas Gerais do Processo Civil Português”, *Separata da Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIV, pp. 49-52;

⁴² FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 39.

⁴³ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233. No mesmo sentido, Ac. STJ 24/05/1983 e Ac. STJ 23/01/1986 *apud* SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233.

⁴⁴ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 190-191.

Quanto ao grau de probabilidade que o direito invocado pelo requerente deve revestir, TEIXEIRA DE SOUSA é da opinião que este deve ser proporcional ao grau de ingerência que o deferimento da providência cautelar provocará na esfera do requerido. Assim, o julgador deve ser mais exigente na demonstração do direito do qual o requerente se arroga titular, quanto mais significativos forem os interesses ou direitos do requerido suscetíveis de serem lesados pela adoção da tutela cautelar⁴⁵.

O segundo requisito de que depende o decretamento de uma providência cautelar, reside no justo receio de que outrem cause uma lesão grave e de difícil reparação ao direito de que o requerente se arroga titular. O *periculum in mora* configura-se em termos objetivos como o dano resultante da demora de uma ação judicial para a efetividade da decisão que daí resultará. A legitimação da tutela urgente concedida pelas providências cautelares há de ser encontrada neste dano⁴⁶, daí resultando que o objeto das medidas cautelares é a garantia da efetividade da ação judicial⁴⁷. Assim se compreende, por um lado, a necessidade de existência de uma ação definitiva cujo objeto seja a aferição da existência e garantia do direito subjetivo ou interesse legalmente protegido invocado pelo autor⁴⁸ e, por outro, que a ausência de *periculum in mora* se traduza no necessário indeferimento da providência.

Por contraposição, RUI PINTO afirma que a conceção deste pressuposto é plenamente formal, traduzindo-se na discrepância entre o tempo de formação da tutela definitiva e o tempo que é necessário para que esta mantenha a sua eficácia⁴⁹, “consequência colateral da impossibilidade e inconstitucionalidade de uma tutela não diferida no tempo”⁵⁰. Para este autor, a causa de pedir das providências cautelares centra-

⁴⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, 2013, “As providências cautelares e a inversão do contencioso”, disponível em: [https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA DE SOUSA M As providências cautelares e a inversão do contencioso 12 2013](https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_provid%C3%BAncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013), p. 2; No mesmo sentido GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 193.

⁴⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 232.

⁴⁷ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 128-132.

⁴⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 232.

⁴⁹ Este é um dano que é exterior ao objeto do litígio, o “ulterior dano marginal” a que se refere PIERO CALAMANDREI - CALAMANDREI, Piero, 1936, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, p. 18.

⁵⁰ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 524.

se num perigo de dano de ingerência ilícita, funcionando as medidas cautelares como um meio imediato, autónomo e geral de prevenção desse dano.⁵¹.

A jurisprudência portuguesa tem interpretado o conceito de lesão grave e irreparável ou de difícil reparação de acordo com dois critérios⁵², um de natureza subjetiva e outro de natureza objetiva. O critério subjetivo tem em conta a concreta possibilidade de o requerido estar apto, do ponto de vista económico, a arcar com a eventual satisfação do direito do requerente⁵³. Já o critério objetivo deve ser apreciado tendo por base o tipo de lesão provocada ao requerente, dependendo da natureza do direito, bem como da sanção jurídica imposta para reparar o dano⁵⁴.

MARCO CARVALHO GONÇALVES salienta ainda a necessidade de atualidade e iminência do *periculum in mora* e, ainda, que exista um nexo de causalidade entre o dano que se receia e uma atuação ou omissão do requerido⁵⁵.

Quanto ao requisito do *periculum in mora*, este “tem de ser objeto de prova que leve à formação de um juízo de certeza sobre a sua realidade (...) e que, pelo menos, há de assentar no mesmo juízo de suficiente probabilidade ou verosimilhança que, tida em conta

⁵¹ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 526-527. Este autor molda a sua definição do *periculum in mora* ao que entende ser a verdadeira justificação das providências cautelares, como sendo “o perigo de dano para o direito substantivo do autor imputável ao Estado, resultante de ser objetiva e razoavelmente previsível que o cumprimento do tempo da tutela processual disponível levará à violação do direito à tutela efetiva, na vertente do prazo razoável”. Para este autor o que é verdadeiramente relevante e pressuposto das providências cautelares é o *periculum in damnum*, entendimento relativamente ao qual manifestamos desde já a nossa discordância.

⁵² Na doutrina italiana, PROTO PISANI distingue três teorias alusivas à análise da irreparabilidade do dano: uma tese restritiva, nos termos da qual apenas os direitos absolutos são propensos a danos irreparáveis; a tese de Montesano de acordo com a qual haverá um dano irreparável sempre que, face à morosidade na tutela do direito, o requerente não possa usar de um expediente suficientemente eficaz; tese de Andrioli nos termos da qual o prejuízo será irreparável quando não seja possível a sua reintegração em forma específica, nem seja ressarcível. – PISANI, Andrea Proto, 1999, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Jovene Editore, Nápoles, pp. 676-678.

⁵³ Ac. TRP 22/11/2011, proc. 1408/11.1TJPRT.P1 *apud* GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 207.

⁵⁴ Ac. TRP 22/11/2011, proc. 1408/11.1TJPRT.P1 *apud* GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 207.

⁵⁵ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 207-211. No mesmo sentido PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 590-591.

a relatividade do conhecimento humano, é exigível em qualquer demonstração probatória feita em juízo”⁵⁶.

Se faltar qualquer destes requisitos, não fica por demais demonstrada a necessidade de uma composição provisória do litígio por meio da tutela cautelar, pelo que a providência não poderá ser deferida. Quer isto dizer que estes são pressupostos constitutivos da providência cautelar, cuja ausência obstará a que esta seja decretada⁵⁷.

Os terceiro e quarto requisitos de proporcionalidade e adequação encontram-se intimamente interligados.

O art. 368.º, n.º 2 CPC enuncia, de forma negativa, o requisito que se traduz numa manifestação do princípio da proporcionalidade. Ora, enuncia este preceito que a providência cautelar só poderá ser decretada quando o prejuízo que dela resulte para o requerido não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar. Este pressuposto consubstancia-se num facto impeditivo que compete ao requerido alegar e provar nos termos gerais do art. 342.º, n.º 2 Código Civil (doravante CC). JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE sublinham, partindo da letra do n.º 2 do art. 368.º CPC, que não será suficiente um “ligeiro desequilíbrio” para obstar a que a providência seja decretada, tendo de estar em causa uma “forte desproporção entre o sacrifício a impor ao requerido e a vantagem que o requerente auferirá”⁵⁸. Discordamos desta opção legislativa, mas a seu tempo nos pronunciaremos sobre ela⁵⁹.

RUI PINTO enquadra no requisito da proporcionalidade o poder de adequação conferido ao juiz no n.º 3, primeira parte do art. 376.º CPC⁶⁰. Para este autor, o poder de adequação conferido ao julgador é enquadrado, por um lado, por um “nexo virtual de funcionalidade” da medida cautelar, ou seja, na busca da medida cautelar mais idónea a

⁵⁶ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 40.

⁵⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 232.

⁵⁸ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 41.

⁵⁹ Capítulo II.

⁶⁰ Esta norma estabelece que o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida, podendo decretar uma medida diferente da solicitada se concluir ser mais adequada à situação em causa. Esta é uma faculdade que, no entender de TEIXEIRA DE SOUSA decorre da não vinculação do julgador à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito a que se refere o art. 5.º, n.º 3 CPC. - SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 248.

interromper o nexo de causalidade presumido entre a atuação atual do requerido e a atuação futura de ingerência ilícita na esfera do requerente⁶¹. Por outro lado, este poder de adequação será ainda marcado por vetores de proporcionalidade, competindo ao julgador fazer uso de “um padrão de medição e comparação do grau de ingerência (...) que a recusa ou a concessão da situação jurídica acautelante acarretará na esfera jurídica de requerente e de requerido”⁶². RITA LYNCE DE FARIA destaca ainda que uma outra dimensão do princípio da proporcionalidade consagrado na lei, se traduz num critério de necessidade, de escolha da medida a aplicar. Esta interrelação entre adequação e proporcionalidade é revelada na circunstância de o julgador poder convolar uma medida cautelar manifestamente desproporcional, noutra que seja menos ingerente para o requerido⁶³.

O requisito da adequação impõe que a medida decretada seja concretamente apta a afastar o perigo de dano que com a tutela cautelar se pretende evitar. Assim, e como também decorre do n.º 1 do art. 362.º CPC, a adequação só pode ser aferida em concreto e casuisticamente. Este poder é particularmente relevante em face da cláusula geral do art. 362.º CPC que permite o decretamento de providências cautelares não especificadas, que leva à existência de uma multitude de medidas suscetíveis de afastar o receio de dano em cada situação. Pela adequação se reclama do juiz um papel ativo e interventivo na determinação da medida concretamente adequada ao caso⁶⁴.

Em última análise, destaca-se a importância da proporcionalidade e da adequação na concessão de providências cautelares, garantindo que a medida adotada seja adequada e equilibrada em relação aos interesses das partes envolvidas no processo, devendo ser indeferida caso assim não suceda.

⁶¹ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 644.

⁶² PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 651. No mesmo sentido FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 175.

⁶³ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 178-182.

⁶⁴ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 166-173.

Capítulo II – Posição do Requerido

1. Fragilidade da Posição do Requerido tendo em conta a estruturação do regime das Providências Cautelares

Concluída a análise da natureza, finalidades, tipos, características e requisitos das providências cautelares, torna-se imperativo adotar uma perspetiva crítica do regime delineado no CPC, além de formular algumas reflexões pertinentes.

A tutela cautelar surge para dar resposta à necessidade de regulação provisória de um litígio quando o requerente se arrogue titular de um direito, cuja existência é verosímil de acordo com uma cognição sumária dos factos alegados e prova produzida, e este direito se encontre em risco iminente de lesão grave e irreparável ou dificilmente reparável. São os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, analisados no capítulo anterior, que justificam o recurso à tutela cautelar com a inerente restrição aos direitos e garantias processuais. Dando cumprimento ao princípio da celeridade processual, a tutela cautelar funciona como um instrumento de salvaguarda da efetividade temporal da tutela⁶⁵.

É por esta razão que os pressupostos para o decretamento de uma providência cautelar são manifestamente menos exigentes do que aqueles que operam em sede de ação definitiva, como já tivemos oportunidade de analisar em momento anterior.

E se por um lado esta diminuição das garantias processuais se justifica pelo carácter excecional e urgente dos procedimentos cautelares, por outro somos da opinião que este regime, tal como está consagrado no CPC, confere ao requerente uma posição de vantagem⁶⁶ que ultrapassa aquela que seria admissível considerando que, afinal de contas, estamos perante uma verdadeira colisão de direitos. De um lado, o direito de ação do requerente e, de outro o direito do requerido a um processo justo, com pleno respeito das suas garantias processuais. Esta posição de vantagem do requerente, e a inerente desvantagem para o requerido, opera a vários níveis.

⁶⁵ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 526.

⁶⁶ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 386.

a) Dos pressupostos para o deferimento de uma providência cautelar

Antes de mais, no que concerne aos critérios para a concessão de uma medida cautelar, é pertinente elaborar algumas considerações.

Previamente referimos que o requisito do *fumus boni iuris* se basta com uma mera aparência do direito invocado, através de uma *summaria cognitio*, já que conforme referem LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, o procedimento cautelar, por ser urgente e provisório, “não se compadece com as indagações probatórias próprias do processo principal⁶⁷, contentando-se, quanto ao direito ou interesse do requerente, com a constatação objetiva da grande probabilidade de que exista”⁶⁸. Arriscando constatar o óbvio, a debilidade deste requisito encontra-se no facto de os direitos do requerente em sede de providências cautelares mais não serem do que uma mera aparência, porque fundados num juízo de verosimilhança baseado numa cognição sumária dos factos e das provas. Por não ser uma decisão fundada num juízo de certeza, é mais suscetível de ser falível⁶⁹.

Paralelamente, a formulação do princípio da proporcionalidade também não está isenta de imperfeições. A exigência de que tenha de existir uma forte desproporção entre a desvantagem sofrida pelo requerido e a vantagem auferida pelo requerente para que uma medida cautelar seja indeferida aponta novamente para uma prevalência do direito do requerente. E tal é corroborado pelo próprio legislador no preâmbulo do DL 180/96, de 25 de setembro onde assume uma posição claramente favorável aos direitos do requerente⁷⁰. Igualmente, a utilização do verbo “pode” na letra do art. 368.º, n.º 2 CPC, remete-nos para uma discricionariedade da atuação do julgador no que ao indeferimento

⁶⁷ No mesmo sentido Ac. STJ 17/07/1982 *apud* SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233.

⁶⁸ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 40.

⁶⁹ “Em rigor, nem a prova do direito, que gera uma convicção meramente subjetiva, permite afastar a margem de erro inerente a qualquer decisão judicial. Por maioria de razão, uma decisão assente numa simples probabilidade tem insita aquela possibilidade de erro, ainda que diminuta”. - FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp.174-175.

⁷⁰ “Esclarece-se que a recusa da providência pelo tribunal, nos termos do n.º 2 do artigo 387.º, apenas pode ter lugar quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceder «consideravelmente» o dano que com ela o requerente pretende evitar, privilegiando-se, no juízo de proporcionalidade insito nesta norma, a vertente da tutela dos direitos ameaçados.” – Preâmbulo do DL 180/96, de 25 de setembro.

de providências cautelares por violação do princípio da proporcionalidade concerne. Não se ignora que a doutrina tem considerado esta redação infeliz⁷¹, pugnando por um verdadeiro dever de indeferimento. No entanto, tal não deixa de criar uma percepção de secundariedade relativamente ao requisito de proporcionalidade⁷² a qual não podemos secundar uma vez que nele deve residir uma das principais garantias do requerido.

Cumprido reiterar que atendendo à essência ontológica das providências cautelares, a cognição e apreciação sumária da existência do direito do requerente são fundamentais. O problema não reside na construção dos requisitos do *fumus boni iuris* e de proporcionalidade *per se*, mas antes na sua articulação com outros aspetos do regime cautelar que sustentam uma desigualdade entre requerente e requerido. Referimo-nos às situações em que o decretamento de uma providência antecipatória tem efeitos irreversíveis e à possibilidade de serem decretadas providências cautelares sem audição do requerido, que aprofundaremos de seguida.

b) Das providências cautelares antecipatórias

RITA LYNCE DE FARIA faz notar que o motivo pelo qual se admite uma desproporcionalidade entre os prejuízos causados ao requerido e as vantagens conferidas ao requerente, reside no *fumus boni iuris* que pressupõe que haverá uma grande probabilidade de que haja uma decisão favorável ao requerente numa ação principal e definitiva⁷³. A dependência das providências cautelares de uma ação posterior e final, que se concretiza numa provisoriedade destas medidas, torna toleráveis as restrições que se operam às garantias processuais na tutela cautelar.

Mas esta dependência dos procedimentos cautelares relativamente a uma ação não é absoluta, existindo situações “de onde deriva a plena autonomia dos procedimentos cautelares no que concerne à tutela de direitos”⁷⁴. O campo de atuação desta autonomia

⁷¹ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 41.

⁷² FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 110.

⁷³ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 176-177.

⁷⁴ GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 155.

opera sobretudo no âmbito da tutela cautelar antecipatória, em que se conjuga uma decisão baseada numa cognição sumária e, por isso, mais suscetível ao erro, com a possibilidade de satisfação integral do direito do requerente e que pode levar à irreversibilidade dos efeitos da providência cautelar na esfera do requerido.

Cumprir referir que esta irreversibilidade opera apenas no plano de facto, já que no plano jurídico é sempre possível assegurar a reversibilidade das providências cautelares⁷⁵. Desde logo, pela sua inaptidão de adquirirem força de caso julgado. Outra expressão da reversibilidade jurídica das providências cautelares reside no regime de caducidade que lhes é aplicável, previsto no art. 373.º, n.º 1 CPC. Sempre que o requerente não instaure a ação principal a que está adstrito e ainda quando haja uma decisão de absolvição do réu nessa ação a medida cautelar caducará, cessando de produzir efeitos para o futuro. Nos termos do n.º 3 do art. 373.º CPC o juiz opera o levantamento judicial da providência cautelar por meio de um ato constitutivo⁷⁶ que permite por um lado, determinar o momento concreto da cessação dos efeitos da providência cautelar e, por outro lado, fazer acompanhar a caducidade de medidas concretas que tornem eficaz a cessação destes efeitos⁷⁷.

Já no plano de facto pode suceder, apesar das soluções normativas existentes, que a medida cautelar tenha adquirido definitividade, perdurando os seus efeitos não obstante o requerente não ter instaurado uma ação principal ou apesar de a providência ter sido considerado injustificada nessa sede. Neste plano, a irreversibilidade pode ser *in natura*, quando os danos ao requerido forem causados pelo período em que a medida cautelar produziu efeitos ou quando a reparação natural de tais danos seja excessivamente onerosa ou até impossível. Especialmente ponderoso é o caso de impossibilidade, em que a irreversibilidade resulta do facto de a medida decretada no procedimento cautelar se tornar autossuficiente, por satisfazer definitivamente o direito do requerente, tornando a

⁷⁵ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 291-293.

⁷⁶ Nas providências cautelares a caducidade não opera de forma automática e, as mais das vezes, pode exigir a adoção de certos comportamentos pelo requerente que permitam fazer cessar os efeitos das medidas decretadas. – Neste sentido, LOPES, Manuel Baptista, 1965, *Dos Procedimentos Cautelares*, Almedina, Coimbra, p. 43; REIS, José Alberto dos, 1947, “A figura do processo cautelar”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 3, pp. 27-91, p. 79; SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 253.

⁷⁷ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 296-297.

instauração da ação principal uma mera ficção⁷⁸. Pode ainda falar-se numa “limitação da reversibilidade por equivalente”, operante quando a reconstituição natural não seja possível. A compensação do requerido pode não ser possível quando os danos em causa não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, não permitindo a sua plena reparação, ou quando a indemnização não seja legalmente possível em virtude do regime de responsabilidade civil do requerente consagrado no art. 374.º CPC⁷⁹, o qual abordaremos no ponto seguinte.

RITA LYNCE DE FARIA sintetiza imaculadamente a nossa opinião relativamente à antecipação cautelar, realçando que “a satisfação antecipada do direito do requerente não é em si mesma um mal, mas a possibilidade de a satisfação antecipada deste direito, comprometer a provisoriedade da tutela cautelar, tornando-a definitiva, agrava os riscos próprios das providências cautelares”⁸⁰.

c) Da não audição do requerido

O art. 366.º, n.º 1 CPC determina que o tribunal há de ouvir o requerido, exceto quando tal ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência. Por outras palavras, o requerido não será ouvido quando com a sua audição haja o risco de se frustrar o efeito da medida cautelar ou a demora no seu deferimento, aumentando objetiva e substancialmente o perigo de dano que a providência pretende evitar⁸¹.

A não audição do requerido é regularmente considerada como uma exceção ao princípio do contraditório consagrado no art. 3.º CPC, no entanto acompanhamos TIAGO FÉLIX DA COSTA que entende estar em causa uma restrição aos princípios do processo equitativo, da igualdade de armas e do contraditório, justificada por um outro conjunto de princípios, os da tutela jurisdicional efetiva e da celeridade processual⁸².

⁷⁸ Neste sentido MARIANO, João Cura, 2006, *A Providência Cautelar de Arbitramento de Reparação Provisória*, Almedina, Lisboa, pp. 26-27.

⁷⁹ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 300-311.

⁸⁰ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 269.

⁸¹ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 29.

⁸² COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, pp. 58-59.

A não audição do requerido produz uma restrição acentuada do princípio do contraditório, traduzindo-se no facto de o requerido ser confrontado com uma decisão judicial sem que tenha tido a oportunidade de influir nessa mesma decisão. Desde logo, por não ter conhecimento do procedimento cautelar que contra si corre, daqui decorrendo a impossibilidade de tomar posição quanto aos direitos invocados e factos alegados pelo requerente, a impossibilidade de se manifestar contra a prova apresentada por este e a impossibilidade de produzir, ele mesmo, prova⁸³.

Estabelece o art. 372.º, n.º 1 CPC que o requerido que não tenha sido ouvido previamente ao decretamento da providência cautelar e que seja notificado da decisão pode optar, alternativamente, por um de dois meios de defesa: a oposição ou o recurso. Esta escolha não é livre já que depende do fundamento invocado: se pretender invocar novos factos ou novos meios de prova deve deduzir oposição, se pretender pôr em causa a apreciação da prova feita em juízo ou a aplicação do direito aos factos deverá recorrer⁸⁴.

Daqui resulta que o contraditório do requerido é bastante limitado. Em primeiro lugar porque a escolha entre oposição e recurso é restrita e porque o contraditório que poderá exercer em sede de cada um é mais circunscrito⁸⁵ do que o que poderia fazer se fosse ouvido antes de decretada a providência, o que parece confluir com o princípio da concentração da defesa.

Como evidencia TIAGO FÉLIX DA COSTA, “o requerente teve oportunidade de produzir prova que indicou sem quaisquer interferências e com a intensidade que lhe pretendeu imprimir, sem que o requerido, ausente nessa primeira audiência, pudesse posteriormente usar das faculdades próprias de uma audiência contraditória e, ao invés, o requerido tem de produzir a sua prova sujeito a todas essas interferências, não estando apto a controlar quer a intensidade da audiência, quer a atenção do julgador. Inegável

⁸³ COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, pp. 58-59.

⁸⁴ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 55-56.

⁸⁵ Tal resulta do facto da maioria da doutrina e da jurisprudência entenderem que o requerido não pode num dos meios de defesa invocar fundamentos do outro meio de defesa. Concretizando, não poderá o requerido em sede de oposição invocar exceções dilatórias, nem poderá em sede de recurso alegar novos factos ou apresentar novos meios de prova. Aprofundaremos esta problemática no ponto seguinte.

será, pois, que a produção de prova do requerido é mais exigente do que a do requerente”⁸⁶.

Entendemos por isso que a não audição do requerido é um fator que contribui para acentuar a clivagem entre partes e tornar o regime das providências cautelares desproporcionalmente desigual entre as partes.

De todo o exposto ao longo deste ponto 1. resulta, como bem refere RUI PINTO, “um paradoxo interno na lógica cautelar: ela tem a sua justificação na necessidade de evitar uma ingerência ilícita na esfera de um sujeito do autor, mas implica, ela mesma, uma ingerência lícita na esfera do réu. Este seu *modus operandi*, em razão da ponderação dos valores da justiça e liberdade, é o seu próprio ponto fraco”⁸⁷.

2. Insipiência dos Meios de Proteção e Reação do Requerido

Tomando por base a exposição anterior urge concluir que, embora individualmente cada uma das situações escrutinadas seja pouco controversa, da sua conjugação deriva um regime excessivamente oneroso e desequilibrado para o requerido de uma providência cautelar. Assim, seria desejável (e até exigível) que o CPC adotasse um conjunto de meios de defesa robustos que permitissem colmatar a desigualdade enunciada. Consideramos que tal não se verifica e que os meios de defesa e reação do requerido são bastante insipientes.

Já referimos anteriormente o regime da caducidade, que porquanto configura um mecanismo que impede que os efeitos jurídicos da providência cautelar permaneçam na esfera do requerido quando a providência seja decretada injustificada ou quando não seja proposta a ação principal, já vimos que no plano de facto não impede que estas medidas produzam efeitos irreversíveis.

Também já tivemos oportunidade de abordar, que quando haja dispensa de audição do requerido este pode, aquando da notificação da decisão de decretamento da

⁸⁶ COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 73.

⁸⁷ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 559.

providência deduzir oposição ou interpor recurso, consoante o fundamento que pretenda invocar. Cumpre realçar que o recurso, além de só poder ser interposto se tiver por fundamento a reapreciação do direito aplicado aos factos, está sujeito às regras gerais de recorribilidade elencadas no art. 629.º CPC⁸⁸.

Ora, daqui resulta que nem sempre será possível ao requerido recorrer da decisão de decretamento de uma providência cautelar. Nesta senda, a doutrina tem divergido quanto à questão de saber se, não sendo a decisão recorrível, pode o requerido invocar o fundamento do recurso em sede de oposição. Num sentido afirmativo pronunciam-se LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO⁸⁹ que entendem que o requerido poderá utilizar a oposição para invocar exceções quando o recurso não seja admissível. Em sentido contrário encontramos a posição mais restritiva de ABRANTES GERALDES⁹⁰ que tende a considerar que não será admissível uma interpretação extensiva do preceito do art. 372.º, n.º 1 CPC para incluir os fundamentos de recurso na dedução de oposição, quando este não seja admissível. Oportunamente referimos que esta alternatividade dos meios de reação condiciona o exercício do contraditório do requerido, sobretudo quando se acompanhe o entendimento mais restritivo referido anteriormente.

Quando o requerido seja ouvido em momento anterior ao decretamento da medida cautelar, é citado para deduzir oposição nos termos do art. 366.º, n.º 2 CPC. Nestes casos, o meio de reação à decisão de decretamento da providência cautelar será o recurso, previsto no art. 370.º CPC, que se encontra sujeito às condições de admissibilidade já referidas e previstas na norma do art. 629.º CPC. Cumpre fazer uma breve nota relativamente à urgência do procedimento cautelar na fase de recurso. A norma do art. 363.º CPC não faz distinção entre a fase que precede a decisão e a fase de recurso, pelo que a doutrina e a jurisprudência têm considerado que a urgência se aplica a todas as fases⁹¹. Não obstante, existe jurisprudência que tem considerado que a urgência se aplica

⁸⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 390.

⁸⁹ FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/ PINTO, Rui, 2001, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 42.

⁹⁰ GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 33. No mesmo sentido, CRUZ, Rita Barbosa da, 2000, “O Arresto”, *O Direito*, Lisboa, A.132º, nº1-2, pp.107-196, p. 130 e NETO, Abílio, 2004, *Código de Processo Civil Anotado*, 18ª ed., Ediforum, Lisboa, p. 540.

⁹¹ GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 143-146. No mesmo sentido Ac. STJ 31/03/2009, proc. 07B4716, in www.dgsi.com.

apenas em 1ª instância⁹² e os prazos referidos no n.º 2 do art. 363.º CPC aplicam-se somente a esta fase. Tendo sido decretada a providência sem audição do requerido, não é estabelecido qualquer prazo no art. 372.º, n.º 3 CPC para a sua manutenção, modificação ou revogação, tal como, não se estabelece qualquer prazo para a decisão de eventuais recursos interpostos pelas partes⁹³. Mais uma vez, acentua-se por esta via uma discrepância na posição das partes, sobressaindo a posição de desvantagem do requerido.

Simultaneamente, o CPC prevê no seu art. 374.º, n.º 1 um regime de responsabilidade civil do requerente⁹⁴. Determina este preceito que o requerente será responsável pelos danos que o requerido venha a sofrer com o decretamento de providência cautelar que tenha caducado ou sido considerada injustificada, quando esses danos sejam causados em virtude de ter atuado culposamente ou sem a prudência normal. O CPC consagra então um regime de responsabilidade civil delitual, assente na ilicitude e na culpa em sentido lato. O dever de indemnizar emerge da prática de um facto pelo requerente do qual resulte a caducidade ou a decretação de uma providência cautelar que venha posteriormente a ser tida como injustificada. Analisemos os pressupostos da responsabilidade civil do requerente.

Em primeiro lugar, exige-se a prática de uma ação ou omissão voluntária da qual resulte a caducidade da providência cautelar. Será o caso quando o requerente não instaure a ação principal ou não o faça dentro do prazo estabelecido, quando leve a que o procedimento esteja estagnado por mais de trinta dias, quando não instaure uma nova ação subsequentemente à absolvição da instância⁹⁵ ou quando a caducidade resulte da extinção do procedimento por iniciativa do requerente⁹⁶.

⁹² Ac. TRE 22/03/2007, proc. n.º 176/07; Ac. TRE 10/07/2003, proc. n.º 802/03; Ac. TRL 10/02/2005, proc. n.º 890/2005; Ac. TRP 07/02/2006, proc. n.º 0520200, *apud* COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 70.

⁹³ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 17.

⁹⁴ Cumpre fazer notar que o requerente não será responsabilizado apenas na hipótese descrita no art. 374.º, n.º 1 CPC, podendo surgir uma obrigação de indemnização decorrente da violação de outros preceitos. Assim este pode ser responsabilizado “nos termos gerais da litigância de má-fé, do abuso de direito ou da responsabilidade civil comum, prevista no CC”. – FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 372.

⁹⁵ FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/ PINTO, Rui, 2001, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 63.

⁹⁶ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 374.

De seguida, é necessário que esta ação ou omissão seja ilícita. O pressuposto da ilicitude levanta mais dúvidas uma vez que a sua configuração se baralha com a da culpa. Se considerarmos a caducidade resultante de uma atuação do requerido, concluímos que qualquer das atuações que aqui se enquadram, estão dentro de atos permitidos pela lei. A configuração da ilicitude nesta sede resulta assim dos danos que o requerente causa em virtude de não ter “agido com a prudência normal”. Noutras palavras, a ilicitude da atuação do requerente decorre “da sua conduta imprudente”, exigindo-se que este adote uma conduta “especialmente cuidadosa e diligente”⁹⁷. Por outro lado, se considerarmos a caducidade decorrente de uma decisão judicial que julgue a providência como injustificada, é indispensável que se verifique também um nexo causal entre a caducidade da medida cautelar e a conduta do requerente. Nestes casos, torna-se necessário reconhecer uma atuação imprudente do requerente à qual se possa imputar o decretamento de uma medida cautelar, que venha posteriormente a caducar com a ação principal⁹⁸.

Posteriormente, identifica-se uma exigência de culpa que abrange quer o dolo quer a negligência, independentemente do seu grau. Finalmente, é necessário que o requerido tenha sofrido danos com a medida decretada e de que entre estes e a conduta do requerente se verifique um nexo de causalidade adequada.

A análise deste regime permite concluir que se a caducidade da providência não resultar de uma atuação culposa do requerente, o que muitas vezes sucederá, caberá ao requerido suportar os danos de um procedimento proposto injustificadamente contra si. Como refere RITA LYNCE DE FARIA “o requerido poderá converter-se numa vítima da tutela cautelar se os danos por ele sofridos não puderem ser indemnizados, devido à ausência de culpa do requerente”.⁹⁹ Se é verdade que o regime da responsabilidade do requerente é mais exigente do que o regime de responsabilidade processual consagrado no art. 542.º CPC, não deixa de ser verdade que está em causa um procedimento que envolve muitos mais riscos e que ainda assim, como resulta do exposto, deixa por

⁹⁷ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 375-376.

⁹⁸ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 377-380.

⁹⁹ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 385.

indemnizar todas aquelas situações em que o requerente não atua culposamente, mas em que a providência causa danos ao requerido.

A par do regime de responsabilidade civil do requerente, estabelece o art. 374.º, n.º 2 CPC que o juiz pode fazer depender o decretamento de uma providência cautelar de uma caução a ser prestada pelo requerente sempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias. A caução assume então a natureza de uma «“contramedida” ou uma medida de contracautela - concebida pelo legislador para obviar às consequências sempre nefastas resultantes do decretamento de uma providência cautelar injustificada»¹⁰⁰.

A prestação de uma caução pelo requerente visa tutelar eventuais prejuízos do requerido, traduzidos numa obrigação de ressarcimento dos danos causados pelo decretamento de uma providência cautelar injustificada. Nesse sentido, nela se podem identificar “os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”¹⁰¹. O *fumus boni iuris* pode ser reconduzido à suscetibilidade de a providência poder vir a causar danos ao requerido e o *periculum in mora* ao risco de o requerido não lograr obter o ressarcimento de tais danos finda a ação principal. Desta feita, o tribunal deve condicionar¹⁰² o decretamento da providência à prestação de caução quando seja necessário obviar à difícil reparação de potenciais danos subsequentes para o requerido, resultantes do deferimento de uma medida cautelar¹⁰³.

A prestação de caução pelo requerente constitui um meio especialmente relevante em situações em que a providência cautelar seja decretada sem o contraditório prévio do requerido, uma vez que representa um reforço da sua segurança já que garante os direitos

¹⁰⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 347. No mesmo sentido, FARIA, Rita Lynce de, 2003, *A Função Instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 256-257.

¹⁰¹ FARIA, Rita Lynce de, 2003, *A Função Instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 256-257.

¹⁰² A caução tende a ser vista como uma “condição para a execução efetiva da providência cautelar” e não como um requisito constitutivo. - GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 348.

¹⁰³ A doutrina tem entendido que tal sucede quando o juiz tenha dúvidas quanto à veracidade dos factos, quando suspeite da efetiva necessidade da tutela cautelar, quando tenha dúvidas ou haja insuficiência de meios de prova, quando haja indícios de uma atuação melindrosa do requerente, mas que não sejam suficientes para indeferir a providência cautelar. Neste sentido, GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 349 e GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4.ª ed., Almedina, Lisboa, p. 324.

do requerido na eventualidade destes serem lesados se a providência vier a caducar¹⁰⁴. No entanto, mesmo fora destas situações, pode desempenhar funções importantes. A sua principal função é preventiva e corresponde à garantia de ressarcimento dos danos que o requerido possa sofrer em virtude do decretamento de uma medida cautelar injustificada¹⁰⁵.

Na letra do art. 374.º, n.º 2 CPC o legislador fez uso do vocábulo “pode”, que parece remeter o intérprete para a existência de um poder discricionário do juiz, mas a doutrina considera estar antes em causa um poder vinculado deste. O julgador deve apreciar a necessidade de caução caso a caso, tendo em conta os requisitos referidos anteriormente¹⁰⁶.

Importa ainda fazer uma breve alusão ao art. 368.º, n.º 3, 1ª parte CPC que permite ao requerido requerer a substituição da providência cautelar decretada, por uma caução adequada e idónea a prevenir ou reparar a lesão. Ou seja, só será admitida a substituição da medida cautelar por caução quando esta seja adequada a atingir o mesmo resultado a que se destinava a medida cautelar decretada. Ora, se por um lado a substituição por caução pode conferir algumas vantagens ao requerido¹⁰⁷, por outro, não tutela adequadamente a sua posição, pelo que o seu valor prático será reduzido, conforme alerta MARCO CARVALHO GONÇALVES:

apesar de constituir uma garantia de especial relevância para o requerido, não tutela, no entanto, os seus interesses de forma completamente eficaz e satisfatória. É que (...) a substituição da providência cautelar por caução implica que o tribunal conclua pela idoneidade, adequação e suficiência dessa garantia (...) – sem prejuízo da possibilidade do requerente se opor, ainda que sem fundamento e com finalidades meramente dilatórias, à substituição da providência cautelar por caução – o que, na prática, leva ao protelamento da

¹⁰⁴ FARIA, Rita Lynce de, 2003, *A Função Instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 256-257; GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 349.

¹⁰⁵ MARCO CARVALHO GONÇALVES identifica ainda as funções de restabelecimento do equilíbrio entre as partes, de regulação do acesso à tutela cautelar e de proteção da atividade judicial contra o risco de decretamento de uma medida injustificada. - GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 357-360.

¹⁰⁶ FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra, p. 78; GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4.ª ed., Almedina, Lisboa, pp. 324-325 e GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 355.

¹⁰⁷ Quando, por exemplo, está em causa providência cautelar conservatória que tenha por objeto a apreensão de bens, a prestação de caução permite-lhe o gozo desses bens.

prestação efetiva da caução e subsequente levantamento da providência, com todos os danos e prejuízos que daí resultam para o requerido¹⁰⁸.

Torna-se imperioso concluir que este é um regime muito oneroso para o requerido cujos meios de proteção e reação atuam a jusante, posteriormente à decretação da providência ou à decisão final que decreta a sua injustificação. Propomo-nos no capítulo seguinte ensaiar uma solução que permita colmatar este desequilíbrio entre requerente e requerido no seio dos procedimentos cautelares.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 397-398.

Capítulo III – Caução Obrigatória e Responsabilidade Civil Objetiva como Possíveis Soluções

1. Da Caução do Requerente

Identificámos no capítulo precedente uma posição de desvantagem do requerido comparativamente ao requerente que consideramos carecer de atenuação. Assim, neste ponto ocupar-nos-emos da procura de uma possível solução no âmbito do regime de prestação de caução do requerente.

No início deste estudo, a partir de uma pesquisa preliminar e introdutória sobre o tema, identificámos como possível remédio a introdução de um regime de prestação obrigatória de caução pelo requerente. Neste segmento, propomo-nos analisar esta hipótese e tecer uma opinião sobre o assunto.

A introdução de um regime de prestação obrigatória de caução pelo requerente implica, como resulta implícito, o condicionamento de toda e qualquer providência cautelar à prestação de uma caução pelo requerente de tal medida. A abordagem deste tema pela doutrina frequentemente carece de profundidade, ou quando abordada, tende a ser rejeitada. No entanto, entre nós, MARCO CARVALHO GONÇALVES destaca-se por defender uma solução neste sentido, razão pela qual seguiremos de perto o seu entendimento.

Este autor entende que a prestação obrigatória de caução pelo requerente constitui o principal mecanismo de proteção dos interesses do requerido por atuar antes do decretamento da providência cautelar. Teria então uma função preventiva ao invés de uma função de remédio como aquela que é acometida à responsabilidade civil que atua após a produção dos danos¹⁰⁹. Por outro lado, a obrigatoriedade da prestação de caução assumiria ainda uma função, especialmente relevante em virtude da utilização desvirtuosa que muitas vezes é feita dos procedimentos cautelares, de regulação do acesso à tutela cautelar. De facto, tendo o requerente de prestar uma caução como condição de exequibilidade da tutela que pretende obter, tenderá a “pensar duas vezes” ao recorrer a

¹⁰⁹ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 361.

uma providência cautelar, sobretudo quando tenha consciência da sua injustificabilidade¹¹⁰.

Se, por um lado, concordamos com a perspectiva deste autor no que concerne à utilidade da caução obrigatória, por outro, temos dúvidas de que a sua função de garantia de ressarcimento dos danos seja suficiente para equilibrar as posições de requerente e requerido.

Constituindo a caução uma garantia de uma obrigação¹¹¹, ela pressupõe desde logo a existência de uma obrigação. A obrigação a que se faz referência, seria a obrigação de indemnização pelos danos causados com o decretamento de uma providência cautelar injustificada, resultante do regime da responsabilidade do requerente consagrado no n.º 1 do art. 374.º CPC. Ora, conforme analisámos no Capítulo II, a responsabilidade do requerente é dependente de culpa, pelo que exclui do seu escopo de aplicação uma multitude de situações em que, não obstante a providência cautelar tenha sido considerada injustificada e tenha causado prejuízos ao requerido, o requerente atuou com a diligência exigida pelo que caberá ao requerido suportar estes danos.

Daqui se depreende que em todas as situações em que não se constitua obrigação de indemnizar, por não estarem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil do requerente a prestação de caução não passa de uma mera ficção, porque não garante a ressarcibilidade dos danos. Não se ignora que a função de regulação do acesso às providências cautelares se mantenha, mas cremos que outros mecanismos podem igualmente sustentar uma tal função, enquanto permitem garantir um maior nivelamento da posição do requerido face ao requerente.

O nosso processo de investigação permitiu-nos concluir que a caução do requerente e uma eventual responsabilidade civil do mesmo, andam de “mãos dadas”, razão pela qual quanto mais amplo for o âmbito da responsabilidade civil, maior utilidade terá a prestação de caução. Consideramos então que com o presente regime de responsabilidade do

¹¹⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 361-362.

¹¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, 2012, *Garantias das obrigações*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 91.

requerente, a caução obrigatória falha em ser a solução para o que cremos ser o maior problema do regime das providências cautelares: o facto de que, caducando a providência cautelar ou sendo esta considerada injustificada ser o requerido aquele que, na maioria das vezes, suporta o prejuízo de uma providência injustificadamente requerida contra si.

Entendemos que a forma de colmatar esta falha deverá então ser procurada no regime da responsabilidade civil do requerente, sobre o qual nos debruçaremos no ponto seguinte.

2. Do Regime de Responsabilidade Civil do Requerente

No Capítulo II, ponto 2. abordámos já o regime de responsabilidade civil do requerente previsto no art. 374.º, n.º 1 CPC e seus respetivos pressupostos, para onde agora remetemos. A partir desta análise concluímos que a disciplina processual civil consagra um regime de responsabilidade civil extracontratual no âmbito cautelar, dependente de culpa ou negligência do requerente, daqui resultando que sempre que não haja culpa provada do requerente, será o requerido a suportar os danos resultantes da caducidade da providência cautelar decretada.

No ordenamento jurídico português a regra é a de que só há responsabilidade civil e, consequentemente, obrigação de indemnizar se houver culpa do agente. Por outras palavras, no nosso sistema jurídico as hipóteses de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa, são excepcionais obedecendo ao princípio da tipicidade consagrado no art. 483.º, n.º 2 CC¹¹². Não obstante, afiguramos ser de interesse estudar uma solução *de iure condendo*, assente num regime de responsabilidade objetiva do requerente no âmbito cautelar.

No domínio das providências cautelares, um regime de responsabilidade objetiva permitiria responsabilizar o requerente pelos danos causados ao requerido sempre que a providência cautelar viesse a caducar. Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA, “o

¹¹² ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, 2023, *Direito da Responsabilidade Civil*, GESTLEGAL, Lisboa, pp. 446-447.

dever de indemnizar assentaria, assim, numa mera relação de causa e efeito entre a decretação e consequente caducidade da providência e a lesão”¹¹³.

Neste ponto, revela-se de interesse fazer uma breve referência à raiz e fundamentos da responsabilidade civil objetiva para permitir perceber a sua adequação *in casu*. A responsabilidade civil objetiva corresponde a uma herança da revolução industrial. Com o aumento dos acidentes de trabalho associados à utilização de máquinas e processos mecanizados, os trabalhadores eram frequentemente levados a suportar os danos que sofriam pela dificuldade em fazer prova da culpa (fundamento da responsabilidade civil aquiliana) dos patrões¹¹⁴. Assim, a par da teoria da culpa surgiu a teoria do risco profissional, dando cumprimento ao princípio *ubi commodum, ibi incommodum*¹¹⁵. Com o passar do tempo, a teoria do risco evoluiu e ganhou novos contornos. Atualmente no ordenamento jurídico português, através de uma responsabilidade independente de culpa, procurou fazer-se uma repartição do risco por forma a que “os danos provenientes do risco sejam suportados por quem lucra especialmente com a atividade e a organiza ou por quem tira da coisa as vantagens especiais que ela é capaz de proporcionar¹¹⁶”.

As hipóteses de responsabilidade pelo risco consagradas no direito nacional, estão comumente associadas ao exercício de atividades perigosas das quais decorre com frequência a produção de danos. Ora, o recurso à tutela cautelar não implica em si mesmo uma probabilidade de prejuízo equiparável a estas atividades. Existe no seu exercício um risco de produção de danos, mas não constitui uma “atividade de risco”¹¹⁷.

Não obstante, a circunstância de o requerido ser obrigado a suportar os prejuízos resultantes de uma intervenção alheia na sua esfera jurídica não pode ser considerada

¹¹³ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 389.

¹¹⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, 1959, “Fundamento da Responsabilidade Civil (Em Especial, Responsabilidade Civil por Acidentes de Viação Terrestre e por Intervenções Lícitas)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 90, pp. 5-319, pp. 8-10; MONTEIRO, Jorge Sinde, 2005, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, pp. 349-390, pp. 355-356.

¹¹⁵ Onde está o lucro, aí deve estar o prejuízo - CARRILHO, Fernanda, 2006, “ubi commodum, ibi incommodum” in *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, Coimbra.

¹¹⁶ FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/ PINTO, Rui, 2001, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 505-506.

¹¹⁷ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 390-391.

justa, apesar da licitude do comportamento do requerente. Cremos, no entanto, que o fundamento subjacente ao ressarcimento dos prejuízos do requerido pelo requerente não deve cair no escopo da responsabilidade pelo risco já que esta se baseia numa ideia de especial dever de cuidado em virtude da perigosidade da atividade exercida, o que não se enquadra no panorama da tutela cautelar.

Pelo contrário, a *ratio* do dever de indemnizar prende-se com uma necessidade de repor o equilíbrio de interesses em jogo. Concordamos então com a aplicabilidade de uma solução de responsabilidade por factos lícitos. Sendo esta também uma forma de responsabilidade objetiva, prescinde das noções de culpa e de ilicitude¹¹⁸, encontrando o seu fundamento no princípio da justiça comutativa¹¹⁹.

Mas esta opção de adotar um regime que permita responsabilizar o requerente independentemente de culpa, pode levantar questões relacionadas com a garantia da tutela jurisdicional efetiva. Uma solução deste tipo limitaria o direito de acesso à tutela cautelar. O direito à tutela jurisdicional efetiva é um direito com conteúdo complexo que abrange no seu cerne diversos subprincípios e direitos fundamentais¹²⁰, como o acesso ao direito, obtenção de uma decisão em prazo razoável, o direito a um processo equitativo, entre outros. Por outro lado, a garantia de Estado de Direito “não oferece nenhuma garantia absoluta de tutela cautelar (...) sem consideração por outros princípios processuais”¹²¹.

Ao longo do presente estudo tivemos oportunidade de constatar que a estruturação do regime das providências cautelares no CPC importa derrogações e restrições de princípios e direitos fundamentais do requerido, que podem ser em última instância reconduzidos ao direito à tutela jurisdicional efetiva. Falamos sobretudo do princípio do contraditório e da igualdade de armas, que não raramente sofrem restrições excessivas, não obstante já nos

¹¹⁸ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 392.

¹¹⁹ ALMEIDA, Marta Inês Soares de, 2016, *Culpa Versus Risco: Reflexões Concernentes à Dualidade de Fundamentos na Responsabilidade Civil por Acidentes de Viação. O Caso Particular da Concorrência da Culpa do Lesado com o Risco do Veículo*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.17.

¹²⁰ PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 76.

¹²¹ SCHWONBERG, Alexander, 1997, *Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin *apud* PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 558.

termos pronunciado no sentido de as considerar admissíveis em virtude da finalidade última das providências cautelares de garantia do efeito útil da ação principal.

Nesta senda, se é verdade que a instituição de um regime de responsabilidade por factos lícitos do requerente limita o acesso à tutela cautelar, também opera uma importante função de regulação do uso deste mecanismo. Recuperando o entendimento de MARCO CARVALHO GONÇALVES a propósito da prestação obrigatória de caução, mas que em nossa opinião também é plenamente aplicável *in casu*, “a obrigação de prestação de uma caução permite impedir o recurso desregrado à tutela cautelar nos casos em que não se justifique uma composição provisória do litígio”¹²².

Não ignoramos, no entanto, que pode perfeitamente suceder que estando o requerente plenamente convencido da viabilidade da sua pretensão e existindo de facto *periculum in mora* requeira uma providência cautelar que venha posteriormente a caducar, situação em que, de acordo com a solução pela qual pugnámos teria de responder pelos danos causados ao requerido. Mas aqui, remetemos novamente para o fundamento da responsabilidade que anteriormente defendemos, assente numa responsabilização pelo sacrifício. Acrescentamos ainda, conforme bem salienta RITA LYNCE DE FARIA, que uma visão transversal do regime das providências cautelares permite concluir que o requerido se encontra numa posição mais vulnerável pelo que seria injusto ser este a suportar “o custo de um sistema do qual não é beneficiário”¹²³.

Desta feita, sendo o procedimento cautelar um terreno fértil para uma posição de imparidade entre as partes e não existindo uma solução perfeita que permita nivelá-las plenamente, entendemos que esta proposta é aquela que melhor permite equilibrar os direitos em jogo.

¹²² GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 358.

¹²³ FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 394.

3. Breve Análise da Caução e da Responsabilidade do Requerente no Regime das Providências Cautelares e das Ordens Preliminares na Arbitragem

No seguimento do que foi dito a propósito do regime da prestação de caução e da responsabilidade civil do requerente, vemos utilidade em fazer uma breve incursão no regime das providências cautelares e das ordens preliminares na arbitragem. Por limitações de espaço, faremos apenas uma pequena aproximação a este regime, que apresenta contornos complexos, em concreto no que concerne à caução e à responsabilidade civil.

As providências cautelares são admitidas nos arts. 20.º e ss. da Lei da Arbitragem Voluntária¹²⁴ (doravante, LAV), em termos semelhantes aos estabelecidos no CPC. A par das providências cautelares, a LAV prevê ordens preliminares que consistem num mecanismo destinado a acautelar as providências cautelares¹²⁵, decretadas com dispensa de audição do requerido e em simultâneo com uma providência cautelar sendo o seu principal objetivo impedir a frustração daquela. As ordens preliminares, ao contrário das providências cautelares arbitrais, não são suscetíveis de execução junto dos tribunais judiciais, pelo que a sua eficácia depende do cumprimento espontâneo pelo requerido.

A necessidade de fazer a distinção entre providências cautelares e ordens preliminares prende-se com as diferenças de regime relativamente à prestação de caução. Relativamente às providências cautelares, o disposto no art. 24.º, n.º 2 LAV é semelhante ao previsto no CPC, dispondo que o tribunal pode exigir a prestação de caução, o que normalmente sucederá a pedido do requerido¹²⁶. Quanto às ordens preliminares, decorre do n.º 3 do art. 24.º LAV que o tribunal deve exigir a prestação de caução pelo requerente, salvo quando considere inadequado ou desnecessário fazê-lo.

Consideramos que poderia ser benéfica a introdução no sistema cautelar consagrado no CPC, de uma norma cujo alcance apontasse no sentido de se estabelecer um dever do

¹²⁴ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

¹²⁵ Comumente referidas como providências cautelares das providências cautelares ou providências cautelares de segundo grau – CORDEIRO, António Menezes, 2015, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Lisboa, p. 239.

¹²⁶ CORDEIRO, António Menezes, 2015, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Lisboa, p. 246.

juiz de solicitar caução ao requerente. Como salientámos anteriormente e agora reiteramos, a eficácia da prestação de caução será tanto maior quanto maior for o âmbito da responsabilidade civil. Assim, embora consideremos que uma conjugação da obrigatoriedade da caução com um regime de responsabilidade objetiva seja excessivamente onerosa para o requerente, representando uma restrição desproporcionada do seu direito à tutela jurisdicional efetiva, a verdade é que a prática judiciária tem revelado uma utilização diminuta do instrumento da caução¹²⁷. Assim, esta solução *de iure condendo*, de instituição de um dever de prestação de caução pelo requerente como regra, só não existindo quando as circunstâncias não o justificarem¹²⁸, poderia garantir uma utilidade acrescida do regime de responsabilidade anteriormente hipotetizado.

Relativamente ao regime de responsabilidade do requerente, encontra-se regulado no art. 26.º LAV sendo aplicável de igual forma quer às providências cautelares, quer às ordens preliminares. Prevê esta norma que “a parte que solicite o decretamento de uma providência cautelar ou requeira a emissão de uma ordem preliminar é responsável por quaisquer custos ou prejuízos causados à outra parte por tal providência ou ordem, caso o tribunal arbitral venha mais tarde a decidir que, nas circunstâncias anteriormente existentes, a providência ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou ordenada”.

Este preceito consagra a responsabilidade objetiva do requerente, uma vez que não depende da sua atuação culposa ou negligente como sucede no CPC¹²⁹. Parece-nos, no entanto, que o fundamento desta responsabilidade se encontra assente na teoria do risco, uma vez que “o Grupo de Trabalho [de revisão da Lei Modelo da UNCITRAL¹³⁰] observou que a parte que solicita a medida corre o risco de prejudicar outras partes e que

¹²⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 361.

¹²⁸ Nomeadamente, quando das provas apresentadas o juiz consiga extrair uma certeza da existência do direito, em face da manifesta insignificância dos danos em jogo, em razão da situação económica desfavorecida do requerente, etc.

¹²⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de *et alii*, 2014, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Lisboa, p. 329.

¹³⁰ Lei na qual a Lei da Arbitragem Voluntária é baseada, em especial no que respeita ao art. 26.º que é semelhante ao art. 17-G da Lei Modelo da UNCITRAL.

tais danos devem ser reparados se a medida for posteriormente determinada como não tendo sido justificada”¹³¹.

Se, por um lado louvamos a iniciativa de introdução de responsabilidade objetiva do requerente, por outro, o preceito não deixa de nos suscitar dúvidas. Antes de mais, quanto ao alcance da expressão “nas circunstâncias anteriormente existentes”. Concordamos com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA nas questões sobre o significado de uma tal expressão. Tanto podem estar em causa circunstâncias que existindo no momento do decretamento da providência ou ordem preliminar, foram mal qualificadas no plano dos factos ou do direito como circunstâncias que só neste momento se nota existirem¹³². A norma não é clara.

De outro modo, também consideramos que o fundamento indexado à responsabilidade estatuída não é o que realmente está em causa, pelos motivos referidos no ponto anterior para os quais remetemos.

Ora, esta incursão permite-nos concluir que o regime estabelecido na LAV é bastante diferente do regime consagrado no CPC e, em nosso entender, mais protetor da posição do requerido, contribuindo para um maior equilíbrio entre as partes.

¹³¹ TUCKER, Lee Anna, 2011, “Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty”, *The Arbitration Brief*, Vol. I, issue 2, pp. 15-23, p. 19. - Tradução nossa.

¹³² OLIVEIRA, Mário Esteves de *et alii*, 2014, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Lisboa, pp. 332-333.

Conclusões

Chegados ao fim deste estudo, é imperativo concluir como começámos, com a reafirmação de que as providências cautelares se traduzem num meio indispensável de garantia da efetividade dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

As providências cautelares operam sempre que um *periculum in mora* ameace esvaziar o conteúdo de um direito aparente. Mas na sua formulação e processamento, houve uma clara opção legislativa de dar primazia à tutela do direito do requerente. Esta opção é revelada num regime que se basta com uma aparência do direito invocado pelo requerente, pelo que mais suscetível ao erro de decisão e numa aparente secundarização do princípio da proporcionalidade, situação agravada com o frequente retardamento do princípio do contraditório do requerido e com a possibilidade de serem decretadas providências cautelares cujos efeitos se revelam irreversíveis.

Tudo isto, sem que do outro lado da medalha exista um arcabouço capaz de equilibrar a posição do requerido, que se vê com meios limitados para reagir. Tal decorre de um certo alheamento da urgência em fases subsequentes do processo, do facto de o contraditório diferido não ter um alcance idêntico ao exercido pelo requerente e de o requerido ter de optar por um dos meios de reação, não lhe sendo permitido, à partida, concentrar a sua defesa. Ademais, está previsto um regime de responsabilidade pouco abrangente que não permite colmatar a discrepância destas posições e que deixa a utilização do mecanismo da caução com um âmbito restrito.

Nesta senda, propusemo-nos inicialmente a ensaiar soluções que permitissem ultrapassar estas imperfeições, contribuindo para um maior equilíbrio entre as partes. Entendíamos *ab initio* que tal passaria pela instituição de um regime de caução obrigatória do requerente, mas rapidamente percebemos no decurso da nossa investigação que a caução é tanto mais útil quanto maior for a abrangência da responsabilidade do requerente. Assim, mudámos o nosso foco para este tema onde concluímos pela justiça de um regime de responsabilidade por factos lícitos do requerente, derivado da necessidade de fazer uma distribuição justa dos custos intrínsecos ao regime das providências cautelares.

Findo este projeto de investigação pugnamos pela utilidade de uma reformulação do regime das providências cautelares no Código de Processo Civil português, adotando uma previsão de responsabilidade por factos lícitos do requerente e instituindo um dever de caução do mesmo, apenas afastável quando as circunstâncias levem o julgador a crer que esta seria manifestamente inútil ou excessivamente oneroso. Só assim estaremos perante um instituto que promove verdadeiramente a paridade e equidistância das partes envolvidas e que assegura um pleno respeito pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva, na sua concretização de direito a um processo justo.

Em última análise, a busca por uma tutela cautelar justa e equitativa transcende os limites do contexto jurídico. Na célebre obra de Platão, “A República”, o filósofo discute a natureza da justiça e a organização ideal da sociedade, introduzindo a figura de um governante sábio e benevolente que busca o bem comum. De forma análoga, a busca por um equilíbrio justo entre os interesses do requerente e do requerido nas providências cautelares reflete a aspiração por uma justiça que transcende a mera aplicação da lei, buscando promover a harmonia e o bem-estar social.

Bibliografia

Monografias

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, 2010, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, Lisboa;

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, 2023, *Direito da Responsabilidade Civil*, GESTLEGAL, Lisboa;

CALAMANDREI, Piero, 1936, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2018, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra;

CARRILHO, Fernanda, 2006, *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, Coimbra;

CASTRO, Artur Anselmo de, 1981, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, Almedina, Coimbra;

CORDEIRO, António Menezes, 2015, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Lisboa;

COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa;

FARIA, Rita Lynce de, 2003, *A Função Instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa;

FARIA, Rita Lynce de, 2016, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa;

FREITAS, José Lebre de/ ALEXANDRE, Isabel, 2017, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 3ª ed., Almedina, Coimbra;

- FREITAS, José Lebre de/ MACHADO, A. Montalvão/ PINTO, Rui, 2001, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra;
- GERALDES, António Santos Abrantes, 2010, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume III, 4ª ed., Almedina, Coimbra;
- GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4ª ed., Almedina, Coimbra;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, 2012, *Garantias das obrigações*, 4ª ed., Almedina, Coimbra;
- LOPES, Manuel Baptista, 1965, *Dos Procedimentos Cautelares*, Almedina, Coimbra;
- MARIANO, João Cura, 2006, *A Providência Cautelar de Arbitramento de Reparação Provisória*, Almedina, Lisboa;
- NETO, Abílio, 2004, *Código de Processo Civil Anotado*, 18ª ed., Ediforum, Lisboa;
- OLIVEIRA, Mário Esteves de *et alii*, 2014, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Lisboa.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, 2003, *Prontuário de formulários e trâmites, vol. II – Procedimentos e Medidas Cautelares (com incidentes conexos)*, Quid Juris?, Lisboa;
- PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra;
- PISANI, Andrea Proto, 1999, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Jovene Editore, Nápoles;
- SCHWONBERG, Alexander, 1997, *Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlim;
- SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa;

VARELA, João de Matos Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, 1985, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

Artigos

ALMEIDA, Marta Inês Soares de, 2016, *Culpa Versus Risco: Reflexões Concernentes à Dualidade de Fundamentos na Responsabilidade Civil por Acidentes de Viação. O Caso Particular da Concorrência da Culpa do Lesado com o Risco do Veículo*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

CARLOS, Adelino da Palma, 1972, “Linhas Gerais do Processo Civil Português”, *Separata da Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIV;

CARLOS, Adelino da Palma, 1973, “Procedimentos Cautelares Antecipadores”, *O Direito*, 105/III, pp. 236-251;

CRUZ, Rita Barbosa da, 2000, “O Arresto”, *O Direito*, Lisboa, A.132º, nº1-2, pp.107-196;

FREITAS, José Lebre de, 1997, “Repetição de providência e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57º, vol. I, Lisboa, pp. 461-483;

MAGALHÃES, Barbosa de, 1945, “Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil”, *Revista da ordem dos Advogados*, 5/III-IV, pp. 14-35;

MEDEIROS, Rui, 1989, “Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de um direito ou interesse protegido”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXI (IV da 2.ª Série), N.ºs 1/2, pp. 1-102;

MONTEIRO, Jorge Sinde, 2005, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, pp. 349-390;

REIS, José Alberto dos, 1947, “A figura do processo cautelar”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 3, pp. 27-91;

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, 1959, “Fundamento da Responsabilidade Civil (Em Especial, Responsabilidade Civil por Acidentes de Viação Terrestre e por Intervenções Lícitas)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 90, pp. 5- 319;

SOUSA, Miguel Teixeira de, 2013, “As providências cautelares e a inversão do contencioso”, disponível em: [https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_providências_cautelares_e_a_inversão_do_contencioso_12_2013](https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_provid%C3%AAncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013) ;

TUCKER, Lee Anna, 2011, “Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty”, *The Arbitration Brief*, Vol. I, issue 2, pp. 15-23.

Jurisprudência

Ac. STJ 17/07/1982, SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233;

Ac. STJ 24/05/1983, SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233;

Ac. STJ 23/01/1986, SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 233;

Ac. TRP, proc. 11710/1993, SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 230;

Ac. TRL 01/02/1994, PINTO, Rui, 2009, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 44;

Ac. TRC 28/06/1994, SOUSA, Miguel Teixeira de, 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., LEX, Lisboa, p. 230;

Ac. TRE 10/07/2003, COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 70;

Ac. TRL 10/02/2005, COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 70;

Ac. TRP 28/06/2005, in www.dgsi.pt;

Ac. TRP 07/02/2006, COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 70;

Ac. TRE 22/03/2007, COSTA, Tiago Félix da, 2012, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Almedina, Lisboa, p. 70;

Ac. STJ 31/03/2009, in www.dgsi.pt;

Ac. TRP 22/11/2011, GONÇALVES, Marco Carvalho, 2021, *Providências Cautelares*, 4^a ed., Almedina, Coimbra, p. 207.