

As Providências Cautelares e os Requisitos para o seu Decretamento

Confronto entre o Processo Administrativo e o Processo Civil

Joana Maria Coimbra Castanheira

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo orientada pelo Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2018



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Nota: A presente dissertação foi escrita ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico.

Agradecimentos

Ao Senhor Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins um especial agradecimento pelo encorajamento e pela orientação ao longo de todo este percurso. Sem dúvida que o seu contributo para este resultado final foi notável.

À minha mãe, o meu exemplo de vida e inspiração, pelo apoio incondicional que me deu ao longo de toda a minha vida. Sem ela eu não seria o que sou hoje.

Ao meu pai, pela amizade, pelo companheirismo e pelos anos de vida que dedicou à sua única filha.

Aos meus irmãos que tanto estimo, pelos segundos pais que foram e são para mim.

São estes os meus pilares e sem eles eu não teria chegado até aqui.

Não escolhemos a família a que pertencemos, mas se me dessem essa possibilidade sem dúvida que eu escolheria a minha.

Resumo

A presente dissertação dedica-se ao estudo das providências cautelares e dos requisitos para o seu decretamento, levando a cabo uma análise comparativa dos mesmos no âmbito do processo administrativo e no âmbito do processo civil.

Este trabalho de investigação encontra-se dividido em quatro partes distintas:

Uma primeira parte, correspondente ao Capítulo I, centrada na noção, evolução e características das providências cautelares.

Uma segunda parte, correspondente ao Capítulo II, centrada nas categorias e finalidades das providências cautelares.

Uma terceira parte, correspondente ao Capítulo III, centrada na caracterização, análise e comparação dos requisitos para o decretamento das providências cautelares no âmbito das duas leis processuais, procedendo, de seguida, a uma análise crítica e jurisprudencial dos mesmos.

Por fim, uma quarta parte, correspondente ao Capítulo IV, centrada no dever de gestão processual do juiz na tutela cautelar.

Numa altura em que as duas leis processuais cada vez mais se aproximam, propomo-nos na presente dissertação apresentar os pontos de contacto e de afastamento entre ambas, no que às providências cautelares e aos requisitos para o seu decretamento diz respeito.

Palavras-chave: Providências Cautelares, Requisitos para o seu Decretamento, Análise Comparativa, Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Código de Processo Civil.

Abstract

The present dissertation is dedicated to the study of interim measure and the requirements for its decree, carrying out its comparative analysis in the scope of the administrative process and in the scope of the civil process.

This research work is divided into four distinct parts:

A first part, corresponding to Chapter I, centered on the notion, evolution and characteristics of interim measures.

A second part, corresponding to Chapter II, focused on the categories and purposes of interim measures.

A third part, corresponding to Chapter III, focuses on the characterization, analysis and comparison of the requirements for the execution of the interim measures in the scope of the two procedural laws, and then proceed to a critical and jurisprudential analysis of the same.

Finally, a fourth part, corresponding to Chapter IV, centered on the duty of procedural management of the judge in the guardianship.

At a time when the two procedural laws are becoming increasingly similar, we propose in this dissertation to present the resemblances and variances between the two, regarding interim measures and the requirements for its decree.

Keywords: Interim Measures, Requirements for its Decrement, Comparative Analysis, Process Code in the Administrative Courts and Code of Civil Procedure.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Conferir

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LGTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

LPTA – Lei do Processo nos Tribunais Administrativos

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice

Agradecimentos	3
Resumo	4
Abstract.....	5
Lista de Siglas e Abreviaturas	6
Introdução	9
Capítulo I - Noção, Evolução e Características das Providências Cautelares	12
1. Noção de Medidas ou Providências Cautelares	13
2. Evolução Histórica das Providências Cautelares no Contencioso Administrativo	19
3. Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional Efectiva	28
4. Características das Providências Cautelares – Análise Crítica	33
4.1. Instrumentalidade.....	33
4.2. Dependência.....	37
4.3. Provisoriedade.....	41
4.4. Sumariedade.....	45
4.5. Subsidiariedade	50
4.6. Urgência e Celeridade.....	52
4.7. Proporcionalidade e Adequabilidade	54
Capítulo II - Categorias e Finalidades das Providências Cautelares	56
1. Categorias de Providências Cautelares	57
1.1. Providências Cautelares Conservatórias	57
1.2. Providências Cautelares Antecipatórias.....	61
2. Finalidades das Providências Cautelares	68
2.1. Garantia de um Direito.....	69

2.2.	Regulação Provisória	70
2.3.	Antecipação da Tutela Definitiva	70
3.	Distinção entre Processos Urgentes e Processos Cautelares	71
Capítulo III - Os Requisitos para o Decretamento das Providências Cautelares no Processo Administrativo e no Processo Civil		76
1.	Requisitos para o Decretamento das Providências Cautelares.....	77
1.1.	Fumus Boni Iuris.....	78
1.2.	Periculum in Mora	87
1.3.	Proporcionalidade	108
2.	Análise Crítica e Jurisprudencial	119
Capítulo IV - O Dever de Gestão Processual do Juiz na Tutela Cautelar		132
Conclusão		142
Bibliografia		147
Jurisprudência citada		161

Introdução

Assistimos nos dias de hoje a uma nova concepção de *tempo* e de *espera*¹, fruto das novas teias de relações sociais e da evolução tecnológica.

Nas sociedades tecnológicas de hoje grande parte da população tem acesso às mais diversas e modernas tecnologias, o que levou a uma alteração do ritmo de vida em sociedade e, conseqüentemente, a uma nova visão e concepção do *tempo*.

Tudo ocorre a uma velocidade alucinante. Criam-se meios de transporte e de comunicação progressivamente mais rápidos que permitem cruzar o mundo e a informação em cada vez menos tempo. As transacções que mobilizam a riqueza e a transmissão da informação, que anteriormente se processavam ao longo de um tempo razoável, ocorrem agora em fracções de segundo, à distância de um clique, e através de meios tecnológicos e informáticos que prescindem do contacto físico entre os principais intermediários².

Paralelamente, com o desenvolvimento das sociedades e dos mercados, tem-se verificado uma maior preocupação pela contenção dos prejuízos.

Também a maior atenção atribuída aos direitos humanos reivindica uma maior preocupação com a produção de prejuízos irreversíveis na esfera dos cidadãos.

Tais alterações ao nível da sociedade e do ser humano tiveram as suas repercussões no *tempo* da justiça e no *tempo* do processo. A sociedade reclama da justiça cada vez mais e mais rápido e a justiça tenta acompanhar essas exigências, nomeadamente através do instituto da tutela cautelar.

No entanto, não deveremos olhar a tutela cautelar como um instituto criado para fazer face aos atrasos e à demora da justiça. Não foi essa a razão da sua criação.

A tutela cautelar visa evitar a ocorrência de prejuízos graves e irreversíveis decorrentes da demora necessária e natural de um julgamento dotado de todas as garantias processuais e fundamentais, caracterizado pela equidade e segurança jurídica.

¹ Quanto aos sentidos do conceito de espera e aos vários fenómenos do quotidiano especialmente sinalizadores das funções e das características da espera *vide* - ARAÚJO, Emília, *A espera*

² FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade*, Universidade Católica Editora, 2016.

Por todo o exposto as providências cautelares têm vindo a ganhar relevo no âmbito judicial.

Numa altura em que a lei do processo administrativo se aproxima cada vez mais da lei do processo civil³, propomo-nos na presente dissertação fazer uma análise comparativa dos requisitos para o decretamento das providências cautelares no processo administrativo e no processo civil.

Desta forma, este trabalho de investigação encontra-se dividido em quatro partes distintas: uma primeira parte centrada na noção, evolução e características das providências cautelares; uma segunda parte centrada nas categorias e finalidades das providências cautelares; uma terceira parte em que nos dedicaremos à caracterização, análise e comparação dos requisitos para o decretamento das providências cautelares no âmbito das duas leis processuais, procedendo, de seguida, a uma análise crítica e jurisprudencial dos mesmos; e uma quarta parte em que analisaremos o dever de gestão processual do juiz no âmbito da tutela cautelar.

Na primeira parte, correspondente ao capítulo I, apresentaremos uma breve noção de providências ou medidas cautelares e procederemos à distinção entre providências cautelares e procedimento cautelar; faremos uma breve alusão à sua evolução ao longo dos tempos no âmbito do processo administrativo e ao princípio que se encontra na sua base, o princípio da tutela jurisdicional efectiva; por fim, enumeraremos as diversas características das providências cautelares, questionando a sua manutenção perante a evolução das duas leis processuais.

Num segundo momento, correspondente ao capítulo II, apresentaremos as duas categorias ou modalidades de providências existentes, as providências conservatórias e as providências antecipatórias; apresentaremos as três principais finalidades das providências cautelares e, a final, faremos a distinção entre processos urgentes e processos cautelares.

³ Esta aproximação entre a lei processual administrativa e a lei processual civil é bem visível na alteração legislativa ocorrida no ano de 2015 no CPTA, nomeadamente com o regime da nova acção administrativa, pondo fim ao regime dualista da acção administrativa comum *versus* acção administrativa especial, com o regime estabelecido em torno da apresentação da contestação e com as consequências processuais da falta dela, passando a prever-se a revelia no contencioso administrativo. Neste sentido *vide* CARVALHO, Ana Celeste, *O regime processual da nova acção administrativa: aproximações e distanciamentos ao Código de Processo Civil*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 113, Setembro/Outubro 2015.

Num terceiro momento, correspondente ao capítulo III, chegados ao cerne da questão que nos propomos tratar, dedicaremos um capítulo deste trabalho à análise exaustiva, bem como à comparação, dos requisitos para o decretamento das providências cautelares, contrapondo o regime que se encontra previsto no CPC e no CPTA.

Num quarto e último momento, correspondente ao Capítulo IV, analisaremos as possíveis manifestações do dever de gestão processual do juiz na tutela cautelar, fazendo referência à possibilidade do juiz cautelar adoptar outra ou outras providências em cumulação ou em substituição com aquela ou aquelas que tenham sido concretamente requeridas, à inversão do contencioso prevista no CPC e à convalidação do processo cautelar em processo principal prevista do CPTA.

Partimos com um objectivo principal: explorar o regime das providências cautelares no âmbito do processo administrativo e no âmbito do processo civil, fazendo uma abordagem aos seus pontos de contacto e de afastamento.

Debaixo do céu há momentos para tudo e tempo certo para cada coisa: Tempo para nascer e tempo para morrer. Tempo para plantar e tempo para arrancar as plantas. Tempo para matar e tempo para curar. Tempo para destruir e tempo para construir. Tempo para chorar e tempo para rir.

Livro de Eclesiastes, cap. III, v. 1,2

Capítulo I

Noção, Evolução e Características
das Providências Cautelares

1. Noção de Medidas ou Providências Cautelares

As providências cautelares são medidas requeridas⁴ junto dos Tribunais Judiciais ou dos Tribunais Administrativos e Fiscais que visam tornar efectiva a tutela judicial dos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos⁵, combatendo o perigo da demora judicial que poderá dar origem a decisões inúteis e sem quaisquer efeitos práticos.

São medidas que procuram tornar efectiva a tutela judicial dos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos⁶.

O regime das providências cautelares encontra-se estabelecido no CPTA nos arts. 112.º e seguintes e no CPC nos arts. 362.º e seguintes.

O substantivo feminino *providência* significa uma medida que se toma para se resolver um determinado assunto ou para se evitar um mal.

Por sua vez, o adjectivo *cautelar* qualifica tudo aquilo que visa prevenir, evitar ou acautelar, visando afastar o perigo de dano jurídico⁷.

Importa, antes de mais, distinguir *providência cautelar* de *procedimento cautelar*. A *providência cautelar* traduz-se na medida concreta que é requerida e decretada pelo tribunal, correspondendo à pretensão de direito material requerida⁸. Por

⁴ São medidas que têm de ser requeridas por pessoas singulares ou colectivas, associações, fundações, autarquias locais e Ministério Público, de acordo com a legitimidade activa prevista no artigo 9.º do CPTA e do art. 30.º do CPC. Desta forma, são medidas que não são decretadas oficiosamente pelos Tribunais, pois os Tribunais não agem, por princípio, reagem.

⁵ No que toca à atendibilidade de interesses juridicamente relevantes *vide* GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, III Volume, 3.ª edição revista e actualizada, 5. Procedimento cautelar comum, Almedina, 2004. O autor fala-nos dos interesses colectivos ou interesses difusos, como a protecção do ambiente ou dos recursos naturais, do património cultural, da qualidade de vida, da saúde pública ou dos consumidores, em suma, dos chamados direitos de terceira geração. As providências cautelares têm aqui um largo campo de aplicação, como forma de tutela desses interesses, desde que a situação de perigo não possa ser prevenida com recurso a outras providências específicas.

⁶ Princípio da tutela jurisdiccional efectiva desenvolvido no Capítulo I, ponto 3 da presente dissertação.

⁷ Neste sentido *vide* FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, Universidade Católica Editora, 2003.

⁸ Exemplos de medidas cautelares são a apreensão judicial de bens, a restituição de posse, a entrega a depositário, a entrega ao requerente ou o pagamento de determinada quantia, a descrição, avaliação e depósito de bens, a suspensão de uma obra, entre outras.

sua vez, o *procedimento cautelar* traduz-se no conjunto de actos preordenados à adopção de uma determinada medida cautelar⁹.

Rita Lynce de Faria faz alusão à imagem de uma pirâmide, na qual *no seu topo se encontra o direito substantivo. Este é aplicado ao caso concreto através do direito processual adjectivo em face daquele e que, por isso, se encontra no meio da pirâmide. Na base encontra-se o procedimento cautelar, cuja finalidade é garantir a frutuosidade do direito processual. Desta forma e em última análise, também o procedimento cautelar faz parte desta pirâmide, constituindo a sua função garantir a efectividade prática do direito processual que, por sua vez, visa garantir a aplicação do direito substantivo*¹⁰.

O objectivo das providências cautelares não se centra na resolução definitiva dos litígios colocados à apreciação dos tribunais, pois essa resolução cabe ao processo principal do qual o procedimento cautelar depende, em regra.

Desta forma, a tutela cautelar não se traduz numa opção alternativa à tutela principal, mas sim num seu complemento, na medida em que visa garantir que a resolução do litígio na acção principal tenha efeitos e utilidade práticos.

Dito de outra forma, é a providência cautelar que, na maioria das vezes, permite que a acção principal possa produzir efeito útil, porquanto impede que se produza uma situação de facto irreversível na esfera do interessado.

Como refere Rita Lynce de Faria, as providências cautelares *preparam o terreno para o fim da tutela principal e, por esse motivo, apenas mediatamente se pode afirmar que a tutela cautelar assume a função relativamente à pretensão que se exercita na acção principal*¹¹.

*A sua importância prática não resulta da capacidade de resolução autónoma e definitiva de conflitos de interesses, antes da sua utilidade na antecipação de determinados efeitos das decisões judiciais, na prevenção da violação grave ou dificilmente reparável de direitos, na prevenção de prejuízos ou na preservação do status quo, enquanto demorar a decisão definitiva do conflito de interesses*¹².

⁹ Abrantes Geraldês identifica-a como a vertente adjectiva ou procedimental – in GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

¹⁰ FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

¹¹ *Ibidem.*

¹² GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

Identificamos, assim, a natureza das providências cautelares como preventiva, na medida em que regulam o modo de acautelar a lesão e não de repará-la (função reparadora).

As providências cautelares são caracterizadas pela instrumentalidade, acessoriedade e dependência em relação à acção principal; pela provisoriedade; pela sumariedade do procedimento e da cognição levada a cabo pelo juiz; e ainda pela urgência, celeridade e proporcionalidade¹³.

Distinguímos nas providências cautelares três funções principais: uma *função de garantia de um direito*, que corresponde à categoria das providências cautelares conservatórias; uma *função de regulação provisória* de uma situação, correspondendo também à categoria das providências cautelares conservatórias; e, por fim, uma *função de antecipação* da tutela definitiva, correspondendo à categoria das providências cautelares antecipatórias¹⁴.

Do anteriormente exposto resultam já as duas categorias das providências cautelares: as providências cautelares conservatórias e as providências cautelares antecipatórias¹⁵.

Podemos assim considerar a tutela cautelar como um procedimento que visa assegurar os efeitos úteis da tutela principal, seja ela declarativa ou executiva, identificando assim as suas funções de conservar e/ou de antecipar, de forma reversível, os efeitos da decisão de mérito que virá a ser decretada na acção principal.

Anselmo de Castro distingue as duas formas de actuação das medidas cautelares, que se traduzem em manter um *status quo para que ele se não altere em*

¹³ Todas as características enumeradas serão desenvolvidas no capítulo I, ponto 4 da presente dissertação.

¹⁴ As funções das providências cautelares serão desenvolvidas no capítulo II, ponto 2 da presente dissertação. Neste mesmo sentido – vide SOUSA, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão do contencioso*, disponível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf que refere a existência de três finalidades das providências cautelares: *a de garantir um (alegado) direito e, nessa medida, visa garantir a utilidade da composição definitiva; a de regular de forma provisória e transitória uma situação até à composição definitiva da acção; e a de antecipar a tutela pretendida ou requerida até se averiguar, através de uma decisão definitiva, qual a verdadeira situação jurídica, aceitando-se nesta situação que através da tutela cautelar se atribua ao requerente o mesmo que ele pode obter através da composição definitiva.*

¹⁵ Distinção desenvolvida no Capítulo II, ponto 1 da presente dissertação.

*condições tais que não seja susceptível de reintegração ou em antecipar a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido*¹⁶.

A tutela cautelar visa evitar que a sentença que virá a ser proferida na acção principal chegue tarde demais, na medida em que venha a declarar um direito que já não se possa exercitar na prática, tendo o mesmo efeito, como refere Piero Calamandrei, de *um medicamento receitado a um doente já falecido*¹⁷.

Neste sentido, refere Antunes Varela que *as providências cautelares visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela*¹⁸. Desta forma, a tutela cautelar visa *acautelar o efeito útil da acção*, ou o mesmo será dizer, visa evitar que a sentença que vier a ser proferida seja, por impossibilidade de execução, uma *decisão puramente platónica*.

Adelino da Palma Carlos define procedimentos cautelares como sendo os *meios por essência destinados a garantir a quem invoca a titularidade de um direito contra uma ameaça ou risco que sobre ele paira, e que é tão iminente que o seu acautelamento não pode aguardar a decisão de um moroso processo declarativo ou a efectivação do interesse juridicamente relevante através de um processo executivo, se for caso de o instaurar*¹⁹.

*A providência cautelar surge, assim, como uma frenagem, um alerta sobre certo circunstancialismo, a evitar que o tempo desagregue, estilhace ou dissipe o, irremediavelmente, esperado, com o inesgotável cortejo de danos daí resultantes*²⁰.

Rui Pinto, referindo-se ao objecto da providência cautelar, identifica nele um elemento material e um elemento funcional: *como elemento material, um poder potestativo à constituição/modificação provisória de uma situação jurídica na esfera jurídica do requerido, idónea a remover o perigo de dano a um direito subjectivo ou*

¹⁶ CASTRO, Artur Anselmo de, *Direito processual civil declaratório*, volume III, Almedina, 1982.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2017.

¹⁸ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1985.

¹⁹ CARLOS, Adelino da Palma, *Linhas gerais do processo civil português*, Edições Cosmos, 2005.

²⁰ LEITÃO, Hélder Martins, *Dos procedimentos cautelares*, Colecção Nova Vademecum, 2004.

*interesse legalmente protegido, ainda que por constituir, e como elemento funcional a constituição de uma situação jurídica acautelante, com finalidade fixada pelo requerente e conteúdo determinado pelo juiz*²¹.

As providências cautelares vêm resolver um problema: evitam que o tempo normal e necessário para o decurso da acção principal e definitiva prejudique e cause danos irreversíveis à parte que tem a razão do seu lado. Sem que, no entanto, com isso se elimine o tempo necessário para que a decisão final seja devidamente estudada e ponderada.

Neste sentido, Rita Lynce de Faria refere que a *prossecação simultânea de ambos os objectivos – a garantia da efectividade da decisão e do tempo necessário a uma decisão justa do litígio – pode ser impossível de encontrar através de uma única acção*²².

Desta forma, as providências cautelares constituem um meio-termo entre a ponderação, que é exigida para que a decisão final seja justa, e a celeridade, que a vida e a sociedade actual tanto reclamam²³.

A sua finalidade traduz-se em impedir que no decurso da acção principal possam ocorrer situações de risco marginal²⁴ que inviabilizem o resultado que se poderia obter.

Nesta senda, somos levados a colocar as seguintes questões: os procedimentos cautelares constituem uma verdadeira acção? Neles identificamos um pedido e uma causa de pedir? Ou, por sua vez, são apenas procedimentos aos quais é negado o estatuto de verdadeira acção?

As questões colocadas encontram-se intimamente ligadas a uma das características das providências cautelares: a sua *dependência* face à acção principal.

Como refere Célia Sousa Pereira, *a principal razão que terá levado o legislador a denominar os meios de tutela cautelar por procedimentos, e não por acções, está relacionada com o facto de os procedimentos cautelares carecerem de*

²¹ PINTO, Rui, *A questão de mérito na tutela cautelar – a obrigação de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2009.

²² FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

²³ *Ibidem*.

²⁴ O conceito de risco marginal é oriundo da doutrina italiana e significa o risco de situações que não dizem respeito ao objecto da acção principal, mas que lhe podem causar ineffectividade.

*autonomia, encontrando-se dependentes de uma acção, já pendente ou a propor, que tenha por fundamento o direito acautelado*²⁵.

Por sua vez, Antunes Varela refere que o anteprojecto do Código de 1961 chamou-lhes procedimentos *porque a apreciação e o julgamento das providências preventivas obedecem a uma estrutura diferente das verdadeiras acções, principalmente no que respeita à fase instrutória de umas e de outras*²⁶.

Rui Pinto refere que *é até certo ponto estranho o uso em sede cautelar de conceitos como causa de pedir e pedido, próprios de uma verdadeira acção, estatuto que correntemente é negado à providência cautelar. O problema coloca-se em particular quanto à existência de uma causa de pedir cautelar, já que um pedido é essencial para provocar a actuação do tribunal, tendo em conta que estamos perante uma providência cautelar no final de um procedimento que não se inicia oficiosamente, por regra*²⁷.

Lebre de Freitas e Isabel Alexandre referem que *os procedimentos cautelares não constituem, rigorosamente, acções, ainda que preparatórias de outras, nem incidentes, por terem lugar à margem do tratamento do objecto do processo e a sua decisão não ter, conseqüentemente, influência na decisão da acção principal, embora conduzam, como as acções, a um julgamento, seguido ou não de uma providência de tipo executivo, e se articulam, como os incidentes, com uma causa de que são dependência*²⁸.

Quanto a nós, dúvidas não temos de que os procedimentos cautelares apresentam um pedido e uma causa de pedir, como veremos mais à frente a propósito do *periculum in mora*.

A maior parte das vezes os procedimentos cautelares dependem de uma acção principal, à qual se encontram instrumentalizados, pelo que as suas decisões formam

²⁵ PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento de Reparação Provisória*, Editora Almedina, Setembro 2003.

²⁶ VARELA, Antunes, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 122.º.

²⁷ PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit..

²⁸ FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Arts. 362.º a 626.º, 3ª Edição, Almedina, 2018.

caso julgado formal, tendo força obrigatória apenas dentro do processo onde são decretados²⁹.

E, nesta perspectiva, pode parecer que não estamos perante uma verdadeira acção, mas sim perante um procedimento tendente a evitar danos e prejuízos causados pela demora da acção principal à qual se encontram acoplados.

No entanto, e como iremos ver a propósito das suas características da instrumentalidade e da dependência, situações existem em que determinadas providências valem só por si, transformando-se em medidas independentes, autónomas e definitivas.

Cremos que as providências cautelares apresentam um estatuto intermédio, na medida em que, por vezes, constituem verdadeiras acções que não dependem de qualquer outro processo, tornando-se definitivas e adquirindo o efeito de caso julgado material; outras vezes visam apenas conferir efectividade à acção principal respectiva, dependendo dela.

2. Evolução Histórica das Providências Cautelares no Contencioso Administrativo

Consideramos essencial para a compreensão do actual instituto do procedimento cautelar fazer uma breve resenha histórica do quadro evolutivo das providências cautelares.

A origem ou raiz do processo cautelar pode ser encontrada no Direito Romano, no processo especial denominado *processo interdital*³⁰.

O *processo interdital* consistia num processo sumário³¹, de natureza administrativa³², que visava obter a pronúncia de um *interdictum*, determinado por um

²⁹ Apesar de não se aplicar o instituto do caso julgado material o legislador preveniu o alcance de efeitos semelhantes através do disposto no n.º 4 do artigo 362.º do CPC. Neste sentido tenha-se presente o Ac. do TRC de 22-03-2011, processo n.º 274/09.1TBLRA-B.C1.

³⁰ Neste sentido, vide JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)* 4.ª Edição, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.

³¹ *Actio e interdictum*, na sistemática jurídico-romana, representavam os dois institutos processuais mais importantes da época. Na *actio* havia uma manifestação de vontade das partes juntamente com a participação activa do juiz, servindo de fundamento para a eficácia da sentença;

*praetor*³³. O *interdictum* consistia numa ordem sumária de carácter administrativo que um magistrado investido de *imperium* dirigia a uma pessoa³⁴, impondo-lhe uma acção ou omissão³⁵.

Esta medida pretendia resolver um determinado litígio rapidamente, apresentando as características de provisoriedade³⁶, ausência de autonomia em relação ao processo principal, celeridade e sumariedade na cognição³⁷.

Observamos, desta forma, a existência de características similares no *interdictum* face à medida cautelar dos dias de hoje³⁸.

Caso o *interdictum*³⁹ fosse cumprido o litígio ficava momentaneamente resolvido, podendo a parte a ele sujeita iniciar um processo judicial ordinário para o atacar. Caso não fosse cumprido o requerente teria de instaurar uma acção tendente ao seu cumprimento.

Existiam três principais modalidades de *interdictum*: os proibitórios, que proibiam a prática de um determinado comportamento; os restitutórios, que ordenavam a restituição de uma coisa a uma determinada pessoa ou que uma coisa modificada sem

enquanto que no interdictum existia, com a participação do magistrado, um comando para decidir a controvérsia. Sendo diversos, constatava-se que a actio possuía um rito ordinário, bifásico com uma sentença definitiva, ao contrário do interdictum que se manifestava sobre um procedimento sumário, célere, realizado somente in iure, firmando sua decisão provisoriamente sobre um juízo de verosimilhança e probabilidade das alegações do autor. - CORSI, Heitor Cavagnolli, *A origem da tutela antecipada e o seu tratamento nos países estrangeiros*, Vox Forensis, Vol. 1, n.º 1, Jan./Jun. 2008, Espírito Santo do Pinhal.

³² Não se tratava, portanto, de um processo jurisdicional mas meramente administrativo.

³³ *Praetor* era um funcionário da justiça na Roma Antiga.

³⁴ O *interdictum* era utilizado em todas as situações, quer os interesses fossem públicos ou privados.

³⁵ Thiago Ribeiro de Carvalho e Judith Aparecida de Souza Bedê enumeram alguns exemplos de *interdictum*, de forma a realçar as suas semelhanças com o processo cautelar: *interdictum* para apresentação de livro; *interdictum* para enterrar um morto; *interdictum* para não se fazer algo em local público ou nos rios; *interdictum* para apresentação em juízo de mulher casada; *interdictum* de petição de legado; *interdictum* para assegurar a posse de um bem – in *Supostos Históricos Do Processo Cautelar*, Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.º 31, Jan/Abr 2017.

³⁶ O *interdictum* não tinha, em regra, carácter definitivo.

³⁷ O *Praetor* fazia um estudo sumário da questão, analisava se os requisitos exigidos se encontravam verificados e se a situação alegada merecia a concessão de um *interdictum*.

³⁸ André Luiz Vinhas da Cruz refere ser *plenamente possível traçar um paralelo entre procedimentos do direito actual, que se iniciam com actos decisórios, precedidos de cognição sumária e coercitivos, com os interditos do antigo processo civil romano* – CRUZ, André Luiz Vinhas da, *A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=344.

³⁹ Inicialmente o termo *interdictum* era utilizado apenas para os casos em que era proibida a prática de uma determinada acção, sendo que quando se pretendia mandar fazer algo recorria-se a um decreto. No entanto, o termo *interdictum* acabou por se vulgarizar e passou a utilizar-se para ambas as hipóteses.

autorização fosse reintegrada no seu estado primitivo; e, por fim, os exhibitórios, que ordenavam que fosse exibido um documento ou apresentada uma pessoa.

Foi assim esta a figura do direito romano que inspirou o desenvolvimento do processo cautelar⁴⁰.

Também os processos sumários, simplificados e abreviados tiveram a sua origem com os processos interditaes, no antigo direito romano.

No entanto, no século VI, com a queda do Império Romano⁴¹, a figura do Estado perdeu força⁴² e a resolução dos conflitos passou a ser desempenhada por sacerdotes. A resolução dos conflitos passou para as mãos da Igreja. Começou a utilizar-se, então, para a resolução dos conflitos, o método ordálico, também conhecido por juízo de Deus, que era um método utilizado para determinar a culpa ou a inocência do acusado, utilizando para tal elementos da natureza, sendo o resultado interpretado segundo um juízo divino.

Posteriormente, no século XII, verificou-se um regresso ao direito romano, tendo-se abandonado o método de resolução de conflitos ordálico. Com a influência da escola dos glosadores de Bolonha⁴³ voltaram a instituir-se formas de resolução de conflitos racionais⁴⁴.

⁴⁰ Mariana Ribeiro Brandão refere outros instrumentos associados ao fenómeno cautelar, como as *stipulationes*, as *cautiones* e o sequestro. – in BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares de ofício*, Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Sector de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. Para mais desenvolvimentos acerca destas duas figuras vide - SANTOS JUSTO, A., *Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)* 4ª Edição, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁴¹ Denominado período Germânico ou Visigótico, na medida em que a Europa foi dominada pelos bárbaros, germanos e francos. *A derrocada do Império Romano - a partir da progressiva invasão e instalação dos bárbaros no território romano, e especialmente entre os séculos V a VIII - importou a fragmentação e a dissolução do poder*. Neste sentido vide - BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares...* ob. cit. e COSTA, Júlio de Almeida, *História do direito português*, 4.ª edição revista e comentada com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, 2010.

⁴² *O comprometimento da ideia de Estado (enquanto centro de poder oficial) gerou, por consequência, o abalo na ideia de processo e de uma jurisdição*. - BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares...* ob. cit..

⁴³ Neste sentido, vide OLAVO, Carlos, *João das Regras, O jurisconsulto*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1, n.º 1 e DOMINGUES, José, *As origens do studium de Bolonha*, Lusíada, Revista de Direito n.º 5 e 6, Porto, 2012.

⁴⁴ *Apenas no final do século XII é possível encontrar certa homogeneidade no Direito, com o apogeu do direito canónico - que, de certa forma, recupera essencialmente os parâmetros do direito romano - permitindo estudo sistemático da matéria*. - BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares...* ob. cit..

Neste período do direito português de inspiração romano-canónica⁴⁵ destacamos o código de direito canónico⁴⁶ que no seu cânone 1672 previa uma forma de medida cautelar atípica⁴⁷ à semelhança das actualmente denominadas medidas cautelares inominadas e ainda as Ordenações Afonsinas⁴⁸, Manuelinas e Filipinas⁴⁹.

As Ordenações Afonsinas de 1446/1447⁵⁰, baseadas no *Corpus Iuris Civilis*, tratavam no seu Livro III, Título 25, dos *instrumentos destinados à segurança da execução - especificamente do embargo (arresto) e do sequestro*⁵¹; nas Ordenações Manuelinas de 1521 *previam-se modalidades de protecção provisória, como é o caso das chamadas acções interrogatórias, por meio das quais o juiz questionava a parte requerida a respeito de certa questão, caso se demonstrasse que a resposta era falsa, a coisa litigiosa era entregue ao requerente, até o final do processo*⁵²; por fim, nas Ordenações Filipinas de 1603, no seu Livro III, título 31, *aludiam tanto aos procedimentos assecuratórios da execução, como às acções interrogatórias*⁵³.

Os institutos e figuras até aqui referidos, não obstante conterem em si carácter cautelar, não eram concebidos como tal. Foram figuras criadas para colmatar as necessidades do processo, em concreto no que à demora e insuficiência da jurisdição dizia respeito.

Assim se deu início a um longo período de investigações doutrinárias no campo da tutela cautelar.

Sem dúvida que a doutrina mais significativa e relevante foi a doutrina italiana, tendo-se destacado três grandes processualistas, que trouxeram até nós a doutrina da

⁴⁵ Período que se iniciou em meados do século XIII e encerrou na segunda metade do século XVIII - COSTA, Júlio de Almeida, *História do Direito Português...* ob. cit..

⁴⁶ Direito canónico é o conjunto de leis e regulamentos feitos e adoptados pela Igreja. O código de direito canónico é o conjunto das normas jurídicas do direito canónico, que regulavam a organização da Igreja Católica Romana.

⁴⁷ *Dizia o preceito que aquele que tivesse motivo para temer um dano iminente a uma pretensão própria poderia, não apenas fazer impedir o sujeito passivo, mas ainda realizar seu direito, protegido pela lei* - BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares...* ob. cit..

⁴⁸ Consistiu a primeira codificação oficial de preceitos extensivos a todo o País – neste sentido, vide COSTA, Júlio de Almeida, *História do Direito Português...* ob. cit..

⁴⁹ Quanto às Ordenações vide - COSTA, Júlio de Almeida, *História do Direito Português...* ob. cit..

⁵⁰ Como refere Mário Júlio de Almeida Costa, afigura-se que os anos de 1446 e 1447 foram os anos da entrega do projecto concluído e o da publicação das Ordenações – *Ibidem*.

⁵¹ BRANDÃO, Mariana Ribeiro, *Medidas cautelares...* ob. cit..

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

autonomia do processo cautelar: Giuseppe Chiovenda⁵⁴ que, no desenvolvimento da sua doutrina, considerava já a tutela cautelar como uma verdadeira acção⁵⁵, na medida em que as medidas provisórias visavam tutelar uma necessidade efectiva e actual de afastar um receio de prejuízo ou dano jurídico; Piero Calamandrei⁵⁶ que associou a característica da instrumentalidade às providências cautelares, defendendo que a finalidade do processo cautelar se traduzia em assegurar a eficácia prática da tutela definitiva; e, por fim, Francesco Carnelutti⁵⁷ defendia que o processo cautelar servia a tutela principal, não só como instrumento para garantir os seus meios, como também para garantir a sua utilidade prática.

Foram, sem dúvida, as doutrinas destes três consagrados autores italianos que desenvolveram e proporcionaram a profunda evolução da tutela cautelar no Século XIX nos diversos ordenamentos jurídicos Europeus.

Em Portugal, e em concreto no que se refere à lei processual administrativa, a única providência cautelar prevista no contencioso administrativo antes de 1985⁵⁸ foi a providência de suspensão da eficácia de actos administrativos, anteriormente denominada de suspensão da executoriedade de acto impugnado⁵⁹.

⁵⁴ Giuseppe Chiovenda, nascido em 1872 e falecido em 1937, era um jurista italiano, licenciado em Roma e Professor nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e mais tarde também em Roma. De entre as suas obras destacamos: *Curso de derecho procesal civil, Istituzioni di diritto processuale civile, Principi di diritto processuale e Le azioni. Il processo di cognizione.*

⁵⁵ O autor considerava que existia um poder geral de cautela, entregue ao juiz e decorrente do sistema de medidas preventivas e conservatórias previsto na ordem jurídica italiana. Considerava este poder geral de cautela independente da sua previsão legal específica.

⁵⁶ Piero Calamandrei foi um jornalista, jurista, político e docente universitário italiano, nascido em 1889 e falecido em 1956. De entre as várias obras de Piero Calamandrei destacamos: *Estudios de Derecho Procesal en Italia, Instituciones de Derecho Procesal Civil (3 vols.) e Introduccion al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.* Esta última obra foi um dos primeiros estudos específicos sobre a tutela cautelar, tendo nela o autor fixado as principais e fundamentais directrizes do actual instituto da tutela cautelar.

⁵⁷ Francesco Carnelutti foi um dos mais eminentes advogados e juristas italianos e o principal inspirador do Código de Processo Civil italiano, nascido em 1879 e falecido em 1965. Em 1924, juntamente com Giuseppe Chiovenda, fundou e dirigiu a *Rivista di Diritto Processuale Civile* (Revista de Direito Processual Civil). De entre as variadas obras deste autor destacamos: *Lezioni di Diritto Processuale Civile e Instituciones del nuevo proceso civil italiano.*

⁵⁸ Ano da entrada em vigor da LPTA, aprovada pelo DL n.º 267/85, de 16 de Julho.

⁵⁹ Neste sentido, cf. HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*, Coimbra Editora, 2006 e FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo e urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009.

Só com a entrada em vigor da LPTA em 1985 são introduzidas na lei processual administrativa, para além da suspensão da eficácia dos actos⁶⁰, novos meios processuais, a intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões⁶¹, a intimação para um comportamento⁶², a produção antecipada de prova⁶³ e, por fim, a execução dos julgados⁶⁴.

Como refere Vieira de Andrade, *os meios cautelares apareciam embrulhados e confundidos numa categoria genérica de meios processuais acessórios, onde se juntavam com figuras que não pertenciam a esta pequena família: as intimações para comportamento e, sobretudo, a execução de julgados, que é um processo principal, quando não seja um processo executivo*⁶⁵.

Desta forma, a tutela cautelar reduzia-se à suspensão da eficácia de actos administrativos.

No que se refere ao seu objecto, a suspensão da eficácia de actos administrativos prevista na LPTA apenas estava prevista para actos com efeitos positivos, não incluindo actos de conteúdo negativo, muito menos normas.

Quanto ao seu conteúdo, apenas continha efeitos conservatórios, não existindo, até então, providências com efeitos antecipatórios.

Por sua vez, no que toca aos requisitos para o seu decretamento previstos nas três alíneas do art. 76.º da LPTA⁶⁶, não se atendia à provável existência do direito, isto é, ao requisito do *fumus boni iuris*, nem à ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

⁶⁰ Anteriormente prevista no Capítulo VIII (Meios processuais acessórios), Secção I (Suspensão da eficácia dos actos), arts. 76.º a 81.º da LPTA.

⁶¹ Anteriormente prevista no Capítulo VIII (Meios processuais acessórios), Secção II (Intimação para consulta de documentos e passagem de certidões), arts. 82.º a 85.º da LPTA.

⁶² Anteriormente prevista no Capítulo VIII (Meios processuais acessórios), Secção III (Intimação para um comportamento), arts. 86.º a 91.º da LPTA.

⁶³ Anteriormente prevista no Capítulo VIII (Meios processuais acessórios), Secção IV (Produção antecipada de prova), arts. 92.º a 94.º da LPTA.

⁶⁴ Anteriormente prevista no Capítulo VIII (Meios processuais acessórios), Secção III (Execução de julgados), arts. 95.º e 96.º da LPTA.

⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa*, Lições, 12.ª Edição, Almedina.

⁶⁶ Transcrevem-se as três alíneas do art. 76.º n.º 1 da LPTA: 1 – *A suspensão da eficácia do acto recorrido é concedida pelo tribunal quando se verificarem os seguintes requisitos: a) A execução do acto cause provavelmente prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso; b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público; c) Do processo não resultem fortes indícios da ilegalidade da interposição do recurso.*

Desta forma, inúmeras eram as situações que ficavam de fora do âmbito de aplicação do processo de suspensão da eficácia de actos administrativos.

Por esta razão, denotando as fragilidades da lei processual administrativa no âmbito cautelar, os tribunais de 2.^a instância começaram, na segunda metade da década de noventa, a aplicar subsidiariamente ao processo administrativo, as providências cautelares não especificadas previstas no CPC⁶⁷, aplicável *ex vi* do art. 1.º da LPTA⁶⁸.

A este propósito importa fazer menção ao Ac. do STA de 07-03-1996, Processo n.º 39438, que aplicou no âmbito administrativo a primeira providência cautelar não especificada.

Foi também neste acórdão que o STA estabeleceu quais os requisitos de concessão das medidas cautelares: em primeiro lugar, a probabilidade séria da existência do direito alegado; em segundo lugar, o fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável a esse direito; em terceiro lugar, não exceder o prejuízo resultante da providência o dano que com ele se pretende evitar; e, em quarto lugar, a inexistência de providência cautelar específica para acautelar o mesmo direito⁶⁹. Entretanto, em 2002 ocorreu uma grande reforma no contencioso administrativo⁷⁰, levada a cabo por dois diplomas legais⁷¹: o ETAF⁷² e o CPTA⁷³.

Uma das principais marcas desta reforma diz respeito precisamente à tutela cautelar: o CPTA criou uma cláusula aberta, permitindo que seja requerida uma

⁶⁷ Neste sentido, vide FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo...* ob. cit..

⁶⁸ O art. 1.º da LPTA prescrevia: *O processo nos tribunais administrativos rege-se pelo presente diploma, pela legislação para que ele remete e, supletivamente, pelo disposto na lei de processo civil, com as necessárias adaptações.* A este propósito cf. HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada...* ob. cit..

⁶⁹ Quanto aos três primeiros requisitos indicados, iremos sobre ele debruçar-nos no capítulo III, ponto 1 da presente dissertação. No que toca ao quarto pressuposto, iremos analisá-lo a propósito das características das providências cautelares, mais concretamente da característica da subsidiariedade, no capítulo I, ponto 4.5.

⁷⁰ *Com a reforma de 2002-2004 foram atribuídos novos poderes ao juiz e alargado o âmbito de jurisdição dos Tribunais Administrativos; passando a existir uma tutela jurisdicional efectiva plena nos termos do art.2º do CPTA, nomeadamente poderes de reconhecer direitos (art.37º/2 alínea a) do CPTA), condenar a administração (art. 37º/2 alíneas c) d) e) do CPTA), e outras medidas no âmbito de processos cautelares (art.120º/3 e 124º/1 do CPTA).* - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa...* ob. cit..

⁷¹ Neste sentido, cf. SILVEIRA, Tiago V.A. da, *A reforma do contencioso administrativo*, Revista Jurídica n.º 25, Abril, 2002.

⁷² Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro. Neste sentido, cf. MARTINS, Licínio Lopes, *Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 106, Julho/Agosto 2014.

⁷³ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

qualquer medida ou medidas cautelares, antecipatórias ou conservatórias⁷⁴, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo⁷⁵.

Podem agora ser requeridas quaisquer medidas, sejam elas conservatórias ou antecipatórias⁷⁶, havendo uma total correspondência com todos os meios processuais principais existentes.

A técnica legislativa adoptada pelo CPTA⁷⁷ passou pela adopção de uma cláusula geral, tendo o n.º 2 do art. 112.º procedido a uma enumeração meramente exemplificativa, confirmada pela utilização do termo *designadamente*. Ou seja, o CPTA estabelece um procedimento comum para todas as providências concretamente requeridas.

O CPTA de 2002 estabeleceu os requisitos para a concessão das providências cautelares nos números 1 e 2 do art. 112.º. Na alínea a) do n.º 1 estabeleceu como requisito único o requisito da evidência do direito, sendo a verificação deste bastante para a concessão da providência requerida: (...) *as providências cautelares são adoptadas quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal (...)*.

Por sua vez, nas alíneas b) e c) do n.º 1 do mesmo artigo estabeleceu duas situações distintas da primeira, isto é, para a concessão da providência cautelar teriam de se verificar dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No entanto, a verificação do *fumus boni iuris* seria distinta caso a providência requerida fosse conservatória ou antecipatória, sendo mais exigente quando em causa estivesse uma medida antecipatória: para as medidas conservatórias prescrevia a alínea b) do n.º 1 do art. 112.º que *quando, estando em causa a adopção de uma providência conservatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal e não seja manifesta a falta de*

⁷⁴ Como veremos no ponto 3 do presente capítulo, a criação desta cláusula geral ou aberta ficou a dever-se ao princípio da tutela jurisdicional efectiva.

⁷⁵ O art. 112.º n.º 1 do CPTA, na sua versão primitiva e que se mantém até hoje, estipula: *Quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo.*

⁷⁶ Distinção à qual nos dedicaremos no capítulo II, ponto 1 da presente dissertação.

⁷⁷ Ao contrário da técnica legislativa adoptada pelo CPC, como veremos a propósito da característica da sumariedade no capítulo I, ponto 4.4.

fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito e, quanto às medidas antecipatórias, prescrevia a alínea c) que quando, estando em causa a adopção de uma providência antecipatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente pretende ver reconhecidos no processo principal e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente.

Por fim, fixou-se o requisito da proporcionalidade no n.º 2 do mesmo preceito legal, aplicável apenas aos casos previstos nas alíneas b) e c) - *nas situações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior, a adopção da providência ou das providências será recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências.*

Como podemos observar o CPTA na sua redacção inicial permitia a concessão de providências cautelares apenas com a verificação de um único pressuposto: a evidente procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, não exigindo a existência do *periculum in mora*, nem a proporcionalidade da providência⁷⁸.

Nas restantes situações das alíneas b) e c) o CPTA era mais exigente, apresentando como requisitos para a concessão de uma providência cautelar a verificação da aparência do direito alegado⁷⁹, a existência de um fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do requerente e, por fim, exigia que os danos que resultariam da sua concessão não fossem superiores àqueles que podiam resultar da sua recusa, sem que pudessem ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências.

⁷⁸ Como iremos ver no capítulo III, ponto 1.1 da presente dissertação, com as alterações levadas a cabo pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, deixou de existir o requisito da evidência do direito, que permitia decretar, só por si, a providência requerida. Neste sentido, *vide* Ac. do TCAN de 13-01-2017, processo n.º 00620/16.1BEAVR - *Assim, com o CPTA de 2015 deixou de existir o critério da evidente procedência da pretensão formulada no processo principal – fumus boni iuris ou fumus malus – que permitia decretar, só por si, a providência requerida, bem como a gradação do fumus boni iuris, de menos exigente a mais, consoante se pudesse qualificar a providência em causa como, respectivamente, conservatória ou antecipatória.*

⁷⁹ Embora tendo graduações distintas caso a medida concretamente requerida fosse conservatória ou antecipatória.

No entanto, o CPTA veio a sofrer transformações ao longo dos anos⁸⁰ seguintes, designadamente ao nível da exigência e da configuração dos requisitos de concessão das providências cautelares⁸¹.

A essas alterações faremos referência no Capítulo III da presente dissertação, e apresentaremos o estado actual do procedimento cautelar tanto no âmbito do actual CPTA, como também do CPC⁸².

3. Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional Efectiva

Com a epígrafe acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, prescreve o art. 20.º da CRP:

*1. A todos é assegurado o **acesso ao direito e aos tribunais** para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.*

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

*4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja **objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo**.*

*5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos **procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade**, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil⁸³ contra ameaças ou violações desses direitos.*

A CRP consagra no seu art. 20.º, em termos gerais, o direito à protecção jurídica, ou seja, o direito de acesso aos tribunais⁸⁴.

⁸⁰ Com a Rectificação n.º 17/2002, de 6 de Abril, Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, e ainda com o DL n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

⁸¹ A alteração mais significativa e que deu origem à actual redacção do art. 120.º do CPTA foi a alteração levada a cabo pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

⁸² Por razões de economia e sistematização não fizemos referência à evolução das providências cautelares no âmbito da lei processual civil. A este propósito *vide* - FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit. e FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

⁸³ Realces nossos.

Este direito apresenta várias dimensões ou vertentes garantísticas⁸⁵: num primeiro momento consagra um direito de acção⁸⁶ e de acesso aos tribunais, isto é, um direito de acesso à justiça⁸⁷; em segundo plano consagra o direito a obter uma decisão sobre a causa num prazo razoável e mediante um processo equitativo⁸⁸; por fim apresenta uma terceira vertente que consiste num direito à execução das decisões decretadas pelos tribunais, isto é, um direito a obter a tutela efectiva⁸⁹ dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Como é referido no ac. do TC n.º 1169/96, processo n.º 452/95, *para além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: (a) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; (b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; (c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; (d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do*

⁸⁴ O direito à protecção jurídica, que inicialmente se encontrava consagrado apenas no art. 6.º da CEDH, foi posteriormente acolhido pela nossa lei fundamental no seu art. 20º.

⁸⁵ Neste sentido, *vide* FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo...* ob. cit.; PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit., VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A justiça Administrativa...* ob. cit. e SERRASQUEIRO, Mafalda, *Caminhos de reforço da tutela jurisdicional efetiva em sede cautelar: procurando alternativas à intervenção da Administração através da emissão de resolução fundamentada nos processos de suspensão de eficácia do ato administrativo* – estudo resultante da adaptação do Relatório de Mestrado realizado no âmbito do Seminário de Direito.

⁸⁶ *O direito de acção configura-se como um poder do autor contra o demandado obrigatoriamente exercido sob a fiscalização e com a cooperação do Estado* - GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

⁸⁷ Justiça levada a cabo por órgãos independentes e imparciais, cujos titulares gozam de prerrogativas de inamovibilidade e irresponsabilidade pelas suas decisões.

⁸⁸ Por processo equitativo entende-se um processo dotado de prerrogativas de contraditório e de plena defesa, um processo no qual as partes disponham de igualdade de armas e iguais posições processuais. Neste sentido o processo será equitativo quando exista *um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de umas e outras* (cf. acórdãos do TC n.ºs 404/87, 86/88 e 222/90, Diário da República, II série, de, respectivamente, 21 de Dezembro de 1987, 22 de Agosto de 1988 e 17 de Setembro de 1990). Importa ainda referir que o direito a um processo equitativo se manifesta no dever de gestão processual do juiz previsto nos arts. 7.º-A do CPTA e no 6.º do CPC.

⁸⁹ *Por efectividade da jurisdição entende-se um acesso adequado aos meios necessários para a obtenção do direito material reclamado. Portanto, a efectividade do processo deve ser entendida como a aplicação do Poder Jurisdicional do Estado com o objectivo de proporcionar ao cidadão vencedor, na demanda colocada à sua apreciação, a concretização fática da sua vitória. O estado tem o dever de garantir a utilidade prática dos seus provimentos judiciais, efectivando a tutela do direito ameaçado ou lesionado, de maneira célere e sem dilações indevidas.* - AZEVEDO, Dayana Francisca, *A efectividade e utilidade da antecipação da tutela*, Dissertação de Mestrado em Processo Civil pela Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Miguel Mesquita, Porto, 2011.

órgão jurisdicional se desenvolva e efective toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal.

No fundo, o direito geral à protecção jurídica actua em três vertentes: a declarativa, a cautelar e a executiva.

Como refere Vieira de Andrade, *a tutela judicial efectiva tem de ser, porém, assegurada, na sequência da determinação constitucional, numa tripla dimensão: em primeira linha, quanto à disponibilidade de acções ou meios principais adequados, mas também no plano cautelar e executivo, quanto às providências indispensáveis para a garantia, respectivamente, da utilidade e da efectividade das sentenças*⁹⁰.

Assim, o Estado compromete-se⁹¹ a proporcionar a adequada resolução de todos os conflitos que venham a surgir na nossa sociedade, criando para isso procedimentos adequados a garantir a tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos⁹².

Na verdade, não basta que o Estado assegure a possibilidade de recurso aos tribunais para obter uma decisão jurisdicional, tornando-se imprescindível que a lei disponha dos meios processuais necessários e adequados para que essa decisão seja efectiva⁹³.

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça Administrativa...* ob. cit..

⁹¹ Esta garantia é consequência da proibição da autotutela, no sentido de não ser lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito. A actividade jurisdicional é assim uma alternativa concedida pelo Estado às formas privadas de autodefesa. – art. 1.º do CPC. Neste sentido, cf. GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, 2003.

⁹² Segundo Antunes Varela, quando o interessado actua em juízo, exerce um verdadeiro poder a que corresponde da parte do tribunal não um simples ónus ou estado de sujeição, mas sim um verdadeiro dever jurídico, emergente da Lei fundamental (art. 20.º) previsto no artigo 6.º da CEDH e concretizado no art. 2.º do CPC, como veremos *infra*. Rui Pinto realça o monopólio do Estado na dirimção de conflitos - PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit. Por sua vez, Mafalda Serrasqueiro refere-se ao princípio da tutela jurisdicional efectiva como um desiderato constitucionalmente determinado ao legislador e ao juiz. - SERRASQUEIRO, Mafalda, *Caminhos de reforço...* ob. cit..

⁹³ Como refere Tiago da Silveira, *de nada vale que a lei preveja a possibilidade de recurso contencioso de um acto administrativo se, por exemplo, os pressupostos de recorribilidade dos mesmos forem de tal forma apertados que inibam a possibilidade de recurso na grande maioria das situações em que o particular se tenha por lesado pela Administração.* – in SILVEIRA, Tiago V. A. Da, *O princípio da Tutela Jurisdicional Efectiva e as tendências cautelares não especificadas no contencioso administrativo.*

Como refere Lebre de Freitas, *não basta poder aceder aos tribunais, sendo também essencial que o acesso tenha lugar em condições que possibilitem, quer a plena realização dos direitos e interesses legítimos, quer a plena defesa dos cidadãos*⁹⁴.

Esta necessidade de o Estado criar todas as condições necessárias e adequadas para que se obtenha uma decisão jurisdicional efectiva resulta do Princípio da Tutela Jurisdicional Efectiva⁹⁵.

Este princípio, que se encontra consagrado no art. 20.º da CRP, foi transposto para a jurisdição administrativa por via dos arts. 268.º n.º 4 e 5 da CRP e 2.º do CPTA, consagrando um direito à tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos perante a Administração Pública⁹⁶, e para a jurisdição civil pelo art. 2.º do CPC.

Neste enquadramento o procedimento cautelar surge e adquire o seu vasto campo de aplicação, constituindo uma vertente fundamental da concretização e realização do direito à tutela jurisdicional efectiva, pois sem a sua existência o direito poderia tornar-se desprovido de efeitos práticos.

Neste sentido, a tutela cautelar é uma vertente primordial do princípio da tutela jurisdicional efectiva, na medida em que confere efectividade às duas outras vertentes: a declarativa e a executiva.

Importa destacar algumas manifestações e consequências do princípio da tutela jurisdicional efectiva no procedimento cautelar.

Em primeiro lugar, a consagração pelo legislador de providências cautelares conservatórias e antecipatórias⁹⁷ constitui uma exigência do princípio da tutela jurisdicional efectiva, na medida em que, desta forma, pode ser adoptada uma medida cautelar adequada a cada uma das pretensões dos interessados.

Como refere Maria Fernanda Maçãs, a consagração desta cláusula geral, segundo a qual podem ser adoptados quaisquer tipos de providências, sejam elas meramente conservatórias ou antecipatórias, *foi a melhor forma de alargar o âmbito de*

⁹⁴ FREITAS, José Lebre de, *As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa – Acórdão do TCA de 31.05.2001, processo n.º 5494*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 33 Maio/Junho 2002.

⁹⁵ Rui Pinto refere que o direito à tutela jurisdicional constitui um direito análogo aos direitos fundamentais, comportando uma dupla dimensão: subjectiva e objectiva. Para mais desenvolvimento *vide* - PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit..

⁹⁶ Neste sentido, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..

⁹⁷ Distinção à qual nos dedicaremos no capítulo II, ponto 1.

*admissão da protecção cautelar dos administrados e de satisfazer as exigências constitucionais e legais do direito à tutela judicial efectiva*⁹⁸.

Outra manifestação do princípio em análise refere-se ao facto de o tribunal não se encontrar adstrito à providência concretamente requerida, podendo decretar medida em substituição ou em cumulação com a requerida⁹⁹ quando esta se revele adequada a evitar o perigo ao qual o direito alegado se encontra exposto e quando seja menos ingerente na esfera jurídica do requerido.

No âmbito do processo administrativo, Maria Fernanda Maçãs¹⁰⁰ refere ainda a circunstância de não existirem quaisquer limitações quanto ao momento para o interessado requerer uma medida cautelar, podendo fazê-lo em qualquer fase do processo. A autora associa tal facto ao princípio *pro actione*, previsto no art. 7.º do CPTA, sendo este princípio um corolário do direito à tutela jurisdicional efectiva.

Por fim, no plano processual da tutela cautelar, é o princípio da tutela jurisdicional efectiva que justifica a simplificação, abreviação, urgência e celeridade do procedimento¹⁰¹, bem como a sumariedade no procedimento e na cognição¹⁰² da questão.

Concluindo, a tutela cautelar constitui uma dimensão jurisdicional inelutável e imprescindível para a verdadeira concretização do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva, pois sem aquela não seria possível proporcionar a todos uma tutela efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

⁹⁸ MAÇÃS, Maria Fernanda, Procuradora-Geral Adjunta no Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, *As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Separata da Revista do Ministério Público n.º 100, Lisboa, 2004.

⁹⁹ Tal possibilidade encontra-se prevista nos arts. 120.º n.º 2 do CPTA e 376.º n.º 3 do CPC e será devidamente analisada no capítulo III, ponto 1.3, a propósito do requisito de concessão das providências cautelares denominado princípio da proporcionalidade.

¹⁰⁰ MAÇÃS, Maria Fernanda, Procuradora-Geral Adjunta no Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, *As formas de tutela urgente...* ob. cit..

¹⁰¹ Características que iremos analisar no ponto 4.6 do presente capítulo.

¹⁰² Característica que iremos analisar no ponto 4.4 do presente capítulo.

4. Características das Providências Cautelares – Análise Crítica

4.1. Instrumentalidade

Uma das principais características das providências cautelares é a sua instrumentalidade face ao processo principal.

Piero Calamandrei referia que as providências cautelares são um *instrumento do instrumento*, na medida em que as providências cautelares são instrumento da acção principal e esta, por sua vez, instrumento do direito material e substantivo¹⁰³.

Marco Carvalho Gonçalves caracteriza a instrumentalidade das providências cautelares considerando dois limites de fundo que lhes são impostos: por um lado, o facto de não se poder obter através do procedimento cautelar mais do que aquilo que se poderia obter através da acção principal¹⁰⁴; e, por outro lado, o facto de o tribunal não poder decretar providências cautelares cujos efeitos se tornem irreversíveis, esvaziando o conteúdo da acção principal¹⁰⁵.

Os dois limites referidos fixam, assim, o âmbito da tutela cautelar, não podendo o âmbito desta exceder o âmbito da acção principal do qual ela é instrumental.

A instrumentalidade do procedimento cautelar face ao processo principal manifesta-se, no âmbito da lei processual administrativa, através da legitimidade, na medida em que apenas pode requerer uma providência cautelar quem puder (tiver legitimidade para) propor a acção principal¹⁰⁶; através da fixação do tribunal

¹⁰³ CALAMANDREI Piero, *Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1984. Neste sentido, João Cura Mariano acrescenta: têm uma *função meramente instrumental que as distingue das providências definitivas (...) não a instrumentalidade que qualquer processo reveste perante o direito substantivo (...), mas uma instrumentalidade relativa a essa tutela de cariz definitivo*. - MARIANO, João Cura, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, 2ª edição – revista e aumentada, Editora Almedina, Outubro, 2006.

¹⁰⁴ *O requerente não pode obter no processo cautelar mais do que pode obter no processo principal, dada a instrumentalidade daquele em relação a este, pelo que não poderá obter a título cautelar a manutenção no serviço de investigação criminal, do que resulta não ser facto consumado que se possa evitar pela decisão cautelar o afastamento daquele serviço e a perda do complemento remuneratório que lhe corresponde, sendo, de resto, a diferença remuneratória pela perda desse complemento, no valor mensal de 75,44 euros, facilmente indemnizável*. Neste sentido, Ac. do TCAN de 01-07-2016, processo nº 00130/16.7BEBRG.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, 2.ª edição, Almedina, 2016.

¹⁰⁶ Art. 112.º n.º 1, 1ª parte do CPTA.

competente, pois *os pedidos dirigidos à adopção de providências cautelares são julgados pelo tribunal competente para decidir a causa principal*¹⁰⁷; através do despacho liminar, na medida em que um dos fundamentos de rejeição do requerimento cautelar é a falta de indicação da acção de que o processo depende ou irá depender¹⁰⁸; e ainda através do regime da caducidade¹⁰⁹, na medida em que a manutenção da providência cautelar depende da propositura atempada da acção principal, do seu prosseguimento e ainda do facto de a providência cautelar não se manter se o resultado definitivo da acção principal for a absolvição do pedido ou da instância¹¹⁰.

Para além das referidas manifestações, a instrumentalidade das providências cautelares é bem patente no n.º 1 do art. 113.º do CPTA, onde se lê: *o processo cautelar depende da causa que tem por objecto a decisão sobre o mérito*¹¹¹.

Rita Lynce de Faria qualifica a instrumentalidade como *dupla e hipotética*: a instrumentalidade é dupla *porquanto se verifica em dois graus: a tutela cautelar é instrumental relativamente à tutela principal e este é instrumental em face do direito substantivo, o que permite afirmar que a primeira é imediatamente instrumental em relação à segunda e mediatamente instrumental perante o terceiro*; a instrumentalidade é hipotética dado que *a função de garantia da tutela cautelar é exercida no pressuposto de que a decisão da acção principal venha a ser favorável ao requerente do procedimento cautelar. Para este efeito, o juiz cautelar tem de avaliar, em termos sumários, a probabilidade de o requerente vencer a acção principal e, apenas em caso afirmativo, deverá decidir pela atribuição da providência cautelar requerida*¹¹².

Concordamos com João Cura Mariano quando refere que a adopção das providências cautelares não se baseia *em mera pressuposição obtida através de um juízo hipotético, mas sim num juízo de probabilidade*¹¹³.

¹⁰⁷ Art. 20.º n.º 6 do CPTA.

¹⁰⁸ Arts. 116.º n.º 2 alínea a) e 114.º n.º 3 alínea e) do CPTA. A referida manifestação apenas ocorre no âmbito do processo administrativo.

¹⁰⁹ Art. 123.º do CPTA.

¹¹⁰ Salvo se o requerente propuser nova acção a tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior.

¹¹¹ ALMEIDA, Mário Aroso, *Manual de Processo Administrativo*, 3ª Edição, Almedina, 2017.

¹¹² FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

¹¹³ MARIANO, João Cura, *A providência...* ob. cit.. Este juízo de probabilidade traduz-se no *fumus boni iuris* – pressuposto de concessão das providências cautelares que iremos analisar mais à frente no Capítulo III, ponto 1.1.

O referido autor defende que seria mais correcto designar a instrumentalidade como *presuntiva*¹¹⁴, porque baseada numa aparência, ao invés de a designar de *hipotética*.

Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto referem-se a uma *instrumentalidade de segundo grau*¹¹⁵.

Não obstante, e sem prejuízo de identificarmos a instrumentalidade como uma característica das providências cautelares face ao processo principal, há doutrina que defende o reconhecimento às providências cautelares de uma certa autonomia¹¹⁶.

Fundamentam a autonomia das providências cautelares no facto de o procedimento cautelar poder ser instaurado ao mesmo tempo, previamente ou mesmo após ter sido iniciado o processo principal¹¹⁷ e ainda no facto de, nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final do processo cautelar, terem qualquer efeito no processo principal¹¹⁸.

Carla Amado Gomes refere-se ao procedimento cautelar como um meio processual acessório, na medida em que se traduz numa composição provisória de interesses até que seja proferida a decisão final, dependendo assim da existência de outro meio ao qual se encontra instrumentalizado. No entanto, identifica na *medida cautelar um ciclo vital próprio, que se traduz na gestão provisória dos interesses dos protagonistas da relação material controvertida*¹¹⁹.

Nesta senda, importa realçar a inovação a que assistimos com a introdução do instituto da inversão do contencioso e consequente dispensa do ónus de propositura da

¹¹⁴ Enrico Dinni e Giovanni Mammone, em “ I provvedimenti d’ urgenza nell diritto processuale civile e nell diritto del lavoro”, adoptam esta terminologia.

¹¹⁵ In *Código de Processo Civil Anotado*, 2º Volume, Arts. 381.º a 675.º, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

¹¹⁶ Dayana Francisca Azevedo considera a autonomia como uma característica autónoma das providências cautelares in *A efectividade...* ob. cit., argumentando: *As providências cautelares, apesar de serem acessórias, também são autónomas, pois possuem dupla face. Deste modo, forma-se uma nova relação processual, a qual exige outra citação do réu e um procedimento próprio, com peculiaridades que o diferenciam de outros processos. Assim sendo, o processo cautelar deve ser julgado por sentença distinta da proferida no processo principal.*

¹¹⁷ Art. 114.º n.º 1 alíneas a), b) e c) e art. 113.º n.º 2, parte final, ambos do CPTA e n.º 2 e n.º 3 do art. 364.º do CPC.

¹¹⁸ Art 364.º n.º 4 do CPC. Apesar de o CPTA não reproduzir o referido preceito, cremos que este princípio também vale no âmbito administrativo, pelo de facto de ser inerente à própria condição do processo cautelar.

¹¹⁹ GOMES, Carla Amado, *À espera de Ulisses – Breve análise da Secção I do Capítulo VI do Anteprojecto de Código dos Tribunais Administrativos/ II (As medidas cautelares)*, Separata da revista do Ministério Público n.º 84, Editora Minerva, 2000.

acção principal pelo requerente da providência no sistema processual civil português (art. 369.º do CPC).

Com a inversão do contencioso pode o juiz cautelar dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal quando a matéria adquirida no procedimento lhe permita formar convicção segura acerca da existência do direito e a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

No âmbito do CPTA o mesmo ocorre com a convolação do processo cautelar em processo principal prevista no seu art. 121.º. Existindo processo principal já instaurado, quando o juiz cautelar verificar que foram trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito e a simplicidade do caso ou a urgência na resolução definitiva o justifique, poderá antecipar o juízo sobre a causa principal, proferindo decisão que constituirá a decisão final desse processo.

Desta forma, situações existem em que a tutela cautelar perde a sua característica de instrumentalidade¹²⁰, *tornando-se autónoma e definitiva, e passando a ser concebida, ao arrepio dos meios de que foi dotada e do fim para que foi concebida, como uma tutela alternativa à tutela principal*¹²¹.

Podemos, deste modo, afirmar que a instrumentalidade que caracteriza as medidas ou providências cautelares, e que se traduz na função de garantia do efeito da futura decisão principal, nem sempre se verifica.

Esta relação de meio-fim, relação de complementariedade entre a medida cautelar e a acção principal nem sempre existe, havendo situações em que as medidas cautelares ganham autonomia, independência, tornando-se decisões definitivas.

Neste sentido podemos concluir, tal como afirma Rui Pinto: *a tutela cautelar não é intrinsecamente instrumental*¹²². Já vimos que existirão situações em que apenas

¹²⁰ Rita Lynce de Faria in *A função instrumental...* ob. cit., identifica outras situações em que a providência cautelar perde a sua característica de instrumentalidade e se torna autónoma e definitiva: *em primeiro lugar, sempre que, após ter sido decretada a providência cautelar ante causam, não seja posteriormente intentada a competente acção principal, nem a acção judicial destinada à cessação da produção de efeitos por aquela; em segundo lugar, mesmo quando o ónus da proposição tenha sido observado, pode suceder que a irreversibilidade da situação criada pela providência cautelar venha a prejudicar a sua substituição por uma eventual providência definitiva em sentido contrário.*

¹²¹ FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

¹²² PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit..

existe tutela cautelar, sem existir tutela principal. *Em face destes dados, é imperioso concluir que a instrumentalidade formal não é essencial à tutela cautelar*¹²³.

Do anteriormente exposto podemos também concluir que nem sempre as medidas cautelares constituem decisões provisórias.

Nas situações em que não exista acção principal e, dessa forma, a tutela cautelar substitua a acção principal, a medida concretamente decretada tornar-se-á definitiva.

Nesta senda, tornando-se a medida cautelar numa medida definitiva e final, seremos levados a concluir que, por vezes, estamos perante uma verdadeira acção e não apenas perante um mero procedimento.

Do mesmo modo, não existindo acção principal e, conseqüentemente, não existindo decisão final para salvaguardar, teremos também de questionar se a função das providências cautelares constitui a salvaguarda do efeito útil da acção principal, como anteriormente afirmámos.

Neste sentido, seríamos levados a concluir que a função das providências cautelares se traduz na resolução dos litígios colocados ao tribunal. Isto é, seríamos levados a concluir que as medidas cautelares nem sempre constituem um meio, mas por vezes um fim em si mesmas.

Como afirma Rui Pinto, *o fundamento da tutela cautelar é material e ela não constitui um remédio para a efectividade do processo civil. A sua eficácia reporta-se ao direito substantivo e não processual*¹²⁴.

4.2. Dependência

Tradicionalmente identificada como uma característica das providências cautelares, consequência da característica da instrumentalidade, a dependência traduz-se no facto de o procedimento cautelar apenas poder ser instaurado quando a respectiva acção principal já se encontrar pendente ou quando estiver na iminência de ser instaurada.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem.*

Caso contrário, isto é, na falta de existência da acção principal, a medida cautelar caducará e consequentemente será decretada a extinção do procedimento cautelar¹²⁵.

Ademais, a dependência também se repercute no objecto da providência cautelar, que será conjugado com o objecto da acção principal, embora não tenha de existir total identidade entre ambos¹²⁶.

Desta forma, a providência cautelar encontra-se dependente de uma outra acção que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurada como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva. É o que prescrevem os arts. 113.º n.º 1 do CPTA e 364.º do CPC.

O seu nascimento, a sua vida e a sua morte estão dependentes do processo do qual são dependentes, porque é nele que encontra a sua razão de existência, reflectindo-se nelas as vicissitudes da tutela a encontrar no processo-mãe. A vida da providência está dependente da vida do processo principal, pelo que o cordão que une os dois processos é umbilical¹²⁷.

A dependência manifesta-se na fixação do tribunal competente¹²⁸, na apensação do processo cautelar ao processo principal¹²⁹, no pedido a formular e ainda no conteúdo e efeitos da medida cautelar.

Lucinda Dias da Silva fala-nos de uma dependência mútua, isto é, dependência do processo principal relativamente ao processo cautelar e dependência do processo cautelar relativamente ao processo principal¹³⁰.

No que toca à dependência do processo principal relativamente ao processo cautelar, a autora refere que tendo em conta que o processo cautelar visa assegurar o efeito útil do processo principal, *este vê a projecção prática do seu efeito imediato tornar-se dependente dos efeitos úteis decorrentes do processo cautelar. Daqui decorre que o processo principal depende do processo cautelar no que respeita à sua eficácia.*

¹²⁵ Neste sentido, *vide* os arts. 123.º do CPTA e 373.º do CPC.

¹²⁶ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

¹²⁷ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

¹²⁸ Arts. 20.º n.º 6 e 114.º n.º 2 do CPTA e 364.º n.º 2 e 3 do CPC.

¹²⁹ Arts. 113.º n.º 2 e 3 do CPTA e 364.º n.º 2 e 3 do CPC.

¹³⁰ SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum - Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, 2009.

No entanto, refere tratar-se de uma *dependência eventual e concreta, dado que pressupõe que o decurso do tempo necessário à produção de efeito útil por um determinado processo principal represente perigo para a repercussão prática desse efeito. A dependência em causa só se gerará, nesta medida, caso exista um periculum in mora.*

Relativamente à dependência do processo cautelar face ao processo principal, a autora refere que o motivo justificador da existência do processo cautelar depende da existência de uma situação de crise no processo principal e, dessa forma, *a dependência do processo cautelar relativamente ao processo principal releva, portanto, ao nível da justificação da sua existência.*

Como vimos, em regra as providências cautelares constituem medidas instrumentais, provisórias¹³¹ e dependentes de uma acção principal na qual se procede à composição definitiva do litígio.

Sucedem que nos dias de hoje assistimos a inúmeras situações em que, na prática, muitas das providências cautelares decretadas se transformam em tutela definitiva, isto é, na composição definitiva do litígio.

As referidas situações podem ocorrer por vários motivos: porque o requerente da providência cautelar não tem qualquer interesse na propositura da acção principal¹³²; porque a simples execução da medida cautelar satisfaz e cumpriu todos os objectivos do requerente¹³³; porque o requerente acabou por ver reconhecidos os seus direitos extrajudicialmente, mediante transacção com o requerido, por exemplo; ou porque do processo cautelar constam já todos os elementos necessários para a decisão definitiva, e o juiz considera que já se encontra em condições de formar uma convicção segura

¹³¹ A característica da provisoriedade será desenvolvida no ponto 4.3. do presente capítulo.

¹³² João Cura Mariano exemplifica: *a proibição de realização de um espectáculo irrepetível, a transmissão televisiva, em directo, de um determinado desafio de futebol, ou a participação de um filme num festival de cinema, não sendo necessária qualquer acção posterior para protecção definitiva do respectivo direito.* No entanto, e como iremos referir a propósito da distinção entre processos urgentes e processos cautelares, cremos que a tutela cautelar não é o meio adequado a tutelar as situações descritas pelo autor. - MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

¹³³ Marco Carvalho Gonçalves exemplifica algumas destas situações: como a proibição de realização de um evento cultural ou recreativo e de publicação de um determinado número de um jornal ou de lançamento de um livro. – in *Providências Cautelares...* ob. cit.. Como iremos referir a propósito da distinção entre processos urgentes e processos cautelares, cremos que a tutela cautelar não é o meio adequado a tutelar as situações descritas.

acerca da existência do direito acautelado, decretando assim a inversão do contencioso¹³⁴.

Ora, em todos estes casos, a existência da acção principal revela-se inútil e desnecessária. Inútil na medida em que se traduziria numa repetição de factos e de direito¹³⁵, numa pura repetição do procedimento cautelar, e desnecessária pois a própria medida cautelar decretada revelou-se suficiente para realizar o direito do requerente.

Perante tal circunstancialismo *o legislador começou, progressivamente, a colocar em crise o dogma da dependência da providência cautelar em relação a uma acção principal, prevendo, em certos casos, a possibilidade de antecipação do conhecimento da causa principal no próprio procedimento cautelar através de providências cautelares auto-suficientes*¹³⁶.

Tal possibilidade encontra-se consagrada no artigo 369.º do CPC, o qual prescreve: *mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.*

No entanto, Lebre de Freitas e Isabel Alexandre referem que *invertido o contencioso e proposta a acção principal pelo requerido, desta continua o procedimento cautelar a ser dependente. Só quando o contencioso é invertido e o requerido não propõe a acção de que tem o ónus é que cessa a dependência do procedimento cautelar e a decisão nele proferida ganha autonomia*¹³⁷.

No âmbito do processo administrativo existe a possibilidade de convoção do processo cautelar em processo principal, prevista no art. 121.º do CPTA. No entanto, a

¹³⁴ Art. 369.º do CPC. Com esta figura quebrou-se o princípio que vigorou nos Códigos de Processo anteriores *segundo o qual estes (os procedimentos cautelares) são - sempre e necessariamente - dependência de uma causa principal, obrigatoriamente proposta pelo requerente com vista a evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício.* – REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso*, Revista Julgar, n.º 16, Jan.-Abr. 2012.

¹³⁵ Exceptuando a alegação e prova do *periculum in mora*, como veremos no capítulo III, ponto 1.2.

¹³⁶ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

¹³⁷ FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

convolação apenas ocorre quando exista processo principal já intentado, pelo que a característica da dependência permanece.

Desta forma, a característica da dependência do processo cautelar perante o processo principal fica assim reduzida aos casos em que o requerente instaure a acção principal.

Nos restantes casos, estaremos perante providências cautelares *auto-suficientes*.

4.3. Provisoriedade

Como vimos anteriormente, a propósito da característica da instrumentalidade entre a medida cautelar e o processo principal, existem dois limites que não deverão ser ultrapassados: por um lado, não pode ser atribuído através da medida cautelar mais do que é permitido através da tutela principal e, por outro, não pode a medida cautelar esvaziar o conteúdo da acção principal.

No entanto, os referidos limites não impedem que a medida cautelar conceda, antecipadamente¹³⁸ e a título provisório, os mesmos efeitos que a sentença final da acção principal venha a conceder a título definitivo.

A provisoriedade é assim outra das marcas caracterizadoras das medidas ou providências cautelares, encontrando-se intimamente associada à instrumentalidade.

Provisoriedade significa que *a existência da providência cautelar é precária, porquanto esta não se destina a regular definitivamente as relações jurídico-substantivas. Está destinada a ser substituída, mais tarde ou mais cedo, por uma outra providência que resulta da acção principal*¹³⁹.

Neste sentido, não podemos confundir temporalidade com provisoriedade: temporalidade significa algo que tem uma duração limitada no tempo, independentemente de lhe sobrevir outro evento, isto é, tem um tempo certo de duração, e findo esse período não será substituído por nenhum outro evento; por sua vez,

¹³⁸ *A decisão cautelar, mesmo que seja antecipatória, sempre será, pela sua função, provisória relativamente à decisão principal, na medida em que não a pode substituir e em que caduca necessariamente com a execução desta.* - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça administrativa...* ob. cit..

¹³⁹ FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

provisoriamente é algo com um tempo certo de duração mas que irá ser substituído por algo definitivo, ou seja, findo o período de duração ocorrerá um evento sucessivo, neste caso a emanção da providência definitiva que será a causa de extinção da medida cautelar. Provisório é o que está destinado a durar até ao tempo em que lhe sobrevenha um evento sucessivo¹⁴⁰.

Existe assim uma coincidência entre o fim da produção de efeitos da medida cautelar/provisória e o início da produção de efeitos da medida definitiva. A provisoriedade das medidas cautelares manifesta-se através do seu regime de caducidade, previsto nos arts. 123.º do CPTA e 373.º do CPC: se o requerente não fizer uso, no respectivo prazo¹⁴¹, do meio contencioso adequado à tutela dos interesses, isto é, se não propuser a acção da qual a providência depende, se o processo estiver parado por um certo período de tempo por negligência do requerente, se a acção principal for julgada improcedente ou se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior, a medida cautelar decretada caduca.

Da mesma forma, nas situações em que a acção principal é julgada procedente a medida cautelar também se extingue, sendo substituída pela decisão definitiva proferida na acção principal. *Contudo, quando a providência se destinou a assegurar a conservação dos meios necessários à execução dessa decisão ou antecipou os seus efeitos, a mesma só se extinguirá quando se concretizarem os ditames dessa decisão*¹⁴².

A provisoriedade que caracteriza as medidas cautelares delimita, desta forma, a sua eficácia. Estas apresentam um termo final, isto é, sabemos que a providência

¹⁴⁰ Para uma melhor compreensão da diferença entre os conceitos de temporário e provisório, podemos valer-nos de um exemplo apresentado por COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, *Medidas Preventivas*, 1966, Sugestões Literárias, São Paulo: os andaimes são temporários, mas não são provisórios. Eles são utilizados até que o trabalho exterior da construção de um prédio esteja terminado. São, porém, definitivos no sentido de que nada virá substituí-los. Por sua vez, uma barraca desempenha uma função provisória, na medida em que será substituída pela habitação definitiva. O *provisório é sempre trocado pelo definitivo*.

¹⁴¹ O prazo para propor a acção principal é distinto na lei processual administrativa e na lei processual civil – sendo que no CPTA o prazo estabelecido é o prazo que se encontra previsto para cada uma das acções principais, isto é, o prazo será o que se encontra prescrito no respectivo meio contencioso; por sua vez, o CPC estabelece um prazo de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado. Neste sentido, *vide* os arts. 123.º n.º 1 alínea a) do CPTA e 373.º n.º 1 alínea a) do CPC.

¹⁴² MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

cessará, apenas não sabemos quando. Trata-se de um termo final incerto, de uma duração incerta – como refere Calamandrei¹⁴³ - *dies certus an, incertus quando*¹⁴⁴.

Nesta senda, João Cura Mariano fala-nos de *providências a termo incerto*¹⁴⁵.

Isabel Celeste Fonseca identifica na provisoriedade duas dimensões: uma dimensão temporal, isto é, *uma extensão no tempo limitada e que pode ser até inferior à do processo principal, por força de caducidade ou de revisão, mas não a poderá exceder* e uma dimensão funcional, que *impede a decisão provisória de prejudicar a autonomia do julgador no momento da composição final da lide*¹⁴⁶.

Em sentido contrário Ovídio Baptista defende que *a tutela cautelar constitui-se e dura enquanto durar a situação perigosa, isto é, a sua provisoriedade mede-se pelo tempo do perigo de dano e não pelo tempo da acção principal*¹⁴⁷.

Defende assim este autor que a temporalidade da tutela cautelar deve durar enquanto se mantiver a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado e não deverá ficar condicionada ao tempo e período da prolação da sentença final, contrariando Piero Calamandrei, quando este defende que estamos perante uma tutela preordenada à protecção do processo principal definitivo e que deveria ter sua duração condicionada à prolação da sentença principal.

No âmbito de um procedimento cautelar são decretadas medidas provisórias por natureza, vindo posteriormente a ser substituídas por outras medidas de carácter definitivo, devendo aquelas, precisamente por serem provisórias, ser reversíveis.

Ocorrendo uma antecipação dos efeitos a título provisório será necessário assegurar que as medidas decretadas possam vir a caducar caso o juiz da acção principal julgue a pretensão do requerente improcedente¹⁴⁸.

¹⁴³ CALAMANDREI Piero, *Providencias Cautelares...* ob. cit..

¹⁴⁴ Expressão latina que significa: dia certo e incerto quando.

¹⁴⁵ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

¹⁴⁶ FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo...* ob. cit..

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista, *Do processo cautelar*, 2ª edição, Editora forense, Rio de Janeiro, 1999.

¹⁴⁸ Sofia Henriques chama a atenção para os casos em que a concessão de determinadas medidas cautelares possam causar efeitos irreversíveis, alertando que nessas situações se deverá recorrer à tutela final urgente, isto é, aos processos urgentes e não aos processos cautelares. Nesse sentido exemplifica: *casos de concessão de licença para demolir um imóvel ou por exemplo para realizar uma manifestação. Nestes casos, a tutela cautelar transforma a sentença final do processo principal inútil, pelo que se torna necessário obter, com carácter de urgência, uma decisão sobre o mérito da questão colocada no processo principal. Tal decisão já não pertence, porém, ao domínio da tutela cautelar mas ao domínio da tutela final urgente.* – HENRIQUES, Sofia, *A Tutela Cautelar Não Especificada...* ob. cit..

Desta forma, exige-se que com o decretamento da providência cautelar não se crie uma situação fáctica definitiva e irreversível.

Concluindo, as providências cautelares deverão ser provisórias não apenas no plano normativo, mas também no plano dos factos, de forma a não causar danos irreversíveis e irreparáveis caso a sentença final conclua pela inexistência do direito alegado pelo requerente¹⁴⁹.

Neste sentido, deveremos considerar as características de instrumentalidade e provisoriedade como *limites internos ao exercício do poder cautelar do juiz administrativo*¹⁵⁰.

A par da provisoriedade, há doutrina que identifica nas providências cautelares a característica de instabilidade.

Instabilidade decorrente da possibilidade da sua modificação, alteração ou revogação com fundamento na alteração dos pressupostos de facto e de direito inicialmente existentes¹⁵¹. Esta possibilidade de alterar ou revogar a decisão de adoptar ou recusar a adopção de providências cautelares evidencia que estamos perante uma decisão provisória, que não forma caso julgado material, atendendo ao grau de certeza em que se funda a decisão, na medida em que é uma decisão tomada com base num juízo de probabilidade e verosimilhança¹⁵² e utilizando uma cognição sumária, como veremos *infra*.

Desta forma, provisoriedade não significa o mesmo que instabilidade.

Miguel Teixeira de Sousa considera que a provisoriedade de qualquer providência cautelar resulta de duas circunstâncias: a primeira circunstância está relacionada com o facto de a tutela obtida na acção principal e a tutela obtida através do decretamento da providência serem qualitativamente distintas, atendendo aos pressupostos específicos de cada uma destas acções, nomeadamente ao grau de prova exigível quanto à existência do direito em causa; a outra circunstância está relacionada com o facto de a composição provisória fornecida pelas providências cautelares se

¹⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista, *Do processo cautelar...* ob. cit..

¹⁵⁰ HENRIQUES, Sofia, *A Tutela Cautelar Não Especificada...* ob. cit..

¹⁵¹ Art. 124.º do CPTA.

¹⁵² O *fumus boni iuris*, requisito de decretamento das providências cautelares ao qual nos dedicaremos no capítulo III, ponto 1.1 da presente dissertação.

destinar a ser substituída por aquela que vier a resultar da acção principal da qual depende¹⁵³.

Neste contexto dispõe o art. 364.º n.º 4 do CPC que *nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal.*

Urge que ao julgamento ligeiro e sumário se substitua um julgamento profundo e ponderado, que dê garantias de actuação do direito objectivo; urge que a relação litigiosa seja submetida a exame consciencioso, demorado, reflectindo a fim de que o réu seja libertado do peso que se lhe impôs, se a análise amadurecida da relação jurídica revelar que o autor não tem razão¹⁵⁴.

No entanto, tal como referimos *supra* a propósito da instrumentalidade e dependência das providências cautelares, também aqui, no que toca à provisoriedade fazemos o mesmo reparo: a característica da provisoriedade nem sempre acompanha a medida cautelar, podendo esta tornar-se definitiva quando o tribunal decreta a inversão do contencioso¹⁵⁵ ou convole o processo cautelar em processo principal¹⁵⁶.

Desta forma, a medida cautelar substitui a decisão final e transforma-se em decisão final e definitiva.

4.4. Sumariedade

Característica inabalável das providências cautelares é a sua sumariedade.

Sumariedade significa abreviar, sintetizar, encurtar e tornar sucinto.

No âmbito das providências cautelares a sumariedade é visível a dois níveis: no procedimento e na apreciação ou cognição¹⁵⁷.

¹⁵³ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex-Edições Jurídicas, Abril de 1997.

¹⁵⁴ REIS, José Alberto dos, *Código de processo civil anotado*, Volume 1, 3.ª edição - reimpressão, 2012.

¹⁵⁵ Art. 369.º do CPC.

¹⁵⁶ Art. 121.º do CPC.

¹⁵⁷ Neste sentido, Rita Lynce de Faria fala-nos em *sumariedade meramente formal*, no primeiro caso e no segundo, de *sumariedade material*. – in FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

No que toca ao procedimento, a sumariedade traduz-se num abreviar dos trâmites processuais, na estipulação de prazos menores para a prática dos actos a praticar, na supressão de algumas fases processuais e, conseqüentemente, numa simplificação da marcha do processo. A marcha do processo é mais simples e mais curta do que no processo principal, estando apenas prevista a existência de dois articulados: o requerimento cautelar¹⁵⁸ e a oposição¹⁵⁹.

O procedimento inicia-se pela apresentação do requerimento cautelar¹⁶⁰, de seguida o processo é distribuído para despacho liminar¹⁶¹ no qual o juiz decidirá se ouve o requerido¹⁶², de seguida o contraditório do requerido quando a ele haja lugar¹⁶³, depois segue-se a produção de prova¹⁶⁴, a audiência final¹⁶⁵ e, por fim, a decisão¹⁶⁶. No caso de não ser facultado o contraditório ao requerido antes do decretamento da medida cautelar, produzem-se as provas, profere-se a decisão e se a decisão for de deferimento segue-se a citação do requerido para se opor ou recorrer¹⁶⁷.

¹⁵⁸ Art. 114.º do CPTA e art. 365.º n.º 1 do CPC.

¹⁵⁹ Art. 117.º n.º 1 do CPTA e art. 366.º do CPC.

¹⁶⁰ Arts. 114.º do CPTA e 365.º n.º 1 do CPC.

¹⁶¹ Arts. 116.º do CPTA e 590.º do CPC.

¹⁶² Art. 226.º n.º 4 alínea b) do CPC.

¹⁶³ Importa aqui referir que o tribunal nem sempre ouve o requerido. Quando a sua audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência, o tribunal decreta a providência sem o contraditório do requerido e só após a sua realização é que ele é notificado da decisão que a ordenou, nos termos disposto no n.º 6 do artigo 366.º. Esta possibilidade de decretamento de uma providência cautelar sem a audição do requerido designa-se de *providência inaudita parte*. O art. 366.º do CPC é aplicável no âmbito processual administrativo ex vi do art. 1.º do CPTA.

¹⁶⁴ Art. 367.º n.º 1 do CPC e 118.º do CPTA. No que se refere à prova admitida no âmbito de um procedimento cautelar, importa realçar algumas nuances nas quais é manifesta a característica da sumariedade: nos procedimentos cautelares não é admitida a prova pericial (n.º 3) e requerente e requerido não podem oferecer mais do que cinco testemunhas (n.º 4), no requerimento e na oposição, respectivamente. Ademais, pode o juiz recusar meios de prova requeridos pelas partes, mediante despacho fundamentado, quando considere assentes ou irrelevantes os factos sobre os quais eles recaem ou quando entenda que os mesmos são manifestamente dilatatórios (n.º 5). É também importante realçar que no âmbito cautelar as testemunhas não são notificadas pelo tribunal, tendo se ser apresentadas pelas partes no dia e no local designados para a sua inquirição (n.º 6). No entanto e como refere Pedro Rogério Valadas, *estas limitações ao nível da produção da prova são contrabalançadas pelo menor grau de convicção exigido por parte do julgador*. – in VALADAS, Pedro Rogério Costa, *Considerações sobre a tutela cautelar no contencioso administrativo*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

¹⁶⁵ Art. 367.º do CPC e 119.º do CPTA. Importa referir que, nos casos em que haja lugar à produção de prova, haverá audiência final nos termos conjugados dos arts. 118.º e 91.º n.º 1 do CPTA.

¹⁶⁶ Art. 295.º, subsidiariamente aplicável aos procedimentos cautelares pelo art. 365.º n.º 3, ambos do CPC.

¹⁶⁷ Art. 372.º do CPC e 147.º do CPTA.

No que se refere à apreciação e cognição¹⁶⁸ levada a cabo pelo juiz cautelar, esta basta-se com uma apreciação superficial e perfunctória, pelo que se trata de uma cognição sumária.

Perante a prova apresentada pelas partes¹⁶⁹, o juiz fará apenas uma análise tendo em conta um juízo de verosimilhança¹⁷⁰ e probabilidade, analisando apenas a probabilidade da existência do direito invocado pelo requerente¹⁷¹.

Desta forma, ao invés do que ocorre na acção principal, o juiz cautelar não conhece aprofundadamente e de uma forma plena da situação que é colocada à sua apreciação, não devendo ultrapassar os limites de cognição que lhe são impostos pela tutela cautelar¹⁷².

O conhecimento sumário e superficial que é levado a cabo no procedimento cautelar traduz-se na *summaria cognitio*, bastando-se esta com a mera aparência do direito, ao contrário do que ocorre na acção principal em que há lugar à cognição plena na qual se exige a prova efectiva da existência do direito invocado¹⁷³.

Rita Lynce de Faria refere que a *sumariedade cognitiva* se manifesta em duas vertentes: uma nos meios de prova que o requerente terá de apresentar, na medida em que a este bastará fazer prova sumária do direito ameaçado, apresentando a prova um

¹⁶⁸ Cognição é uma função psicológica que se traduz na aquisição do conhecimento e se dá através de alguns processos, como a percepção, a atenção, associação, memória, raciocínio, juízo, imaginação, pensamento e linguagem. Para uma melhor compreensão do significado de cognição vide – WANATABE, Kazuo – *Da cognição no processo civil* – São Paulo – Revista dos Tribunais – 1987 – 2.ª edição actualizada.

¹⁶⁹ Prova esta que como já referimos também é limitada em relação à prova admitida no âmbito da tutela principal, como é o caso da prova pericial que não é admitida em sede cautelar – apenas no CPTA.

¹⁷⁰ Verosímil – adjectivo que significa aparente, provável, plausível. Tornar um facto verosímil significa torná-lo credível, provando que com grande probabilidade ele existe. Como afirma Rita Lynce de Faria, *trata-se de um meio-termo entre a prova e a mera alegação. A segunda não é suficiente e a primeira não é necessária*. In FÁRIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

¹⁷¹ Neste sentido, vide artigo 114.º n.º 3 alínea g) do CPTA que prescreve: *No requerimento, deve o requerente: especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, oferecendo prova sumária da respectiva existência* (sublinhado nosso) e artigo 165.º n.º 1 do CPC que prescreve: *Com a petição, o requerente oferece prova sumária do direito ameaçado e justifica o receio da lesão*.

¹⁷² Mário Aroso de Almeida chama-nos à atenção para o facto de quanto mais aprofundada for a cognição pelo juiz cautelar, isto é, quanto mais aprofundada for a análise e apreciação da questão de fundo, com maior frequência os nossos tribunais irão recorrer à aplicação do artigo 121.º do CPTA, *quando se afigura que o papel deste dispositivo na economia do sistema deve ser residual, para as situações em que a normal apreciação (perfunctória) que, em sede cautelar, cumpre realizar permita identificar situações de evidência que autorizem a opção pelo juiz de avançar, logo nesta sede, para o próprio julgamento do mérito da causa*. - ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo...* ob. cit..

¹⁷³ Neste sentido, FÁRIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental ...* ob. cit.. – A autora afirma que existe uma diferença qualitativa entre o objecto da tutela principal e o objecto da tutela cautelar.

carácter menos exigente; a outra vertente respeita ao tipo de apreciação efectuada pelo juiz de forma a concluir pela existência do direito, que como já referimos é uma apreciação sumária e perfunctória¹⁷⁴.

Neste sentido, António Abrantes Geraldès alerta para o facto de *o que se disse não justificar uma decisão precipitada que conduza ao decretamento de uma providência em casos em que não estejam reunidas as condições necessárias à concessão da tutela cautelar. Acrescenta, simplicidade e celeridade não podem significar ligeireza na aferição dos pressupostos de facto ou de direito de que a lei faz depender a concessão de uma tutela provisória, mas que é susceptível de acarretar prejuízos de monta na esfera do requerido*¹⁷⁵.

A sumariedade cautelar, presente tanto ao nível procedimental como ao nível da cognição da situação levada a cabo pelo juiz, é, assim, uma técnica que se encontra ao serviço da urgência e da celeridade¹⁷⁶, pois o menor grau de prova que é exigido traduzir-se-á num menor custo temporal¹⁷⁷. Para a salvaguarda e garantia dos efeitos da sentença final a tutela cautelar tem de se traduzir num procedimento dotado de celeridade e urgência.

Desta forma encontra-se justificada a análise perfunctória que é efectuada à situação, compreendendo-se também a razão pela qual as medidas cautelares são, em regra, provisórias.

Existe, assim, no âmbito cautelar, uma prevalência da rapidez e da celeridade face à ponderação, tendo esta última o seu espaço de actuação na acção principal.

Importa ainda realçar que a característica da sumariedade implica uma limitação, ainda que pequena e justificável, ao princípio do contraditório¹⁷⁸, princípio elementar do processo português¹⁷⁹. Tal limitação é visível no número de articulados admissíveis no âmbito cautelar, na possibilidade de não admissão de provas requeridas¹⁸⁰, quando o juiz as considere irrelevantes ou inúteis¹⁸¹ e ainda no facto de a

¹⁷⁴ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

¹⁷⁵ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

¹⁷⁶ FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo...* ob. cit..

¹⁷⁷ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

¹⁷⁸ Princípio previsto no n.º 3 do art. 3.º do CPC.

¹⁷⁹ Neste sentido, vide SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

¹⁸⁰ Neste sentido, cf. Ac. do TCAN de 11-05-2017, processo n.º 01727/16.0BEBRG: *Não obstante vir requerida a produção de prova, designadamente testemunhal, em processo cautelar, por natureza urgente, caso a prova atendível se mostre predominantemente documental, nada obstará ao*

providência cautelar poder ser decretada sem a audiência prévia do requerido¹⁸², quando esta colocar em risco sério o fim ou eficácia da providência.

A propósito do princípio do contraditório Rui Pinto apresenta-nos três grupos de sumariedade: a sumariedade é forte *quando o contraditório é diferido: o sujeito passivo não participa da formação do acto judicial que se abaterá sobre a sua esfera jurídica e pode-se pronunciar sobre o acto depois de o mesmo já estar concluído (contraditório formalmente diferido)*¹⁸³ ou antes do acto, mas sem que a sua oposição obste a uma procedência provisória da pretensão do autor (contraditório materialmente diferido)¹⁸⁴.

Por sua vez, a sumariedade é média *quando o contraditório não é diferido pois o sujeito é chamado a participar da formação do acto judicial que terá efeitos sobre a sua esfera jurídica, mas se ele não deduzir oposição à pretensão do autor será concedida de imediato a providência de tutela ou, numa variante mais fraca, será tida como reconhecida pelo réu a matéria de facto*¹⁸⁵.

Por último, a sumariedade é fraca *quando o sujeito é chamado a participar da formação do acto judicial, suscitando-se, nesse caso, uma apreciação sumária do objecto do processo pelo tribunal. Aqui a restrição não se faz ao nível do contraditório e da apreciação, mas apenas ao nível da apreciação e da estabilidade da providência.*

No entanto, a referida limitação ao princípio do contraditório encontra-se justificada pela existência de uma situação de perigo - o chamado *periculum in mora* -

indeferimento daquela, nos termos do art.º 118º, n.ºs 1 e 5 do CPTA, mormente quando perfunctoriamente se percepcione que a prova testemunhal não poderia ter a virtualidade de alterar o sentido da decisão a proferir, e que só teria efeitos meramente dilatatórios. Nos processos cautelares, a realização de diligências probatórias está na inteira disponibilidade do tribunal, ou seja, apenas terá lugar quando este a considere necessária (cfr. o artigo 118.º, n.ºs 1 e 3, do CPTA e, ainda, o artigo 367.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

¹⁸¹ HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada...* ob. cit..

¹⁸² Art. 366.º n.º 1 do CPC aplicável subsidiariamente no âmbito do processo administrativo pelo art. 1.º do CPTA.

¹⁸³ Encontra-se previsto no CPC no artigo 366.º n.º 1 que prescreve: *O tribunal ouve o requerido, excepto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência e no n.º 6 que acrescenta: quando o requerido não for ouvido e a providência vier a ser decretada, só após a sua realização é notificado da decisão que a ordenou, aplicando-se à notificação o preceituado quanto à citação. Embora o CPTA não preveja tal possibilidade, deverá entender-se como aplicável aqui a norma do CPC que confere ao juiz o poder-dever de decretar a providência inaudita parte, quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência. Não há razão para que esta ressalva contida no n.º 1 do artigo 385.º do CPC seja necessariamente excluída pelo facto de estar em causa a Administração.* - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..

¹⁸⁴ PINTO, Rui, *A questão de mérito...* ob. cit..

¹⁸⁵ Artigo 118.º n.º 2 do CPTA e 366.º n.º 5 do CPC.

que a tutela cautelar visa acautelar. Ademais, a garantia dos direitos processuais das partes encontra-se plenamente assegurada no âmbito da acção principal.

*Entre nós, nenhum outro procedimento goza desta característica. Apenas no âmbito cautelar o juiz fica dispensado de julgar com base na convicção da verdade sobre o direito e os factos. A mera probabilidade é suficiente*¹⁸⁶.

4.5. Subsidiariedade

A subsidiariedade é um dos traços característicos das providências não especificadas previstas no CPC, não devendo tal característica ser atribuída às providências cautelares no âmbito do processo administrativo.

O facto de atribuirmos às providências cautelares não especificadas do CPC a característica da subsidiariedade e não o fazermos quanto às providências cautelares previstas no CPTA deve-se somente ao facto de a técnica legislativa ser distinta nas duas leis processuais.

A técnica legislativa adoptada pelo CPC baseou-se em estabelecer um procedimento cautelar específico para cada uma das providências cautelares previstas, as denominadas providências cautelares nominadas: o procedimento cautelar especificado de restituição provisória de posse, com regime previsto nos arts. 377.º a 379.º do CPC; o procedimento cautelar especificado de suspensão de deliberações sociais, com regime previsto nos arts. 380.º a 383.º do CPC; o procedimento cautelar especificado de alimentos provisórios, com regime previsto nos arts. 384.º a 387.º do CPC; o procedimento cautelar especificado de arbitramento de reparação provisória, com regime previsto nos arts. 388.º a 390.º do CPC; o procedimento cautelar especificado de arresto, previsto nos arts. 391.º a 396.º do CPC e o procedimento cautelar especificado de arrolamento, previsto nos arts. 403.º a 409.º do CPC.

E estabelecer um regime geral aplicável a todas as outras providências cautelares que podem ser requeridas e que não se encontram previstas no CPC, as denominadas providências cautelares não especificadas ou inominadas.

¹⁸⁶ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

O regime previsto para as providências cautelares não especificadas encontra-se previsto nos arts. 362.º a 376.º do CPC e aplicar-se-á, subsidiariamente, aos procedimentos nominados, em tudo quanto neles não se encontre especialmente previsto e com as exceções elencadas no art. 376.º do CPC.

Em suma, o requerente de uma providência cautelar apenas poderá recorrer ao procedimento cautelar comum nos casos em que não se encontre prevista uma providência cautelar especificada que se adequue à sua situação¹⁸⁷, isto é, apenas no caso de não existir providência cautelar especificada que acautele devidamente a situação de risco em que se encontra¹⁸⁸.

Assim, a característica da subsidiariedade traduz-se na possibilidade subsidiária de utilização do procedimento cautelar comum previsto no CPC quando o requerente não encontre um procedimento cautelar especificado adequado à sua situação¹⁸⁹.

No âmbito do processo administrativo a técnica legislativa adoptada foi outra.

O legislador optou por estabelecer um regime geral aplicável a todas as providências cautelares concretamente requeridas - regime previsto nos arts. 112.º a 127.º do CPTA, correspondente ao capítulo I do Título IV. Trata-se de um processo cautelar comum a todas as providências, qualquer que seja a sua natureza, apresentando uma tramitação única¹⁹⁰.

E no capítulo II do mesmo Título estabeleceu disposições particulares para certas providências cautelares, como o art. 128.º aplicável apenas às providências cautelares de suspensão de eficácia de acto administrativo¹⁹¹, o art. 130.º aplicável apenas às providências cautelares de suspensão de normas, o art. 132.º aplicável apenas aos processos cautelares relativos a procedimentos de formação de contrato e o art.

¹⁸⁷ Quando ocorra o risco de uma lesão diversa daquela que a providência tipificada visa prevenir.

¹⁸⁸ Neste sentido prescreve o n.º 1 do art. 362.º que *não são aplicáveis as providências referidas no n.º 1 quando se pretenda acautelar risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo seguinte.*

¹⁸⁹ *A actual redacção acentua que não basta, para afastar a tutela cautelar comum, que haja um procedimento especificado formalmente susceptível de integrar a situação concreta carecida de tutela; é preciso também que o risco de lesão que o procedimento especificado visa afastar coincida com o risco de lesão que concretamente se verifique.* - FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

¹⁹⁰ Neste sentido, vide HENRIQUES, Sofia, *A Tutela Cautelar Não Especificada...* ob. cit..

¹⁹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a proibição de executar o acto administrativo e a excepção da resolução fundamentada vide SERRASQUEIRO, Mafalda, *Caminhos de reforço...* ob. cit..

133.º aplicável às providências cautelares de regulação provisória do pagamento de quantias.

Assim, ao contrário do que ocorre no âmbito do CPC, no CPTA não existem providências cautelares nominadas, tendo o legislador apenas enumerado a título meramente exemplificativo¹⁹², algumas das providências que podem ser requeridas.

No entanto, estabeleceu requisitos específicos e distintos dos previstos no art. 120.º no que concerne às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos e às providências cautelares de regulação provisória do pagamento de quantias.

4.6. Urgência e Celeridade

A urgência e a celeridade constituem as características mais importantes dos procedimentos cautelares, pois são elas que possibilitam o cumprimento do seu fim ou finalidade essencial: *acautelar lesões graves e dificilmente reparáveis no direito do seu titular, evitando decisões desprovidas de qualquer efeito prático*¹⁹³.

Tendo em vista a sua função e objectivos, o legislador conferiu carácter urgente aos procedimentos cautelares: art. 363.º do CPC com a epígrafe *Urgência do procedimento cautelar* e art. 36.º n.º 1 alínea f) do CPTA com a epígrafe *Processos urgentes*.

Os procedimentos cautelares são assim qualificados como processos urgentes, mesmo na fase de recurso¹⁹⁴, aos quais se aplica o regime geral destes processos, traduzindo-se no seguinte: prática de actos e a contagem de prazos a correr em férias judiciais, mesmo na fase de recurso¹⁹⁵; encurtamento dos prazos para a prática de actos pelos magistrados e para o expediente da secretaria¹⁹⁶, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente¹⁹⁷; inadmissibilidade de citação edital no

¹⁹² Tal afirmação é confirmada pela utilização do advérbio *designadamente* no n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

¹⁹³ PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

¹⁹⁴ Arts. 363.º e 638.º n.º 1 ambos do CPC e 147.º do CPTA. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 19-05-2009 publicado em Diário da República nº 96/2009, Série I.

¹⁹⁵ Art. 36.º n.º 2 do CPTA e arts. 137.º n.ºs 1 e 2 e 138.º nº 1 *in fine* do CPC.

¹⁹⁶ Art. 156.º n.º 3 e art. 162.º n.º 1, ambos do CPC.

¹⁹⁷ Art. 363.º n.º 1 CPC.

âmbito do processo civil¹⁹⁸; possibilidade de inexistência prévia do contraditório do requerido¹⁹⁹, quando este puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência; existência apenas de dois articulados²⁰⁰ e, conseqüentemente, inadmissibilidade de articulados supervenientes²⁰¹; inadmissibilidade da existência de incidentes de intervenção de terceiros²⁰²; inadmissibilidade da prova pericial²⁰³ no âmbito do processo administrativo²⁰⁴, limitação do número de testemunhas²⁰⁵ e possibilidade de rejeição do requerimento de prova, mediante despacho fundamentado²⁰⁶; prioridade dos julgamentos dos processos urgentes sobre os demais²⁰⁷; por fim, também redução dos prazos para a decisão cautelar²⁰⁸.

Manifestação da característica da urgência no âmbito do CPTA é a possibilidade de decretamento provisório da providência, prevista no art. 131.º, em situações de especial urgência que não se compadeçam com a morosidade do próprio processo cautelar, ou seja, tal possibilidade tem em vista a prevenção do *periculum in mora* do próprio processo cautelar. O seu decretamento não depende dos requisitos das providências previstos no art. 120.º, mas apenas da *existência de uma situação de especial urgência, passível de dar causa a uma situação de facto consumado na pendência do processo*. A figura do decretamento provisório da providência cautelar não existe no âmbito do CPC.

*Note-se que a urgência é a alma das providências cautelares, nunca sendo demais sublinhar esse pressuposto*²⁰⁹.

¹⁹⁸ Art. 366.º n.º 4 do CPC.

¹⁹⁹ Art. 366.º do CPC aplicável também no âmbito do processo administrativo.

²⁰⁰ Arts. 114.º e 117.º n.º 1 do CPTA e arts. 365.º n.º 1 e 366.º do CPC.

²⁰¹ No âmbito do CPTA, tendo em conta que a audiência final nem sempre ocorre, poderá haver lugar a articulado suplementar para o requerente responder às exceções deduzidas na oposição, em nome do princípio do contraditório.

²⁰² Em regra não devem ser admitidas alterações subjectivas da instância cautelar, a menos que essa intervenção se destine a assegurar o efeito útil da providência, nomeadamente em caso de preterição de litisconsórcio necessário.

²⁰³ Art. 118.º n.º 3 do CPTA.

²⁰⁴ No âmbito do processo civil e nos termos do disposto no n.º 1 do art. 367º entendemos ser admissível a prova pericial em sede procedimento cautelar, desde que não seja impertinente nem dilatatória, sendo, antes, necessária, imprescindível à boa decisão do procedimento, ainda que com sacrifício do princípio da celeridade.

²⁰⁵ Arts. 118.º n.º 4 do CPTA e art. 294.º n.º 1 aplicável por remissão do art. 365.º n.º 3 ambos do CPC.

²⁰⁶ Art. 118.º n.º 5 do CPTA.

²⁰⁷ Art. 36.º n.º 3 do CPTA e 367.º do CPC.

²⁰⁸ Arts. 119.º n.º 1 do CPTA e 33.º n.º 2 do CPC.

²⁰⁹ GOMES, Carla Amado, *À espera de Ulisses...* ob. cit..

A característica da urgência encontra-se intimamente ligada à característica da sumariedade, na medida em que a sumariedade do procedimento e a *summaria cognitio* asseguram e garantem a celeridade e urgência dos procedimentos cautelares.

Importa ainda referir que os processos cautelares não se confundem com os restantes processos principais urgentes, os quais analisaremos no capítulo II, ponto 3, pois estes últimos são processos urgentes dos quais emanam decisões definitivas, ao contrário do que acontece nos procedimentos cautelares em que as suas decisões apresentam, em regra, carácter provisório.

Apesar do exposto, a verdade é que o ordenamento jurídico português tem vindo a ser enriquecido com um crescente número de processos urgentes que o legislador vem criando para protecção de interesses díspares, tais como, o processo de insolvência, o processo de promoção e protecção de menor, o processo-crime com arguido detido, o processo-crime de violência doméstica e todos os demais processos previstos no título III do CPTA. Este aumento exponencial do número de processos urgentes poderá tornar a excepção em regra, e poderá limitar, num futuro próximo, o efeito pretendido pelo legislador.

4.7. Proporcionalidade e Adequabilidade

Devemos ainda atribuir às providências cautelares as características de proporcionalidade e de adequabilidade.

As providências concretamente decretadas pelo juiz deverão ser proporcionais à situação de perigo que visam acautelar, isto é, do seu decretamento não poderá *resultar um prejuízo para o requerido que exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretenda evitar*²¹⁰ ou, dizendo de outra forma, da sua concessão *não poderão resultar danos superiores àqueles que resultam da sua recusa*²¹¹.

Quando nos referimos à proporcionalidade das providências cautelares podemos encará-la como uma característica ou como um requisito da qual depende a sua procedência, como veremos no capítulo III, ponto 1.3.

²¹⁰ Art. 368.º n.º 2 do CPC.

²¹¹ Art. 120.º n.º 2 do CPTA.

No que toca à adequabilidade, as providências cautelares efectivamente decretadas deverão adequar-se à situação concreta de perigo que pretendem afastar.

São estas duas características que justificam a possibilidade de o juiz decretar uma medida cautelar distinta da medida concretamente requerida²¹², tendo *liberdade para escolher entre as medidas possíveis aquela que se revele simultaneamente como a mais eficaz para prevenir os prejuízos resultantes da demora da tutela definitiva, sem que cause ao requerido prejuízos bastante mais avultados do que aqueles que se pretende evitar*²¹³.

Tal possibilidade encontra-se prevista tanto no CPC, no n.º 3 do art. 376.º, o qual prescreve que *o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida*, como no CPTA, no n.º 3 do art. 120.º, no qual se pode ler que *as providências cautelares a adoptar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, devendo o tribunal, ouvidas as partes, adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses públicos ou privados em presença*.

A este propósito questionamos até que ponto a referida liberdade atribuída ao juiz de decretar uma medida alternativa e distinta da efectivamente requerida não colocará em causa o princípio do pedido previsto no art. 609.º do CPC, segundo o qual *a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir*. Tal violação gera a nulidade da sentença, nos termos do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.

Ademais, poderemos colocar ainda uma outra questão: terá o legislador, com a previsão de tal possibilidade, pretendido atribuir ao juiz cautelar discricionariedade no decretamento das providências cautelares?

Responderemos a esta questão no decurso da presente investigação.

²¹² A autora Dayana Azevedo refere-se a tal possibilidade atribuindo-lhe outra característica: a fungibilidade das providências cautelares. - AZEVEDO, Dayana Francisca, *A efectividade...* ob. cit..

²¹³ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

Capítulo II

Categorias e Finalidades das Providências Cautelares

1. Categorias de Providências Cautelares

Tanto no âmbito do processo administrativo como no âmbito do processo civil existem duas categorias de providências cautelares: as providências cautelares conservatórias e as providências cautelares antecipatórias²¹⁴.

Estas duas modalidades encontram-se legalmente previstas, estipulando o legislador que o requerente pode *solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo*²¹⁵, no âmbito administrativo e, por sua vez, que o requerente *pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*²¹⁶, no âmbito do processo civil.

Desta forma, a escolha da medida cautelar pelo requerente deverá nortear-se por critérios de adequação, tendo em conta a natureza do direito em causa.

1.1. Providências Cautelares Conservatórias

As providências cautelares conservatórias são medidas que se limitam, como o próprio nome deixa antever, a conservar o *status quo* para que a tutela principal definitiva possa ter efeito útil.

São medidas que acautelam o efeito da acção principal através da conservação da situação existente aquando do início do litígio, da instauração da providência cautelar ou da situação que colocou em perigo o direito invocado.

São medidas que tornam intacta e inalterada a situação existente antes de proposta a acção ou a situação de facto existente em momento anterior à situação de perigo²¹⁷.

²¹⁴ Fernando Luso Soares distingue entre processos cautelares inibitórios, destinados a impedir uma mudança, processos cautelares restitutórios, destinados a promover a eliminação de uma mudança já ocorrida e ainda processos cautelares antecipatórios, destinados a antecipar uma determinada mudança – in SOARES, Fernando Luso, *Direito Processual Civil*, 1980, Almedina.

²¹⁵ Art. 112.º n.º 1 do CPTA.

²¹⁶ Art. 362.º n.º 1 do CPC.

²¹⁷ PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

Através da manutenção da situação de facto e do direito existente atribuem *utilidade prática à decisão a proferir na acção principal ou à actividade executiva subsequente*²¹⁸.

São medidas não invasivas da esfera jurídica do requerido, pois limitam-se a manter uma situação já existente e, desta forma, não implicam qualquer alteração factual ou jurídica.

Em suma, são medidas que não produzem efeitos irreversíveis na esfera do requerido e não antecipam a decisão final que virá a ser proferida na acção principal.

Este tipo de providências não proporciona a tutela imediata do direito do requerente, servindo apenas para *impedir o perecimento do direito ou assegurar ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro*²¹⁹.

Ricardo Branco chama-lhes medidas neutralizadoras de modificações jurídicas²²⁰.

No capítulo III, a propósito dos requisitos para o decretamento das providências cautelares, mais concretamente a propósito do *periculum in mora*, distinguiremos dois tipos de perigo que poderão recair sobre o direito do requerente.

Um desses perigos é denominado pela doutrina como o *pericolo di infruttuosità*: expressão italiana trazida até nós por Piero Calamandrei, que se traduz no risco de alteração da situação existente na pendência da acção, ao ponto de essa alteração inutilizar ou inviabilizar a execução da sentença final que vier a ser proferida. Ou seja, trata-se do perigo de infrutuosidade da sentença final.

Para evitar a sua infrutuosidade, decorrente da alteração da situação de facto existente, as providências cautelares conservatórias actuam no sentido de manter intacta a situação. Assim, quando a sentença final vier a ser proferida, encontrará circunstâncias idênticas àquelas que existiriam se tivesse sido proferida de imediato²²¹.

²¹⁸ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

²¹⁹ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

²²⁰ BRANCO, Ricardo, *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 1/2016 Administrativo, de 16 de Dezembro de 2015 (Processo n.º 985/14 – Pleno da 1ª secção: DR, 1ª Série, n.º 25, de 5 de Fevereiro de 2016); Uniformização de Jurisprudência: critérios de adopção de providências cautelares (processo administrativo), Artigos breves e anotações nas plataformas electrónicas e digitais da Livraria Almedina.*

²²¹ FARIA, Rita Lynce de, *A irreversibilidade da tutela cautelar antecipatória*, Texto elaborado para a apresentação da Católica Talk de 15 de Maio de 2017.

Exemplo claro em que as providências cautelares conservatórias têm plena aplicação, nomeadamente para prevenir o perigo de infrutuosidade, é o caso em que um credor, enquanto não é proferida decisão que condene o réu ao pagamento de uma quantia ou à entrega de uma coisa, vê o réu dissipar todo o seu património, furtando-se ao cumprimento da obrigação e fazendo com que o autor perca a garantia patrimonial do seu crédito. Nestes casos, a providência cautelar conservatória de arresto²²², mediante a apreensão judicial de bens do devedor, irá garantir e assegurar que o credor poderá executar a sentença condenatória²²³. O arresto mantém os bens no património do devedor para que no futuro o credor proceda à sua execução.

Nas medidas cautelares conservatórias o requerente deduz um pedido que não corresponde, na maioria das situações, ao pedido apresentado na acção principal. Por esse motivo, a inversão do contencioso não é, em regra, admissível quando em causa esteja uma providência conservatória²²⁴, na medida em que não será possível antecipar a decisão que viria a ser proferida na respectiva acção principal.

Ainda assim, a inversão do contencioso é aplicável às providências cautelares conservatórias e especificadas de suspensão de deliberações sociais e ao embargo de obra nova²²⁵, porquanto nestes casos verifica-se, ainda que de forma parcial, uma certa coincidência entre o pretendido pela providência cautelar e pela acção principal, como melhor veremos *infra*.

As medidas cautelares conservatórias típicas previstas no CPC são as providências de suspensão de deliberações sociais²²⁶, de arresto²²⁷, de embargo de obra nova²²⁸ e de arrolamento²²⁹. Para além das referidas, existem outras providências cautelares conservatórias previstas em legislação avulsa, nomeadamente, a providência

²²² Providência cautelar conservatória prevista nos arts. 112.º n.º 2 al. f) do CPTA e 391.º e seguintes do CPC.

²²³ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo – A propósito da urgência na realização da justiça* – Dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-políticas, Almedina, 1999.

²²⁴ A lei exige, para que seja decretada a inversão do contencioso, que *a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio* – art. 369.º n.º 1 in fine do CPC.

²²⁵ Art. 376.º n.º 4 do CPC.

²²⁶ Arts. 380.º e seguintes do CPC.

²²⁷ Arts. 391.º e seguintes do CPC.

²²⁸ Arts. 397.º e seguintes do CPC.

²²⁹ Arts. 403.º e seguintes do CPC.

cautelar de apreensão de veículo automóvel²³⁰, a providência cautelar de suspensão de representação, recitação, execução ou qualquer outra forma de exibição de obra e, cumulativamente, apreensão da totalidade das receitas²³¹ e a providência cautelar de proibição de inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares²³².

No CPTA identificamos como medidas conservatórias a suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma, o arresto, o embargo de obra nova, o arrolamento e ainda a abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular²³³.

Apesar de, como já referimos, no âmbito das medidas cautelares conservatórias o requerente deduzir um pedido que não corresponde, na maioria das situações, ao pedido apresentado na acção principal, a verdade é que José Lebre de Freitas, António Montalvão Machado e Rui Pinto defendem que as medidas cautelares antecipatórias e conservatórias acabam sempre por convergir e, no fundo, qualquer providência conservatória acaba por antecipar, mas apenas em parte, a decisão final²³⁴.

Para ilustrar esta ideia os referidos autores tomam como exemplo as medidas de suspensão de deliberação social e o embargo de obra nova, na medida em que os efeitos destas medidas conservatórias acabam por antecipar os efeitos da decisão final: ao suspenderem uma deliberação social estão a antecipar em parte a decisão final de ineficácia da deliberação declarada nula ou anulável; ao embargar uma obra a medida encontra-se a antecipar a decisão final de demolição da obra.

Neste sentido, concluímos que existem situações em que a linha que separa as providências conservatórias das antecipatórias é muito ténue.

Vieira de Andrade apresenta-nos uma dessas situações: uma providência que vise antecipar os efeitos de um pedido de condenação numa conduta negativa²³⁵. Tal medida é antecipatória na medida em que antecipa a decisão final de condenação a não

²³⁰ Prevista nos arts. 15.º a 22.º do DL n.º 54/ 75 de 12 de Fevereiro

²³¹ Prevista no art. 209.º do Código do Direito de autor e dos Direitos Conexos

²³² Prevista no art. 31.º do DL n.º 446/85 de 25 de Outubro.

²³³ Alíneas a), f), g), h) e i) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²³⁴ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*... ob. cit..

²³⁵ Alínea i) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa*... ob. cit.. Trata-se de uma medida de natureza inibitória e preventiva, consubstanciada na obtenção de uma condenação do demandado a não adoptar, no futuro, uma determinada conduta ainda não iniciada, mas com início provável ou iminente. Neste sentido veja-se o Ac. do TCAS de 14-06-2018, processo n.º 408/10.3BEBJA.

praticar uma determinada conduta. A medida é também conservatória, pois não irá ser praticada qualquer conduta que altere a situação existente. Vieira de Andrade conclui que se trata de uma medida conservatória quanto à sua finalidade imediata, que é o que é relevante num processo sumário.

Em suma, as providências cautelares conservatórias encontram-se associadas e ao serviço das situações de perigo de infrutuosidade da sentença final, prevenindo a ocorrência de danos que possam vir a impossibilitar a satisfação do direito do autor na acção principal.

Como refere Pais do Amaral *todas elas têm por finalidade manter a situação existente por forma a que o direito do requerente conserve a susceptibilidade de reintegração*²³⁶.

1.2. Providências Cautelares Antecipatórias

A segunda modalidade de providências cautelares são as chamadas providências cautelares antecipatórias, que se traduzem na antecipação dos efeitos da futura sentença a proferir na acção principal. O conteúdo da providência antecipatória será idêntico ao da sentença da acção principal²³⁷.

Ao invés das providências conservatórias, que apenas mantêm o *status quo*, as providências antecipatórias provocam uma alteração no estado das coisas, satisfazendo antecipadamente o direito do requerente²³⁸.

Antecipar significa fazer algo antes do tempo previsto ou estabelecido para o efeito.

²³⁶ AMARAL, José Augusto Pais do, *Direito Processual Civil*, 22.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

²³⁷ Rui Pinto refere que na tutela antecipatória há identidade de mérito, identidade de objectos, identidade de partes, relativamente à acção principal. - PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit.; Em sentido contrário, Rita Lynce de Faria defende que o objecto do procedimento cautelar difere do objecto da acção principal e, conseqüentemente, não se pode afirmar que exista uma antecipação da própria tutela. Refere ainda que a causa de pedir cautelar é constituída pelo *fumus boni iuris* e pelo *periculum in mora* e, por seu turno, a causa de pedir da acção principal baseia-se no direito material alegado pelo autor. Concluindo que o *periculum in mora*, isto é, a situação de perigo que ameaça o direito, é um elemento exclusivo da causa de pedir cautelar. Por fim, refere ainda que os pedidos são distintos, na medida em que o pedido cautelar é provisório e o pedido na acção principal é definitivo. A autora conclui que não é a própria sentença com efeito de caso julgado que é antecipada, mas sim os seus efeitos materiais. - FARIA, Rita Lynce de, *A Irreversibilidade...* ob. cit.

²³⁸ *Ibidem*.

Nas palavras de Rui Pinto, *um meio de tutela é antecipatório de outro meio de tutela quando subsume os mesmos factos às mesmas previsões normativas, para produzir os mesmos efeitos jurídicos, antes do tempo daquele, ainda que de modo provisório*²³⁹.

Rita Lynce de Faria refere que o termo antecipação apresenta dois elementos essenciais: o elemento cronológico e o elemento funcional²⁴⁰.

No que se refere ao elemento cronológico, baseia-se na pressuposição de que *um determinado efeito que se esperava que viesse a ser praticado num certo momento acabe por ocorrer antes dessa data, devido a algum factor que permite encurtar o tempo previsivelmente necessário. Antecipar pressupõe, por isso, uma comparação entre dois momentos, um real e um outro hipotético: aquele em que o acto ocorre e aquele em que previsivelmente ocorreria se não interrompesse o nexa temporal previsto.*

Por sua vez, o elemento funcional está associado ao fim que se visa obter, isto é, *é necessário que a providência antecipada permita alcançar primeiro um fim idêntico ao que seria obtido com a providência que surgiria depois. Para este efeito, a existência de antecipação pressupõe a comparação entre o conteúdo da providência supostamente antecipatória e o conteúdo da providência antecipada. É necessário que no acto que se antecipa haja alguma identidade com o acto antecipado.*

Seguindo o pensamento de Piero Calamandrei, o conteúdo de uma providência cautelar é determinado pela natureza do *periculum in mora*, ou seja, é a natureza do perigo em causa, em cada situação concreta, que irá determinar qual a providência adequada a afastá-lo²⁴¹.

Como já referimos, quando em causa esteja um perigo de infrutuosidade da sentença a proferir na acção principal, a providência adequada será a providência cautelar conservatória.

Por sua vez, quando esteja em causa um perigo de retardamento, denominado pela doutrina italiana por *pericolo di tardività*, a medida decretada terá de ser antecipatória.

²³⁹ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

²⁴⁰ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

²⁴¹ CALAMANDREI Piero, *Providencias Cautelares...* ob. cit..

Por perigo de retardamento entende-se o perigo que ocorre para o requerente durante o período em que aguarda pela decisão final. Durante esse período poderão ocorrer danos e prejuízos, decorrentes da demora judicial, que ponham em causa a efectividade do direito invocado.

Exemplo deste perigo de retardamento é o perigo que ameaça o lesado que viu posto em causa o seu sustento ou habitação. Enquanto aguarda a sentença final da respectiva acção de indemnização corre o risco de ficar sem meios de subsistência²⁴². Perante a existência deste perigo, a função cautelar meramente conservatória não será suficiente para acautelar o direito, pelo que será necessário recorrer a uma solução provisória que implicará a intromissão pelo juiz cautelar na causa principal, antecipando o seu juízo.

Como refere Lucinda Dias da Silva, no caso das providências conservatórias pretende-se *evitar que a solução jurídica [da acção principal] não seja susceptível de realização prática*, obviando a que o *efeito imediato da acção [principal] não seja susceptível de execução prática*. Nas providências antecipatórias, *podendo embora essa concretização física ter lugar*, pretende-se evitar que dela não resulte *a efectivação da regulação de interesses que se pretendera*²⁴³.

Isabel Celeste Fonseca refere que no primeiro caso, o juiz decide a causa cautelar sem que seja necessário intrometer-se no objecto da causa principal; no segundo caso, o juiz ao decidir o pedido cautelar terá de previamente julgar a causa principal²⁴⁴.

Providências tipicamente antecipatórias no âmbito processual civil, são: a providência de restituição provisória de posse²⁴⁵, de alimentos provisórios²⁴⁶, de arbitramento de reparação provisória²⁴⁷ e a providência cautelar de entrega judicial de bens objecto de locação financeira²⁴⁸.

²⁴² Nestas situações a providência cautelar adequada a acautelar a situação de perigo é a providência de alimentos provisórios prevista nos arts. 384.º e seguintes do CPC.

²⁴³ SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

²⁴⁴ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit.. Mariolga Quintero Tirado, diz-nos que é evidente que as medidas que ostentam o carácter antecipatório incidem sobre a matéria de mérito, adiantando o seu sentido e consumindo o litígio. – in *Breves notas sobre la tutela anticipatória* – Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila.

²⁴⁵ Arts. 377.º a 379.º do CPC.

²⁴⁶ Arts. 384.º a 387.º do CPC.

²⁴⁷ Arts. 388.º a 390.º do CPC.

²⁴⁸ Providência cautelar prevista no artigo 21.º do DL n.º 149/95 de 24 de Junho.

Estas providências constituem uma *antecipação da realização do direito*²⁴⁹: o possuidor passa a poder usufruir a coisa esbulhada; a quantia mensalmente recebida, a título de alimentos provisórios ou de reparação provisória, destina-se a ser consumida.

No âmbito cautelar administrativo evidenciam-se as seguintes providências antecipatórias: a admissão provisória em concursos e exames, a atribuição provisória da disponibilidade de um bem, a autorização provisória ao interessado para iniciar ou prosseguir uma actividade ou adoptar uma conduta, a regulação provisória de uma situação jurídica, designadamente através da imposição à Administração do pagamento de uma quantia por conta de prestações alegadamente devidas ou a título de reparação provisória e a intimação para adopção ou abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular por alegada violação ou fundado receio de violação do direito administrativo nacional ou do direito da União Europeia²⁵⁰.

No que se refere às providências cautelares de embargo de obra nova e de suspensão de deliberações sociais, embora doutrinalmente sejam consideradas providências conservatórias, há que realçar que elas apresentam um conteúdo idêntico ao da sentença final. Simultaneamente actuam mediante a manutenção da situação existente e apresentam um conteúdo idêntico ao da sentença final, antecipando-a.

No entanto, a maioria da doutrina considera estas providências cautelares como medidas conservatórias da situação de facto existente.

Em sentido contrário, Rita Lynce de Faria considera as providências cautelares de embargo de obra nova e de suspensão de deliberações sociais como providências antecipatórias para efeitos de regime²⁵¹. Para fundamentar tal opção a autora refere que a inversão do contencioso é admissível caso estejamos perante uma destas duas medidas cautelares.

Como já referimos, a inversão do contencioso, desonerando o requerente de propor a acção principal, exige que a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio²⁵², isto é, a providência decretada terá de

²⁴⁹ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*... ob. cit..

²⁵⁰ Alíneas b), c), d), e) e i) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁵¹ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória*... ob. cit..

²⁵² Art. 369.º n.º 1 in fine do CPC.

apresentar um conteúdo similar ao da sentença final que viria a ser decretada caso a acção principal fosse instaurada²⁵³.

Ora, como refere o n.º 4 do art. 376.º, a inversão do contencioso é aplicável à suspensão de deliberações sociais e ao embargo de obra nova, o que nos leva a questionar qual será, afinal, a natureza destas duas medidas cautelares previstas no CPC.

Serão elas medidas conservatórias da situação de facto existente, visando apenas a manutenção do *status quo*? Ou, por sua vez, serão medidas que visam antecipar a decisão final do processo principal?

No que se refere à providência cautelar de embargo de obra nova, somos da opinião de que tal questão apenas se coloca nos casos em que o pedido da acção principal consista na suspensão definitiva da obra.

Ora, a mais das vezes o pedido que o autor formula na acção principal trata-se de um pedido de demolição ou alteração da obra executada. Nestes casos, a medida cautelar de embargo de obra nova não antecipa os efeitos da sentença final, pelo que tal questão não se coloca, devendo concluir-se tratar-se de uma providência meramente conservatória.

Relativamente à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, somos da opinião que o seu escopo é prevenir e impedir os prejuízos que para o requerente adviriam da execução das deliberações durante a pendência da acção principal com a qual se buscará decisão definitiva acerca da validade das mesmas.

Tal escopo visa evitar o perigo de retardamento, pelo que seríamos levados a concluir estarmos perante uma providência cautelar antecipatória.

O efeito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, isto é, a suspensão, é um efeito que, no plano dos factos, é idêntico aos efeitos da sentença definitiva que declare a invalidade da deliberação (seja ela inexistente, nula ou anulável).

Nos restantes casos cremos que se trata de providências cautelares mistas, tal como o que acontece com a medida prevista na alínea i) do n.º 2 do artigo 112.º do CPTA – abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular. Tal medida cautelar visa a conservação da situação de facto existente, impondo à

²⁵³ No entanto, tal não significa que todas as providências cautelares antecipatórias admitam a inversão do contencioso. A título de exemplo, a providência cautelar de arbitramento de reparação provisória, providência antecipatória, não consente a inversão do contencioso.

Administração ou ao particular que se abstenha de praticar uma determinada conduta. No entanto e por sua vez, antecipa de certa forma a decisão final, na medida em que esta, a ser julgada procedente, será uma decisão de proibição de prática de determinada conduta.

Desta forma, são providências cautelares que acautelam os dois tipos de perigo anteriormente referidos: o perigo de infrutuosidade e o perigo de retardamento.

Mário Aroso de Almeida, a propósito da distinção entre medidas cautelares conservatórias e antecipatórias, realça que nas primeiras *a satisfação do interesse do titular não depende de prestações de outrem, pelo que ele apenas pretende que os demais se abstenham da adopção de condutas que ponham em causa a situação em que está investido*; nas segundas *a situação do interesse do titular depende da prestação de outrem, pelo que ele pretende obter a prestação necessária à satisfação do seu interesse*²⁵⁴.

Apesar de actualmente as providências cautelares antecipatórias estarem expressamente previstas, tanto na legislação civil, como na administrativa, a sua admissibilidade foi objecto de alguma controvérsia²⁵⁵, desde logo pelo facto de as medidas antecipatórias proporcionarem a imediata satisfação do direito alegado pelo requerente, através de uma decisão de conteúdo idêntico à decisão de um processo principal, quando o conhecimento se baseia, como já referimos, numa *summaria cognitio* e se trata de um processo urgente e célere, não apresentando garantias de segurança jurídica como os processos principais²⁵⁶. Controvérsia esta que também teve fundamento no risco de causarem efeitos irreversíveis²⁵⁷ na esfera do requerido e, conseqüentemente, da existência de decisões injustas²⁵⁸.

Não raras vezes o decretamento de providências antecipatórias dá origem a efeitos que são insusceptíveis de remoção mediante a repristinação da situação, de

²⁵⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo...* ob. cit..

²⁵⁵ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

²⁵⁶ Neste sentido, Rita Lynce de Faria refere a existência de *incompatibilidade entre a natureza instrumental e provisória da tutela cautelar e a imediata satisfação do requerente* – in FÁRIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

²⁵⁷ A este propósito vide CRUZ, Nuno Gundar da, *Breves considerações sobre a irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça, dos efeitos resultantes do decretamento de providência cautelar de tipo antecipatório*, Revista Julgar n.º 19, 2013, Coimbra Editora.

²⁵⁸ *Nos procedimentos cautelares, o risco de decisões injustas, porque dissociadas da realidade substancial, é sempre maior do que em sede de procedimentos definitivos. Ora, esse risco aumenta exponencialmente quando se está perante medidas de carácter antecipatório.* - GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit..

forma a colocar o requerido na posição em que se encontrava antes de ter sido decretada a providência.

Outras vezes, apesar de serem susceptíveis de reversão mediante a fixação de uma indemnização, *o sistema jurídico, devido aos exigentes requisitos de que faz depender o dever de o requerente indemnizar, acaba por afastar essa possibilidade*²⁵⁹.

Não obstante existir uma forma de extinção dos efeitos da providência, nomeadamente através da sua caducidade, acontece que a situação de facto por ela criada se torna irreversível e definitiva, equivalendo à decisão final no plano dos factos.

Todos estes factores levaram a que a doutrina e jurisprudência não tenham admitido a sua existência sem mais, exigindo do juiz cautelar acrescida prudência e cuidado no seu decretamento, devendo ponderar a necessidade efectiva de decretamento de uma providência antecipatória, atribuindo às providências antecipatórias um carácter excepcional.

Desta forma, as providências cautelares antecipatórias deverão ser medidas de *ultima ratio*, devendo o juiz cautelar dar preferência às medidas de carácter conservatório, sempre que tais medidas tutelem adequadamente o direito invocado pelo requerente e acautelem o perigo ao qual o direito se encontra sujeito. Tudo isto tendo em consideração o *princípio de mínima ingerência na esfera jurídica do requerido*²⁶⁰.

Carla Amado Gomes entende que *neste tipo de tutela assiste-se a uma maior responsabilização do julgador perante a emissão de uma providência antecipatória*²⁶¹.

António Abrantes Geraldês conclui que *as medidas deste tipo excedem a natureza simplesmente cautelar ou de garantia que caracterizam a generalidade das providências, ficando a um passo das que são inseridas em processo de execução para pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação de facto positivo ou negativo*²⁶².

Decretada uma providência cautelar antecipatória e sendo posteriormente julgada procedente a respectiva acção principal, a decisão definitiva corresponderá à medida cautelar anteriormente decretada. Nestes casos, ocorrerá a substituição da medida provisória pela medida definitiva. Os efeitos mantêm-se no plano dos factos,

²⁵⁹ FARIA, Rita Lynce de, *A irreversibilidade...* ob. cit..

²⁶⁰ FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental...* ob. cit..

²⁶¹ GOMES, Carla Amado, *A espera de Ulisses...* ob. cit..

²⁶² GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit..

mas a sua fonte passa a ser uma decisão definitiva e não uma decisão cautelar. *Pode afirmar-se que existe aqui uma sucessão de efeitos. A substituição acontece no plano meramente jurídico, dada a identidade de conteúdo*²⁶³. A decisão definitiva absorve a providência cautelar²⁶⁴.

O mesmo já não ocorre com as providências cautelares conservatórias, nestas a providência cautelar apenas produz os seus efeitos até ser proferida a decisão final, sendo que o conteúdo de ambas não coincide.

Concluindo, em regra *o objecto do procedimento cautelar é um minus e um aliud em relação ao objecto da acção principal: as providências cautelares não visam obter o mesmo que se pretende alcançar através da acção principal.*

*A excepção a esta regra é constituída pelas providências com uma finalidade de antecipação: estas providências constituem um tantus e um similis em relação ao objecto da acção principal*²⁶⁵.

2. Finalidades das Providências Cautelares

Tradicionalmente as providências cautelares são consideradas medidas que visam assegurar a utilidade de uma acção principal. Caracterizadas pela dependência em relação ao processo principal, visam salvaguardar uma determinada situação jurídica que se encontra em perigo pela demora da tutela final.

Desta forma, considera-se que a finalidade das providências cautelares é a salvaguarda do efeito útil da acção principal, em função da demora que lhe está associada.

No entanto, concordamos com Rui Pinto quando afirma que *a tutela cautelar não pode ter por função salvaguardar o efeito útil da acção principal, nem pode ter por objecto esse mesmo efeito útil, como pareceria*²⁶⁶.

²⁶³ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

²⁶⁴ PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

²⁶⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão...* ob. cit..

²⁶⁶ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

Somos da opinião de que a função da tutela cautelar é assegurar a posição jurídica de alguém que veja o seu direito ameaçado, isto é, que mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito.

A tutela cautelar não deve ser vista como um meio de combate às fragilidades do sistema judicial, visando antes proteger os direitos que se encontrem ameaçados, correndo o risco de constituição de uma situação de facto consumado ou de produção de prejuízos de difícil reparação. Por conseguinte, *o seu fundamento é material e a sua eficácia reporta-se ao direito substantivo e não processual*²⁶⁷.

Dito isto, iremos de seguida dar conta das principais finalidades das providências cautelares: a função de garantia de um direito, a função de regulação provisória de uma situação e, por fim, a função de antecipação da tutela definitiva.

2.1. Garantia de um Direito

A primeira finalidade das providências cautelares é a função de garantia de um direito.

A função de garantir o direito do requerente é desempenhada, por exemplo, pelas providências cautelares de arresto²⁶⁸ e de arrolamento²⁶⁹, ambas providências cautelares conservatórias.

No caso do arresto a garantia é assegurada mediante uma apreensão judicial de bens, evitando que o credor perca a garantia patrimonial do seu crédito.

Por sua vez, no arrolamento, garante-se o direito do requerente através de uma descrição, avaliação e depósito dos bens, evitando o extravio, a ocultação ou a dissipação desses mesmos bens.

Em ambos os casos a medida cautelar decretada garante o direito do requerente, evitando que os bens saiam do património do requerido.

Neste tipo de providências verifica-se a antecipação de um acto de execução (penhora ou apreensão de bens), a providência cautelar ganha características próprias de um procedimento executivo, mas, mesmo nestes casos, a actuação executiva é

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ Art. 391.º do CPC e Art. 112.º n.º 2 alínea f) do CPTA.

²⁶⁹ Art. 403.º do CPC e Art. 112.º n.º 2 alínea h) do CPTA.

*precedida duma fase declarativa que culmina na obtenção dum título executivo provisório, que visa tão-só a garantia do direito do requerente e não também a sua satisfação*²⁷⁰.

A garantia do direito, mediante o decretamento de uma providência cautelar de arresto ou arrolamento, implica uma forte ingerência na esfera jurídica do requerido, na medida em que este ficará privado dos bens arrestados e arrolados, não podendo deles dispor livremente²⁷¹.

2.2. Regulação Provisória

Outra finalidade das providências cautelares é a regulação provisória de uma situação até que esta seja definitivamente definida.

Tal finalidade é desempenhada, por exemplo, pelas providências de restituição provisória de posse²⁷², de embargo de obra nova²⁷³, de suspensão de deliberações sociais²⁷⁴ e de suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma²⁷⁵.

As referidas medidas cautelares não visam rigorosamente garantir um determinado direito, mas sim regular a situação de forma a evitar a ocorrência de prejuízos e lesões que afectem gravemente o direito, enquanto a situação não é regulada definitivamente na acção principal.

2.3. Antecipação da Tutela Definitiva

Por fim, a última função das providências cautelares é a antecipação da tutela definitiva que terá lugar com a decisão final.

A função de antecipação da tutela definitiva é desempenhada, pelas chamadas providências cautelares antecipatórias, designadamente, as providências cautelares de

²⁷⁰ FREITAS, José Lebre de, *Repetição de providência e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 57, Volume I, Lisboa, 1997.

²⁷¹ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

²⁷² Art. 377.º do CPC.

²⁷³ Art. 397.º do CPC.

²⁷⁴ Art. 380.º do CPC.

²⁷⁵ Art. 112.º n.º 2 alínea a) do CPTA.

alimentos provisórios²⁷⁶, de arbitramento de reparação provisória²⁷⁷, de admissão provisória em concursos e exames²⁷⁸, de atribuição provisória da disponibilidade de um bem²⁷⁹, de autorização provisória ao interessado para iniciar ou prosseguir uma actividade ou adoptar uma conduta²⁸⁰, de imposição à Administração do pagamento de uma quantia por conta de prestações alegadamente devidas ou a título de reparação provisória²⁸¹ e ainda a intimação para adopção ou abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular²⁸².

Nestas medidas cautelares há sempre uma antecipação dos efeitos materiais da sentença final a ser proferida na acção principal, em caso de procedência. No entanto, mesmo nestes casos, as referidas medidas não perdem a sua natureza de provisoriedade.

3. Distinção entre Processos Urgentes e Processos Cautelares

No capítulo anterior enumerámos as características das providências cautelares e classificámos os processos cautelares como processos urgentes²⁸³. No entanto, no nosso ordenamento jurídico nem todos os processos urgentes são cautelares

Importa, pois, distinguir os processos urgentes *stricto sensu* dos processos urgentes cautelares.

Como já referimos, os processos cautelares são processos sumários, de cognição e tramitação sumárias, em regra dependentes de um processo principal e cuja decisão é, também em regra, provisória. São, desta forma, processos acessórios e instrumentais do processo principal respectivo.

Os processos urgentes em geral, isto é, os processos urgentes não cautelares, são processos de cognição plena²⁸⁴, dotados de autonomia e de independência²⁸⁵ e dão

²⁷⁶ Art. 384.º do CPC.

²⁷⁷ Art. 388.º do CPC.

²⁷⁸ Alínea b) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁷⁹ Alínea c) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁸⁰ Alínea d) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁸¹ Alínea e) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁸² Alínea i) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

²⁸³ Os processos cautelares são processos urgentes nos termos do disposto nos arts. 36.º n.º 1 al. f) do CPTA e do 363.º do CPC.

origem a uma decisão definitiva. O seu objectivo é alcançar um juízo sobre o mérito da causa, num curto espaço de tempo, apresentando apenas a característica de sumariedade no que toca à sua tramitação.

Nos processos urgentes principais não há antecipação da decisão, como ocorre nos processos cautelares; o que há realmente é uma abreviação do procedimento, levada a cabo pela sumariedade da tramitação²⁸⁶.

Ora, como podemos observar, as características em comum entre os processos urgentes *stricto sensu* e os processos cautelares são a urgência e, portanto, a simplicidade, a sumariedade e a celeridade na tramitação do procedimento²⁸⁷.

Entre uns e outros são inúmeras as diferenças. No entanto, a sua principal distinção reside na natureza das decisões: enquanto nos processos cautelares a decisão é, em regra, provisória, sendo a decisão cautelar substituída pela decisão definitiva a proferir no processo principal, nos processos principais urgentes a decisão é sempre definitiva.

A provisoriedade é, desta forma, a principal distinção entre a decisão cautelar e a decisão principal.

Neste sentido, Rui Pinto refere *que enquanto a tutela sumária encurta o prazo processual abstracto para o fazer coincidir com o prazo processual concreto da causa, diversamente a tutela cautelar prolonga o prazo processual concreto da causa, isto é, o prazo razoável, para o fazer coincidir com o prazo processual abstracto. Por outras palavras, a tutela sumária encurta o tempo processual, a tutela cautelar não mexe nos tempos – bons ou maus – da tutela plena, mas aceita-os*²⁸⁸.

Posto isto, os processos urgentes principais inserem-se na categoria da tutela definitiva, privilegiando o valor da segurança, na medida em que a questão é conhecida

²⁸⁴ O elemento determinante, que permite distinguir a tutela cautelar da urgente, reside na autonomia funcional dos processos urgentes entendida como idoneidade para ditar a disciplina definitiva da relação controvertida - MAÇÃS, Maria Fernanda, *As formas de tutela urgente...* ob. cit..

²⁸⁵ Como referimos *supra*, a propósito das características da dependência e acessoriedade, os processos cautelares apenas existem na medida em que existe um processo principal cuja decisão importa assegurar. Com os processos principais urgentes o mesmo não acontece, pois a sua existência depende de si mesma. Nessa medida são processos autónomos e independentes.

²⁸⁶ FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo Temporalmente Justo...* ob. cit..

²⁸⁷ Isabel Celeste Fonseca refere que *o reconhecimento formal de identidade entre processos principais e um processo acessório reflecte algo de subjacente e mais importante: o afloramento da tutela jurisdicional de urgência como categoria processual autónoma, fundada na técnica da sumariedade e axiologicamente enformada pelo princípio do processo temporalmente justo.* – *Ibidem*.

²⁸⁸ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

de forma plena e não sumária; por sua vez, os processos cautelares inserem-se na categoria da tutela provisória, privilegiando o valor da efectividade.

Distinguímos, desta forma, dois tipos de processos urgentes.

No âmbito do CPTA, o legislador optou por enumerar no seu art. 36.º todos os processos urgentes. São eles: o processo do contencioso eleitoral, com o âmbito definido no art. 98.º; o contencioso dos procedimentos de massa, com o âmbito definido no art. 99.º; o contencioso pré-contratual, com o âmbito definido nos arts. 100.º a 103.º-B; o processo de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, previsto nos arts. 104.º a 108.º; o processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias previsto nos arts. 109.º a 111.º; e, por fim, os processos cautelares previstos nos arts. 112.º a 134.º.

Para além dos processos urgentes enumerados no art. 36.º, encontram-se previstos outros em legislação avulsa, como é o caso do processo de intimação judicial para a prática de acto legalmente devido, previsto no art. 112.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação - DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro, a acção para declaração de perda de mandato ou dissolução de órgãos autárquicos, prevista no art. 15.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, entre outros²⁸⁹.

A autonomização destes processos justifica-se pelo facto de todos eles apresentarem uma tramitação célere e simplificada, ou seja, em todos estes processos estamos perante situações que reclamam uma decisão célere. A celeridade é assegurada através da simplificação dos procedimentos, mediante a eliminação de fases processuais, da redução de prazos²⁹⁰ e ainda pela prevalência dada à audiência oral, em face da escrita. Importa ainda referir que a urgência se estende à fase de recurso²⁹¹. No entanto, nos processos urgentes principais previstos nas alíneas a) a e) do art. 36.º, reclama-se uma decisão em termos definitivos, não bastando, para a protecção de determinado direito, uma protecção em termos provisórios.

Ao contrário do CPTA, o CPC não enumera os processos urgentes num único capítulo ou título, tendo adoptado outra técnica legislativa: a lei processual civil atribui caso a caso a natureza de urgência ao processo. A técnica legislativa adoptada levou a

²⁸⁹ Neste sentido, *vide* ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª edição, Almedina, 2017.

²⁹⁰ A redução dos prazos é bem visível nos arts. 98.º n.º 4, 99.º n.º 5, 102.º n.º 3, 107.º, 110.º, 116.º n.º 1 e 117.º n.º 1, todos do CPTA.

²⁹¹ Arts. 147.º do CPTA, 362.º n.º 1 e 638.º n.º 1 ambos do CPC.

que o legislador tivesse que prever no n.º 1 do art. 138.º o seguinte dispositivo: *O prazo processual, estabelecido por lei ou fixado por despacho do juiz, é contínuo, suspendendo-se, no entanto, durante as férias judiciais, salvo se a sua duração for igual ou superior a seis meses ou se tratar de actos a praticar em processos que a lei considere urgentes.*

No âmbito do processo civil o legislador atribuiu carácter de urgência aos seguintes processos principais: os processos referentes ao arrendamento rural, nos termos do art. 35.º n.º 1 do DL n.º 294/2009, de 13 de Outubro; os processos tutelares cíveis cuja demora possa causar prejuízo aos interesses da criança²⁹², nos termos do art. 13.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível²⁹³; o procedimento especial de despejo, nos termos conjugados nos n.ºs 5 e 8 do art. 15.º-S do Novo Regime do Arrendamento Urbano²⁹⁴; as acções no âmbito do direito do trabalho, como a acção de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, nos termos do disposto no art. 26.º do Código do Processo do Trabalho, entre outros.

Podemos assim concluir que a distinção entre processos principais urgentes e processos urgentes cautelares demonstra as *duas perspectivas pelas quais a urgência da tutela é vista no ordenamento jurídico português*²⁹⁵: uma perspectiva de *impossibilidade*, na medida em que uma determinada situação não pode esperar pela decisão definitiva, e uma outra perspectiva, decorrente da *necessidade* de obter uma tutela imediata. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa refere-se a duas modalidades de urgência: a *urgência-impossibilidade*, correspondente à tutela cautelar e a modalidade *urgência-necessidade*, correspondente à tutela principal urgente.

A questão que agora se coloca diz respeito ao âmbito de aplicação de uma e outra tutela, isto é, em que situações deve o interessado recorrer à tutela cautelar e, por sua vez, em que situações deve recorrer à tutela principal urgente?

Creemos que não estamos perante duas vias alternativas, em que o interessado possa livremente optar pelo recurso a uma via em detrimento da outra.

Em abono da nossa opinião enumeramos algumas situações nas quais o recurso à tutela cautelar retiraria todo o efeito útil à respectiva acção principal intentada ou a

²⁹² A natureza urgente nos processos tutelares cíveis não é automática para todos eles, antes há-de ser apreciada e declarada caso a caso, segundo critério do prejuízo para o superior interesse da criança.

²⁹³ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro.

²⁹⁴ Aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro.

²⁹⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão...* ob. cit..

intentar: o recurso à medida cautelar para realizar uma manifestação ou greve; o recurso à medida cautelar para obter permissão para a emissão de um determinado programa televisivo ou de rádio e o recurso à medida cautelar que decreta a demolição de um imóvel, entre outras.

Em todos estes casos o recurso à tutela cautelar e o decretamento de uma medida cautelar que permita praticar as referidas acções realiza o direito só por si. Isto é, torna completamente desnecessária e inútil a respectiva acção principal, na medida em que o direito é plenamente satisfeito com a simples medida cautelar decretada.

Todas as situações enumeradas têm em comum o facto de serem actos instantâneos que se esgotam em si mesmos, pelo que a medida cautelar, se decretada, realiza a tutela plena do direito alegado pelo requerente.

Por este motivo somos da opinião de que, neste tipo de situações, a via de tutela adequada é a tutela proporcionada pelos processos principais urgentes. Por esta via o requerente obterá uma tutela igualmente célere, urgente e simplificada, mediante um processo no qual o conhecimento do direito não é efectuado apenas em termos de cognição sumária, mas sim levando a cabo a cognição plena do direito invocado²⁹⁶.

²⁹⁶ Neste sentido, *vide* o art. 110.º-A do CPTA, relativo ao processo principal urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que prescreve no seu n.º 1 que *quando verifique que as circunstâncias do caso não são de molde a justificar o decretamento de uma intimação, por se bastarem com a adoção de uma providência cautelar, o juiz, no despacho liminar, fixa prazo para o autor substituir a petição, para o efeito de requerer a adoção de providência cautelar, seguindo-se, se a petição for substituída, os termos do processo cautelar.*

Capítulo III

**Os Requisitos para o Decretamento
das Providências Cautelares no
Processo Administrativo e no
Processo Civil**

1. Requisitos para o Decretamento das Providências Cautelares

De seguida procederemos à análise dos requisitos para o decretamento das providências cautelares, tanto no âmbito do processo administrativo como no âmbito do processo civil.

Importa referir que, no que diz respeito ao CPTA, não analisaremos os requisitos para o decretamento de providências relativas a procedimentos de formação de contratos previsto no art. 132.º, nem os requisitos para o decretamento das providências de regulação provisória do pagamento de quantias previsto no art. 133.º.

Da mesma forma, no que se refere ao CPC, analisaremos apenas os requisitos para o decretamento de providências cautelares não especificadas, pois os procedimentos cautelares especificados apresentam requisitos próprios para a concessão de cada uma das providências típicas.

O decretamento de uma providência cautelar só é admissível quando se verificarem cumulativamente três requisitos²⁹⁷:

- o *fumus boni iuris*;
- o *periculum in mora* e
- a proporcionalidade da providência.

Os três requisitos para o decretamento de uma providência são comuns à lei processual administrativa e à lei processual civil, apresentando, no entanto, algumas diferenças ao nível da exigência da sua demonstração e prova.

²⁹⁷ Poderíamos ainda acrescentar outro requisito para a concessão das providências cautelares, apenas no âmbito do processo civil: *a não existência de providência específica que acautele o direito*. No entanto, optámos por enquadrar a subsidiariedade do procedimento cautelar comum do CPC como uma característica das providências cautelares não especificadas. Neste sentido, *vide* o Ac. do TRC de 13-11-2012, processo n.º 460/12.7T2ILH.C1 e o Ac. do STA de 08-04-1997, processo n.º 96A940 e NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4ª edição revista e ampliada, Março, 2017.

1.1. Fumus Boni Iuris

O primeiro requisito a analisar é o *fumus boni iuris*, expressão latina que significa sinal de bom direito ou aparência de bom direito.

Tal requisito traduz-se, no âmbito processual administrativo²⁹⁸, na provável procedência da pretensão formulada ou a formular pelo requerente na acção principal²⁹⁹ e, por sua vez, no âmbito do processo civil, na probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente³⁰⁰.

Lucinda Dias da Silva refere que o *fumus boni iuris* é um requisito prévio, relativamente aos demais³⁰¹. A autora defende que esta deverá ser a primeira verificação a efectuar pelo juiz cautelar, isto é, deverá ser o primeiro requisito cautelar a ser analisado no sentido de se concluir pela provável procedência ou improcedência da acção principal³⁰² ou pela probabilidade da existência ou inexistência da titularidade do direito ao qual o requerente da providência cautelar se arroga.

No entanto, no sentido de ser indiferente a ordem de análise dos requisitos de concessão das providências cautelares, veja-se a jurisprudência do Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17, no qual se decidiu: *Há, assim, que verificar em primeiro lugar se se verificam os requisitos cumulativos do n.º 1, sendo, desde já, de aferir da*

²⁹⁸ Vieira de Andrade refere que com a introdução deste requisito, o qual designa por requisito da juridicidade material, no âmbito das providências cautelares do processo administrativo, se *eliminou um dos corolários mais perversos do dogma autoritário da presunção de legalidade do acto administrativo* - in ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Tutela Cautelar*, CJA n.º 34, Julho/Agosto 2002.

²⁹⁹ O requisito do *fumus boni iuris* encontra-se previsto na 2.ª parte do n.º 1 do art. 120.º do CPTA, o qual prescreve: (...) *as providências cautelares são adoptadas quando (...) seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente*. A actual redacção corresponde à alteração levada a cabo pelo DL n.º 214-G/201, de 2 de Outubro. Anteriormente e como referimos no capítulo I, ponto 2, relativo à evolução das providências cautelares, o requisito do *fumus boni iuris* variava consoante a providência requerida fosse conservatória ou antecipatória. Deixou assim de existir a distinção entre providências conservatórias e providências antecipatórias, sendo agora o grau exigido de probabilidade de êxito da acção principal o mesmo para todo o tipo de providências.

³⁰⁰ No CPC o requisito do *fumus boni iuris* encontra-se previsto na 1.ª parte do n.º 1 do art. 368.º, que prescreve: *a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito (...)*.

³⁰¹ SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

³⁰² *O que significa que, em todas as providências, mesmo nas designadas de conservatórias, o fumus boni iuris releva-se como critério essencial, cabendo ao julgador, ainda que em termos instrumentais, sumários e provisórios avaliar a probabilidade da procedência da acção principal, isto é avaliar, em regra, a existência do direito invocado pelo particular ou da ilegalidade que ele diz existir ainda que esteja em causa um «verdadeiro» acto administrativo.* – Ac. do TCAN de 13-01-2017, processo n.º 00620/16.1BEAVR.

verificação do fumus boni iuris (sendo indiferente qual daqueles requisitos se aborda em primeiro lugar).

No âmbito processual administrativo, tendo em conta a formulação do n.º 1 do art. 120.º, afigura-se-nos que o legislador pretendeu que a verificação do *fumus boni iuris* seja posterior à verificação do *periculum in mora*. O que se compreende, na medida em que o *periculum in mora* é o traço característico das medidas cautelares, e sem ele não fará sentido a utilização desta via processual urgente e sumária³⁰³.

O requerente da providência invoca a existência de um direito³⁰⁴ e, para que a providência lhe seja concedida, exige-se a verificação de indícios razoáveis quanto à sua existência³⁰⁵.

Desta forma, a lei não exige que o direito efectivamente exista³⁰⁶. Exige apenas que exista essa possibilidade ou probabilidade, isto é, exige que o requerente demonstre que pode ser o titular do direito por si invocado. «Provável» é o que tem uma possibilidade forte de acontecer, sendo surpreendente ou inesperado que não aconteça. E, no domínio jurídico em que ora nos situamos, isso exige que algum dos vícios atribuídos pela requerente ao acto suspendendo se apresente já – na análise perfunctória típica deste género de processos – com a solidez bastante para que conjecturemos a existência de uma ilegalidade e a consequente supressão judicial do acto – Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17.

Assim, o julgador, com base nos factos sumariamente alegados, deve fazer um juízo de prognose, apoiado em simples critérios próprios do homo prudens, em presunções naturais ou de experiência, quanto à probabilidade de o direito de que o

³⁰³ Neste sentido, vide o Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR.

³⁰⁴ Rita Lynce de Faria chama-nos à atenção de que apenas serão atendíveis as posições jurídicas do requerente que possam ser objecto de tutela judicial por via da acção principal. Os interesses a que a ordem jurídica não concede tutela judicial também não serão considerados juridicamente relevantes para efeitos de tutela cautelar, como é o caso das obrigações naturais que, não sendo exigíveis judicialmente, não poderão, conseqüentemente, ser objecto de procedimento cautelar, in FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

³⁰⁵ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

³⁰⁶ CARLOS, Adelino da Palma, *Procedimentos cautelares antecipadores*, O Direito, ano 105, Janeiro/Março 1973. *Não é necessário ao deferimento da providência cautelar não especificada - artigo 399 do Código de Processo Civil - a certeza da existência do direito a acautelar, aqui o de preferência, mas somente a existência de uma probabilidade séria de ao requerente vir a ser reconhecido um direito.* – Ac. do STJ de 08-01-1987, processo n.º 073905.

*requerente se arroga titular vir a ser tutelado na acção principal de que a providência cautelar depende*³⁰⁷.

O juiz deverá ponderar a probabilidade da procedência ou improcedência da acção principal, a probabilidade da existência ou inexistência do direito invocado, socorrendo-se de uma avaliação perfunctória, sumária e verosímil. A avaliação levada a cabo pelo juiz deverá recair não apenas sobre a matéria de facto alegada mas também sobre a matéria de direito³⁰⁸. *Apenas através da operação de subsunção dos factos às normas se poderá concluir pela existência do direito do requerente*³⁰⁹. No entanto, a sua apreciação deverá ter sempre em conta a natureza do procedimento, isto é, a urgência e a sumariedade que caracterizam os processos cautelares.

Os poderes de cognição do tribunal, como vimos a propósito da característica da sumariedade, são sumários – *summaria cognitio* – impondo ao juiz cautelar uma análise do direito invocado célere e urgente. O carácter urgente das providências cautelares não se coaduna com uma apreciação exaustiva e profunda da situação, evitando assim a repetição de acções, na medida em que a verificação da existência do direito invocado pelo requerente será objecto de cognição plena na acção principal.

Neste sentido, o juízo de simples verosimilhança é não apenas pressuposto, mas também limite. *A protecção cautelar não pressupõe somente a simples aparência do direito a ser tutelado, mas exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível*³¹⁰, sob pena de a acção principal se tornar desnecessária. O juiz deverá manter-se dentro dos limites de cognição exigidos pela própria natureza e funções das providências cautelares.

A diferença entre a apreciação levada a cabo pelo juiz na acção principal e na acção cautelar traduz-se *no grau de convicção que é necessário criar no espírito do juiz para a demonstração dos factos relevantes*³¹¹.

³⁰⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

³⁰⁸ *A probabilidade a verificar, sempre pressuporia a necessidade de reconhecer uma possibilidade efetiva da procedência da pretensão em presença, o que aqui não se reconhece, até pela necessidade de uma aferição mais aprofundada, designadamente, da invocada prescrição.* – Ac. do TCAN de 29-08-2016, processo n.º 00940/16.5BEPRT.

³⁰⁹ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Do Processo Cautelar...* ob. cit..

³¹¹ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

Quanto ao grau de exigência de prova no âmbito cautelar, Antunes Varela falamos de uma *certeza relativa*, Lucinda Dias da Silva de um *grau de certeza especial*³¹² e Rui Pinto de uma *quase-certeza*³¹³.

*Na tutela cautelar, a dívida judicial adquire um lugar por excelência, protegido por lei. O juiz é autorizado a julgar com base na probabilidade dos factos, não obstante a existência de dívidas relevantes*³¹⁴. O juiz cautelar irá debruçar-se sobre o pedido da acção principal, efectuando um juízo de prognose sobre o seu futuro, ou seja, sobre a probabilidade da sua procedência ou improcedência.

Rita Lynce de Faria afirma que o conceito de probabilidade não é unívoco e distingue vários graus de probabilidade: *pode falar-se desde uma probabilidade muito ténue até uma probabilidade de tal forma elevada que acabe por se confundir com a convicção necessária ao julgamento nas acções de cognição plena*³¹⁵. A autora defende que a probabilidade necessária deverá depender de vários factores avaliáveis caso a caso, nomeadamente a atitude do julgador, o grau de perigo existente, o tipo de ingerência na esfera do requerido e a eventual irreversibilidade da situação criada pela concessão da providência cautelar.

Para além dos factores enumerados pela autora, julgamos que o grau de probabilidade necessário e exigido para a concessão da providência deverá também depender do facto de estarmos perante uma providência cautelar antecipatória ou conservatória. Ora, caso a providência requerida seja antecipatória, estando apta a provocar alterações na esfera jurídica do requerido, somos da opinião de que o juiz cautelar deverá exigir um grau de probabilidade de existência do direito superior, mais forte e mais seguro³¹⁶.

Marco Carvalho Gonçalves conclui que *quanto maiores e mais relevantes forem os interesses do requerido susceptíveis de serem afectados pelo decretamento de uma determinada providência cautelar, maior deverá ser o cuidado e a cautela do*

³¹² SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

³¹³ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

³¹⁴ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

³¹⁵ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³¹⁶ No entanto, e contra a nossa posição, a alteração do CPTA levada a cabo pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, deixou de fazer distinção entre as providências conservatórias e antecipatórias, no que toca à exigência da demonstração do *fumus boni iuris*. Cremos, não obstante, que tal não impede que caso a caso o juiz cautelar tenha em conta na sua ponderação o facto de a providência requerida poder implicar a criação de efeitos irreversíveis na esfera jurídica do requerido.

*jugador, ou seja, maiores são as exigências quanto à demonstração da probabilidade ou verosimilhança da existência do direito que se pretende tutelar*³¹⁷.

No que toca à prova exigida para a verificação do requisito do *fumus boni iuris*, trata-se de uma prova indiciária, sumária e verosímil³¹⁸. Ao requerente bastará apresentar prova indiciária no sentido de o seu direito existir e, dessa forma, seja provável que a respectiva acção principal venha a ser julgada procedente. *Não se exige uma prova da realidade jurídica, mas apenas manifestações externas; não se requer um direito certo, mas um direito aparente; um fumus boni iuris. Prova tendencialmente sumária, superficial e provisória dos factos alegados*³¹⁹.

No que se refere aos meios de prova admissíveis no âmbito da tutela cautelar, o CPC parece não colocar qualquer limitação no sentido de inadmissibilidade dos meios legalmente previstos³²⁰. No entanto, tendo em conta que se trata de uma prova sumária e indiciária, prevalecerão os meios de prova documentais e testemunhais. O mesmo já não acontece no CPTA³²¹, em que não é admitida a prova pericial³²².

Quanto à força probatória dos meios de prova apresentados em sede cautelar, tendo em consideração que se destinam a fazer uma prova sumária e meramente indiciária, consideramos que apresentam força mais elevada do que ocorre normalmente no âmbito do processo principal. São meios de prova dotados de uma força superior, na medida em que a exigência probatória é também menor.

Questão pertinente neste sentido é a de saber se, perante a prova sumária, indiciária, baseada na probabilidade que o legislador exige ao requerente de uma

³¹⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

³¹⁸ Neste sentido, vide Ac. do STA de 08-02-2018, processo n.º 01373/17, cujo sumário se transcreve: *O fumus boni iuris, na actual redacção do art. 120.º, n.º 1 do CPTA, pressupõe um mero juízo de probabilidade sobre o êxito da acção principal, assentando numa apreciação perfunctória e sumária.*

³¹⁹ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

³²⁰ Cf. Arts. 293.º e 294.º aplicáveis *ex vi* do n.º 3 do art. 365.º, todos do CPC.

³²¹ *Em qualquer caso, mormente em processos urgentes de natureza cautelar, a realização de diligências probatórias está na inteira disponibilidade do tribunal, só devendo as mesmas ser realizadas quando aquele entenda serem as mesmas imprescindíveis (cfr. Art.º 118.º, n.ºs 1 e 3, do CPTA e Art.º 367.º, n.º 1, CPC). Está, pois, aqui em causa o princípio da inquisitorialidade na busca da verdade material, que caracteriza os processos cautelares. Assim, compete ao julgador, uma vez apresentado rol de testemunhas com a petição inicial, ponderar se a produção desta prova é, ou não, indispensável para o apuramento da matéria de facto pertinente. – Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG. Na providência cautelar, compete ao juiz, perante cada caso concreto e perante a solução que a situação concreta se lhe perspectiva, aferir da necessidade ou não de produzir prova, nomeadamente testemunhal – Ac. deste TCAN, de 12-06-2008, no Processo n.º 01507/07.4BEBRG.*

³²² Art. 118.º n.º 3 do CPTA.

providência cautelar, ao requerido se permite a contraprova também em termos de mera aparência.

Isto é, será que basta ao requerido, para abalar a prova produzida pelo requerente, apresentar também prova que apenas torne provável e apenas coloque a possibilidade de inexistência do direito invocado? Ou, por sua vez, exige-se ao requerido a destruição da prova em termos de certeza jurídica? Bastará ao requerido a prova sumária das exceções alegadas? Ou exige-se a sua prova plena?

As mesmas questões colocar-se-ão quanto ao requisito do *periculum in mora*.

Quanto a nós, parece não restarem dúvidas quanto à resposta a dar às questões colocadas: ao requerido não bastará fazer prova sumária dos factos contrários aos alegados pelo requerente. Pelo contrário, exigir-se-á do requerido uma prova mais forte e segura.

A prova exigida ao requerido, para evitar a concessão da providência cautelar requerida ou, caso a providência já tenha sido decretada sem o seu prévio contraditório, para alterar a decisão, será mais exigente do que a prova que o legislador exige ao requerente da providência. Tal circunstância encontra-se justificada pela especial situação em que o requerente se encontra, isto é, perante a aparência de titularidade de um direito e perante o perigo de esse direito ser lesado em termos irreversíveis, como veremos a propósito do próximo requisito das providências cautelares.

Neste sentido, Rita Lynce de Faria defende que a forma de o requerido destruir a prova apresentada pelo requerente apresenta *necessariamente uma exigência maior*, não obstante admitir que tal facto coloca o requerido numa posição mais fragilizada relativamente à situação em que se encontra no processo principal³²³. A autora exemplifica: *para que o juiz adquira a convicção necessária à demonstração da aparência do direito do requerente poderá bastar um testemunho, enquanto a audição de testemunha em sentido contrário apresentada pelo requerido poderá não ser suficiente para destruir o fumus boni iuris gerado pela primeira, não obstante na acção principal e nas mesmas condições, o julgador entender que foi lograda contraprova, não considerando procedente a existência do direito*³²⁴. A autora refere ainda o Ac. do TC n.º 76/03, Processo n.º 548/2000, referente à providência cautelar de arresto, o qual

³²³ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³²⁴ *Ibidem*.

considerou não existir neste caso qualquer restrição intolerável do *due process of law* e consequentemente ao princípio do contraditório e da igualdade de armas, não fazendo sentido que ao requerido baste alegar os contrafactos, como foi defendido pelo recorrente no acórdão referido, sem exercer qualquer contraprova da prova sumária lograda pelo requerente.

Importa ainda referir que, nos casos em que a providência cautelar seja requerida após ter sido proferida decisão na acção principal, mas antes do seu trânsito em julgado, facilmente se compreenderá que se a decisão foi de procedência da acção principal deverá sem mais considerar-se verificado o requisito do *fumus boni iuris*.

Pelo contrário, se a acção principal tiver sido julgada improcedente, o juiz cautelar deverá obviamente considerar o *fumus boni iuris* não verificado, não concedendo, desta forma, a providência cautelar requerida.

*O pressuposto em causa constitui, nesta medida, reflexo da natureza duplamente instrumental do procedimento cautelar, da natureza hipotética dessa instrumentalidade e da recíproca relação de dependência intercedente entre o processo principal e o processo cautelar*³²⁵.

É a existência deste requisito que, ao exigir um juízo sobre a viabilidade da acção principal intentada ou a intentar, justifica o dever de o requerente indicar a acção de que o processo depende ou irá depender – art. 114.º n.º 3 alínea e) CPTA.

O que se disse até aqui vale tanto para o direito processual civil como para o direito processual administrativo.

Como já referimos no Capítulo I, ponto 2, a propósito da evolução histórica das providências cautelares no âmbito do contencioso administrativo, o CPTA, antes da revisão efectuada em 2015, fazia distinção quanto à verificação do requisito do *fumus boni iuris* caso a providência requerida fosse conservatória ou antecipatória. O CPTA era mais exigente quanto à prova da existência do direito quando a providência requerida fosse antecipatória, na medida em que esta visa uma alteração do *status quo*, entendendo o legislador que nestes casos a prova deveria ser mais forte. Com a referida revisão o CPTA deixou de prever requisitos distintos para a apreciação e verificação do

³²⁵ SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

requisito da aparência do direito, tendo estabelecido um regime uniforme para as duas modalidades de providências³²⁶.

Não obstante a alteração legislativa levada a cabo, poderemos questionar se o juiz cautelar não deverá ser mais exigente quanto à prova do *fumus boni iuris* quando a providência requerida for antecipatória. Como já referimos, entendemos que assim deverá ser.

O juiz cautelar deverá levar a cabo uma cognição sumária e perfunctória acerca da existência do direito invocado pelo requerente ou da procedência da pretensão formulada na acção principal. Sucede que, por vezes, o juiz cautelar poderá adquirir uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado³²⁷. Ou seja, não obstante a prova carreada aos autos se tratar de uma prova de mera aparência e de probabilidade, poderá o juiz considerar que adquiriu todos os elementos necessários para a resolução definitiva do litígio. Nestes casos, tomando em conta a convicção criada no julgador, convicção em termos de certeza jurídica, tornar-se-á desnecessária a instauração da acção principal, com a consequente repetição de pedido e prova.

Perante tais situações a lei processual civil, na reforma de 2013, criou uma nova figura: *a inversão do contencioso*.

A inversão do contencioso, prevista no art. 369.º do CPC, consiste na dispensa pelo juiz da propositura da acção principal quando *a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio*³²⁸. Desta forma, encontrando-se verificados os dois

³²⁶ Mário Aroso de Almeida não concorda com a alteração efectuada na lei processual administrativa, defendendo que o seu alcance foi limitar o acesso dos cidadãos à tutela cautelar. - ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo...* ob. cit..

³²⁷ *Contudo, só muito raramente estes meios cautelares mostram de imediato o destino das acções principais. As hipóteses extremas de, logo no processo de suspensão de eficácia, se ver que o acto é ilegal ou legal são invulgares, sendo os casos resolvidos, na sua maioria, pela análise dos interesses em presença e pela sua recíproca ponderação. Com efeito a ilegalidade do acto só é «evidente» se algum dos vícios arguidos contra o acto for manifesto, indubitável, claro num primeiro olhar. «Evidente» é o que se capta e constata «de visu», sem a mediação necessária de um discurso argumentativo cuja disposição metódica permitirá o conhecimento, «in fine», do que se desconhecia «in initio». Porque as evidências não se demonstram, nunca é evidente a ilegalidade do acto fundada em vícios cuja apreciação implique demonstrações, ou seja, raciocínios complexos através dos quais se transite de um inicial estado de dúvida para a certeza de que o vício afinal existe – cf. Ac. do STA de 24-09-2009, processo n.º 0821/09.*

³²⁸ Como já referimos a propósito das medidas antecipatórias no capítulo II, ponto 1.2, a inversão do contencioso apenas se compadece com as providências cautelares antecipatórias, na medida em que apenas estas têm os mesmos efeitos do pedido apresentado na acção principal.

pressupostos exigidos – convicção segura acerca da existência do direito acautelado e providência decretada adequada – a decisão tomada no processo cautelar valerá como decisão final, ou seja, valerá como composição definitiva do litígio, ficando a cargo do requerido a proposição da ação principal destinada a impugnar a existência do direito acautelado.

Na lei processual administrativa, por sua vez, o legislador prevê a hipótese de convalidação do processo cautelar em processo principal, mediante decisão da causa principal no processo cautelar. Prescreve o art. 121.º do CPTA que *quando, existindo processo principal já intentado, se verificar que foram trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários para o efeito e a simplicidade do caso ou a urgência na sua resolução definitiva o justifique, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal, proferindo decisão que constituirá a decisão final desse processo.*

Neste âmbito podemos questionar: não é necessária a verificação do *periculum in mora* para o decretamento da inversão do contencioso? E para a convalidação do processo cautelar em processo principal? Basta a existência da convicção segura acerca da existência do direito acautelado e a existência de todos os elementos necessários para o efeito? A esta questão tentaremos responder aquando da análise do requisito do *periculum in mora*.

Por fim, importa referir que a análise e as considerações aqui feitas acerca do requisito do *fumus boni iuris* apenas valem, no âmbito processual civil, para as providências cautelares não especificadas, na medida em que o legislador prevê, para cada uma das providências especificadas, requisitos próprios adaptados a cada uma delas. Do mesmo modo, não valem para as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos previstas no art. 132.º do CPTA, nem para as providências de regulação provisória do pagamento de quantias previstas no art. 133.º do CPTA³²⁹.

³²⁹ Neste sentido, cf. Ac. do TCAN de 18-11-2016, processo n.º 00202/16.8BEVIS.

1.2. Periculum in Mora

O segundo requisito que iremos analisar é o *periculum in mora*, expressão latina que significa perigo da demora. Teve origem na doutrina clássica de Piero Calamandrei, tendo sido posteriormente adoptada pelas nossas leis processuais.

Do ponto de vista lógico, este requisito deverá ser considerado e analisado depois da verificação da probabilidade da existência do direito. Ora, se o requerente não for o provável titular do direito, o risco de lesão que eventualmente recaia sobre ele não deverá ser tutelado mediante o decretamento de uma providência cautelar. No entanto, o Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR considerou não existir omissão de pronúncia pelo facto de o tribunal *a quo* apenas ter verificado o requisito do *periculum in mora*, decidindo pela sua inexistência. Considerou que *não se verificando o periculum in mora, fica prejudicado o conhecimento dos demais requisitos, por a sua verificação ser cumulativa, improcedendo, assim, o peticionado pelos Requerentes*. O que admite a verificação do requisito do *periculum in mora* anteriormente à verificação do *fumus boni iuris*. Como veremos ao longo da presente dissertação, o *periculum in mora* é o traço característicos das medidas cautelares, sem ele não deverá ser concedida a providência requerida. Por este motivo admite-se que a sua verificação ocorra anteriormente à dos demais requisitos exigidos.

O *periculum in mora* traduz-se no perigo de ocorrência de lesão ou dano para o requerente resultante da demora da tutela do seu direito na acção principal. Perigo que a tutela cautelar visa prevenir com a urgência que se lhe encontra associada³³⁰.

Podemos identificar dois elementos no *periculum in mora*: *a demora e o dano decorrente dessa demora*³³¹.

O requisito do *periculum in mora* encontrar-se-á preenchido sempre que exista o fundado receio de que quando o processo principal termine a decisão que vier a ser proferida já não venha a tempo de dar resposta às situações jurídicas carecidas de tutela, seja porque a evolução das circunstâncias durante a pendência do processo tornou a

³³⁰ *O periculum in mora traduz-se não só na existência de perigo de produção de um dano que a providência cautelar tem a virtualidade de evitar, mas sobretudo na urgência em evitar a produção desse dano.* - FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

³³¹ *Ibidem*.

decisão inútil, seja porque tal evolução gerou ou conduziu à produção de danos de difícil reparação.

Como referimos anteriormente, a propósito da distinção entre as duas modalidades de providências cautelares, existem duas espécies de *periculum in mora*: o perigo de infrutuosidade e o perigo de retardamento.

O perigo de infrutuosidade traduz-se no perigo que o requerente corre de não conseguir fruir da sentença que virá a ser proferida na acção principal pelo facto de no decurso de acção ocorrerem factos que tornem a decisão impossível de ser executada. Nestes casos o requerente necessita de uma medida que conserve a situação existente até que a sentença final seja proferida e produza os seus efeitos de forma plena.

Por sua vez, o perigo de retardamento traduz-se nos prejuízos e danos que poderão ocorrer durante o tempo necessário à prolação da sentença definitiva. Este é um perigo ao qual o titular do direito está exposto até que veja a sua situação definitivamente resolvida na acção principal. Trata-se dos danos que poderão ocorrer em consequência da satisfação tardia do seu direito. Estes danos e prejuízos ocorrem porque não há decisão que satisfaça o direito. Nestes casos o requerente necessita de uma medida que solucione a situação provisoriamente, isto é, uma medida que dite o direito a título provisório.

Para uma melhor caracterização do *periculum in mora*, Lucinda Dias da Silva refere a sua tripla particularidade: a sua fonte, o seu grau e o seu objecto³³². *Tratar-se-á, respectivamente, de perigo decorrente do decurso do tempo processual da acção principal (fonte), que se reflecta negativamente, de forma grave e dificilmente reparável (grau), no efeito útil de tal acção (objecto).*

O requisito em análise exige, desta forma, a existência de uma situação potencial³³³ de perigo, isto é, a ocorrência de circunstâncias que se revelem capazes de afectar negativamente a esfera jurídica do provável titular do direito. No entanto, a situação de perigo e, conseqüentemente, os danos que dela advierem, não serão uns

³³² SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

³³³ *O Juiz terá assim de se colocar na situação futura de uma hipotética sentença de procedência da acção principal, verificando perfunctoriamente se existirão razões para julgar que tal decisão venha a tornar-se inútil, sem qualquer alcance prático, por entretanto se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por se terem produzido prejuízos dificilmente reparáveis para quem dela pretende beneficiar, que obstem à reconstituição natural ou à reintegração da esfera jurídica do beneficiado com a sentença.* – Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo nº 01863/16.3BEBRG.

quaisquer danos. Não se trata de prevenir o risco geral de dano jurídico, ao qual todos os direitos se encontram expostos e para os quais existe protecção noutros institutos de natureza preventiva³³⁴. Pelo contrário, deverá tratar-se de danos causados pela demora da tutela principal.

*Tal dano consiste na inutilidade prática, total ou parcial, da sentença final favorável e, conseqüentemente, na inefectividade do direito do requerente*³³⁵.

Como refere a doutrina, as providências cautelares visam apenas evitar os danos marginais³³⁶ resultantes do atraso da providência definitiva. O *periculum in mora* não é um perigo genérico de dano³³⁷. Deverá, assim, existir uma *relação de causa e efeito entre a existência duma ameaça de dano, ou de prejuízo, e a demora natural do processo principal. O perigo é só aquele que é intrínseco à duração do processo ou é favorecido por este*³³⁸.

A exigência da verificação do requisito do *periculum in mora* está prevista no CPC no n.º 1 do art. 362.º que prescreve que *sempre que alguém*³³⁹ *mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito (...)* e na parte final do n.º 1 do art. 368.º - *se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão*.

No CPTA encontra-se previsto no n.º 1 do art. 120.º: (...) *as providências cautelares são adoptadas quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado*³⁴⁰ *ou*³⁴¹ *da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do requerente*.

³³⁴ FONSECA, Isabel Celeste M., *A urgência na reforma do processo administrativo, Reforma do Contencioso Administrativo*. O debate Universitário, Vol. I, Ministério da Justiça, 2000.

³³⁵ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³³⁶ Por danos marginais deverá entender-se danos concretos, causados pelo decurso do tempo.

³³⁷ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

³³⁸ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar...* ob. cit..

³³⁹ Apesar do preceito parecer exigir que a lesão receada seja causada por mão humana, pela utilização do advérbio *alguém*, tal não corresponde à realidade, pois independentemente da prática de qualquer acto, o simples decurso do tempo necessário ao julgamento da acção principal poderá causar danos ao requerente.

³⁴⁰ A este propósito tem-se entendido que se está perante uma situação de facto consumado sempre que da não adopção da providência cautelar ocorra uma situação de impossibilidade total de reintegração da situação jurídica conforme ao Direito. Neste sentido, *vide* Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG e Ac. do STA, de 05-12-07, rec. n.º 23/07.

³⁴¹ *Quanto ao periculum in mora, pode assumir ou a vertente de fundado receio de constituição de facto consumado, ou a da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal.* – Ac. do STA de 30-04-2015, processo n.º 404/15.

Em primeiro lugar, e analisando os trechos *supra* transcritos, a lei processual civil exige que se demonstre um *suficientemente fundado receio*, enquanto a lei processual administrativa exige apenas um *fundado receio*.

Ora, o legislador exige que haja um receio de lesão fundado, justificado e assente em factos objectivos³⁴². Não basta que o requerente apresente um simples receio, temor abstracto, baseado em meras conjecturas e presunções³⁴³. Não bastará a mera possibilidade de ocorrência de lesão, nem uma desconfiança *fruto apenas da sua imaginação exacerbada ou da sua desconfiança doentia*³⁴⁴.

*Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjectiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objectiva, demonstrável através de um facto concreto*³⁴⁵. Exigem-se factos concretos que sejam suficientes para fundar o receio de lesão na esfera do requerente³⁴⁶.

O fundado receio de lesão tem de provir de factos que atestem perigos reais e certos³⁴⁷, relevando tudo de uma apreciação ponderada regida por critérios de

³⁴² António Abrantes Geraldês entende que a qualificação do receio da lesão como fundado pretende restringir as medidas cautelares, evitando a concessão descontrolada de medidas de cariz provisório e, muitas vezes, com efeitos antecipatórios. – GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

³⁴³ *A prova de que tais consequências são fundadas e não meramente prováveis constitui um ónus do requerente cautelar, não podendo o Tribunal substituir-se-lhe nesse encargo, cabendo-lhe enunciar e densificar factos concretos donde se infira, em termos de causalidade adequada, a verificação na sua esfera jurídica de danos difíceis de reparar ou irreparáveis (danos reais, directos e imediatos, e não abstractos, eventuais ou hipotéticos), e prová-los ainda que indiciariamente, oferecendo prova sumária dos fundamentos em que sustenta a existência desse requisito* – Ac. do TCAN de 13-01-2017, processo n.º 00620/16.1BEAVR.

³⁴⁴ BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil, Volume II, Artigos 264º a 466º*, 3ª Edição Revista e Actualizada, Lisboa, 2000.

³⁴⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Teoria Geral do Direito Processual civil e processo de conhecimento*, 55.ª edição revista e actualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro.

³⁴⁶ *Na apreciação do aludido justo receio de grave lesão futura e dificilmente reparável, há que avaliar, de forma objectiva, todas as circunstâncias que rodearam a prática dos factos, tomando em consideração os interesses em jogo para ambas as partes, a condição económica de cada uma, a anterior conduta do requerido e sua projecção em comportamento subsequente. Enfim, deve basear-se em factos ou em circunstâncias que, de acordo com as regras de experiência, aconselhem uma decisão cautelar imediata, sob risco de total ou parcial ineficácia da acção (declarativa ou executiva), intentada ou a intentar.* – Ac. do TRL de 23-02-2006, Processo n.º 1020/2006-6. *O ónus da prova de existência do periculum in mora cabe a quem requer a providência cautelar, através da alegação de factos concretos e plausíveis que permitam a um destinatário normal concluir que a situação de risco é efectiva, e não conjectural ou eventual.* – Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG.

³⁴⁷ *Na verdade, para o decretamento da tutela cautelar, tem o Tribunal de descortinar indícios de que essa intervenção preventiva é necessária para impedir a consumação de situações lesivas, que, de outro modo, resultariam com a demora do processo principal. Esse juízo judicial terá que ser baseado na*

objectividade e de normalidade - a gravidade e a difícil reparabilidade da lesão receada apontam para um excesso de risco relativamente àquele que é inerente à pendência de qualquer acção; trata-se de um risco que não seria razoável exigir que fosse suportado pelo titular do direito³⁴⁸.

No entanto, *nada obsta a que a providência seja decretada quando se esteja ainda face a simples ameaças advindas do requerido, ainda não materializadas, mas que permitam razoavelmente supor a sua evolução para efectivas lesões*³⁴⁹.

Enquanto a lei processual administrativa exige ser necessária a prova da existência de um *fundado receio* de lesão, a lei processual civil exige ser necessário mostrar *suficientemente fundado esse receio*.

Cumpra questionar: o CPC é mais ou menos exigente do que o CPTA?

Parece-nos que o advérbio *suficientemente* deverá ser entendido como uma limitação ao fundado receio, não se exigindo que o receio seja demasiadamente fundado mas apenas suficientemente.

Desta forma entendemos que não se verifica, quanto a esta questão, uma diferença significativa entre os dois regimes aqui em análise.

Já no que toca à lesão que se receia, o CPC exige que esta seja *grave e dificilmente reparável*; o CPTA, por sua vez, exige apenas que seja *dificilmente reparável*³⁵⁰.

Assim, no âmbito do processo civil terá de se tratar de uma lesão grave³⁵¹, que possa acarretar consequências duras, dolorosas ou trágicas para o requerente³⁵² e, em

análise de factos concretos, que permitam a um terceiro imparcial concluir que a situação de risco é efectiva, e não uma mera conjectura; - Ac. do STA de 26-06-2016, Processo n.º 0500/14. No mesmo sentido, Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

³⁴⁸ Neste sentido, vide Ac. do TRC de 19-10-2010, Processo n.º 358/10.3T2ILH.C1.

³⁴⁹ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

³⁵⁰ Exceptuando a providência de regulação provisória de quantia, prevista no art. 133.º do CPTA, que exige que *a situação possa acarretar consequências graves e dificilmente reparáveis*.

³⁵¹ *A necessidade de a lesão revestir carácter de gravidade, reporta-se à dimensão económica que aquela é susceptível de assumir.* – FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³⁵² Nesta ponderação, António Abrantes Geraldes refere que *embora sem excessos, na ponderação do decretamento de uma providencia destinada a fazer cessar uma situação ruidosa, deve atentar-se na especial sensibilidade do lesado visto como sujeito de direitos iminentemente pessoais, e não atender apenas ao padrão do homem médio, eventualmente mais apetrechado para suportar situações incómodas ou perturbadoras do sessego ou da saúde.* – GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

simultâneo, uma lesão cuja reparação seja difícil, ao ponto de justificar a intromissão na esfera jurídica do requerido³⁵³.

A gravidade da lesão e a dificuldade de reparação são requisitos cumulativos³⁵⁴. Desta forma, uma providência cautelar não será decretada se a lesão for grave, mas facilmente reparável ou, pelo contrário, dificilmente reparável mas não de gravidade suficiente que justifique a sua concessão³⁵⁵.

No que se refere à exigência de difícil reparação da lesão³⁵⁶, presente em ambas as leis processuais em análise, importa clarificar o que pretendeu o legislador com tal exigência.

A nossa jurisprudência³⁵⁷ e doutrina têm considerado que para a concretização do que se deverá entender por lesão dificilmente reparável, deverão atender-se a dois critérios: um critério subjectivo e um critério objectivo.

Um critério subjectivo, segundo o qual se deverá atender às possibilidades económicas do requerido para vir a suportar a reparação do direito do requerente. Desta forma, atendendo às possibilidades económicas concretas do requerido, a lesão será dificilmente reparável nos casos em que o requerido se encontre em situação económica instável e precária³⁵⁸, sendo previsível que a lesão causada ao requerente não irá ser reparada³⁵⁹.

³⁵³ Não se pode olvidar que, tratando-se de uma tutela cautelar decretada muitas vezes sem a audiência da parte contrária, não se poderia conceber que fosse qualquer lesão a justificar a ingerência na esfera jurídica do demandado, acaso lhe produzindo dano de que não pudesse ser ressarcido em caso de injustificado recurso à providência cautelar. – Ac. do TRL de 23-02-2006, Processo n.º 1020/2006-6.

³⁵⁴ Não basta uma mera lesão jurídica, mas uma real, efectiva e objectiva lesão ‘in natura’, bem como não basta um qualquer despiendo dano, lesão ou prejuízo, mas antes um prejuízo relevante, irreparável ou de difícil reparação. – Ac. do TRG de 27-02-2014, Processo n.º 8159/13.OTBBRG.G1. Não é qualquer lesão que, no procedimento cautelar comum, justifica a intromissão na esfera jurídica dos requeridos. Tem que ser uma lesão grave e de difícil reparação. – Ac. do TRC de 22-11-2005, processo n.º 3025/05. O facto de o legislador ter ligado as duas expressões com a conjunção copulativa “e”, em vez da disjuntiva “ou”, é prova disso mesmo - GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil...* ob. cit..

³⁵⁵ O que significa que apenas merecem a tutela provisória consentida pelo procedimento cautelar comum as lesões graves e de difícil reparação, ficando arredadas do círculo de interesses acautelados pelo procedimento cautelar comum, ainda que se mostrem de difícil reparação, as lesões sem gravidade ou de gravidade reduzida, do mesmo modo que são afastadas as lesões que, apesar de serem graves, sejam facilmente reparáveis. – Ac. do TRC de 22-11-2005, processo n.º 3025/05.

³⁵⁶ Deverá entender-se que cabem no conceito de lesões dificilmente reparáveis as lesões irreparáveis, na medida em que se trata de situações de maior gravidade do que as previstas pelo legislador.

³⁵⁷ Ac. do TRP de 22-11-2011, processo n.º 1408/11.1TJPRT.P1.

³⁵⁸ Neste sentido, vide o Ac. do TRC de 19-10-2010, processo n.º 358/10.3T2ILH.C1: *Na ausência de alegação de quaisquer factos concretos que permitam ajuizar dessa situação económico-financeira, o tribunal, ao contrário do pretendido, não pode presumir que o requerido não disponha de*

Por sua vez, um critério objectivo que terá em conta o tipo de lesão, a natureza do direito em causa, o tipo de sanção prevista pela ordem jurídica³⁶⁰ e as formas admissíveis de reparação da lesão.

Perante o exposto o julgador deverá ter sempre presente as várias formas existentes para a reparação da lesão: a reconstituição natural, que se traduz na obrigação de reconstituir a situação anterior à lesão, ou seja, o dever de repor as coisas na situação em que estariam caso o evento lesivo não se tivesse produzido, e a indemnização em dinheiro que tem carácter subsidiário, tendo lugar apenas nas situações em que a reconstituição natural não seja viável, quando não repare integralmente o dano ou quando seja excessivamente onerosa para o devedor³⁶¹. A indemnização colocará o lesado numa situação equivalente³⁶² à situação em que se encontrava antes de se ter produzido o dano ou poderá apenas funcionar como reparação.

Ora, tendo em conta este critério objectivo, terá de se analisar a situação em concreto e as hipóteses existentes para posterior reparação da lesão.

Se a lesão for passível de reconstituição natural, isto é, se for possível colocar o requerente/lesado na situação em que se encontrava antes da lesão, a medida cautelar requerida não deverá ser concedida. Ou seja, nestas situações a lesão não poderá ser considerada dificilmente reparável.

Pelo contrário, nos casos em que não seja possível a reconstituição natural e a indemnização, subsidiariamente, também não seja capaz de compensar totalmente o lesado pelos danos sofridos³⁶³, deverá então ser concedida a providência cautelar

meios que lhe permitam suportar o pagamento da indemnização devida à requerente pelos prejuízos de índole exclusivamente patrimonial decorrentes da perda total ou parcial do veículo, bem como da sua depreciação, desvalorização ou desgaste e, bem assim, dos lucros cessantes deixados de auferir pela requerente pelo facto de não estar ainda na posse do veículo (art.º 264º, n.ºs 1 e 2).

³⁵⁹ Rita Lynce de Faria apresenta os dois critérios. No entanto, conclui no sentido de *para a determinação do qualificativo dificilmente reparável, deve adoptar-se um critério objectivo, que atenda, não à situação patrimonial subjectiva do requerido, mas à natureza da lesão que a tutela cautelar visa afastar*. Desta forma, a autora rejeita o critério subjectivo. - FÁRIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³⁶⁰ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

³⁶¹ Art. 566.º do CC.

³⁶² Denominada reintegração por sucedâneo.

³⁶³ *Como prejuízos de difícil reparação têm-se entendido os resultantes de actuações administrativas que tornam extremamente difícil a reparação da situação anterior à lesão, causando danos que, ainda que susceptíveis de quantificação pecuniária, a sua compensação se mostre sempre insuficiente para devolver ao lesado a situação em que ele se encontraria sem eles*. Neste sentido, Ac. do TCA do Sul de 02-01-08, proferido no processo n.º 239/08.

requerida, na medida em que tais situações se enquadram no conceito de *lesões dificilmente reparáveis*³⁶⁴.

Por fim, quando esteja em causa uma lesão que pode ser ressarcida mediante uma indemnização por equivalente, ou seja, lesões susceptíveis de compensação pecuniária equivalente ao valor do dano, coloca-se a questão de saber se tais lesões se deverão incluir ou não no conceito de *dificilmente reparáveis*.

Ora, se são lesões reparáveis mediante uma compensação pecuniária tudo indica que poderão ser ressarcidas posteriormente, após a ocorrência da lesão. E, vistas as coisas por este prisma, seríamos levados a concluir que são lesões que não são de difícil reparação.

No entanto, coloca-se a questão: justificar-se-á permitir a ocorrência da lesão, apenas pelo facto de se saber à partida que ela poderá ser economicamente ressarcida através do pagamento de uma quantia pecuniária equivalente ao valor do dano? O critério deverá ser o da susceptibilidade ou insusceptibilidade de avaliação pecuniária dos danos?

Concordamos com Rita Lynce de Faria quando afirma que nestes casos *deverá incluir-se no conceito de dificilmente reparável a lesão que possa vir a ser indemnizada a posteriori*, concluindo no sentido de que *apenas não são susceptíveis de tutela cautelar aquelas lesões que possam, a posteriori, ser objecto de reconstituição natural*³⁶⁵.

Isabel Celeste Fonseca refere que *o facto de o dano ser de difícil ou impossível reparação não significa que esse dano tenha de ser irressarcível, mas apenas irreversível, ou seja, a irreparabilidade não significa irressarcibilidade, já que quem solicita a tutela cautelar pretende, em primeira instância, que o bem tutelado permaneça íntegro e não o pagamento de qualquer indemnização*³⁶⁶.

A este propósito Tiago Amorim alerta para o facto de continuarem ainda a ser recusadas providências cautelares com *o argumento de que o requerente pode aguardar*

³⁶⁴ Rita Lynce de Faria exemplifica estes casos com a produção de danos não patrimoniais. - FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit.. Neste sentido, *vide* Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

³⁶⁵ FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit.. No mesmo sentido *vide* - GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit., ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Tutela Cautelar...* ob. cit. e HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada...* ob. cit..

³⁶⁶ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

*pela sentença, na medida em que os prejuízos que venha a sofrer na pendência do processo principal são facilmente avaliáveis ou quantificáveis*³⁶⁷. O autor defende que a interpretação segundo a qual *prejuízos de difícil reparação* são apenas aqueles prejuízos de difícil reparação pecuniária encontra-se ultrapassada, pois a letra da lei administrativa é clara no sentido de pretender evitar *situações de facto consumado*. Refere ainda que a junção das duas expressões – *situação de facto consumado*³⁶⁸ e *prejuízos de difícil reparação* – pretendeu afastar definitivamente o *critério da susceptibilidade de avaliação pecuniária do dano*.

Neste sentido *vide* o Ac. do TCAN de 10-03-2005, processo n.º 00303/04.5BEMDL, no qual se pode ler: *na análise do requisito do periculum in mora e quando se trata de aferir da possibilidade de se produzirem prejuízos de difícil reparação o critério a atender deixou de ser aquele que jurisprudencialmente era aceite em matéria de análise do requisito positivo da al. a), do n.º 1 do art. 76º da LPTA, ou seja, o da susceptibilidade ou insusceptibilidade da avaliação pecuniária dos danos, para passar a ser o da maior ou menor dificuldade que envolve o restabelecimento da situação que deveria existir se a conduta ilegal não tivesse tido lugar, já que o juiz deve ponderar as circunstâncias concretas do caso em função da utilidade da sentença e não decidir com base em critérios abstractos, sendo que, nessa ponderação, o juiz deve atender a todos os prejuízos relevantes para os interesses do requerente, quer o perigo respeite a interesses públicos, comunitários ou colectivos, quer estejam em causa apenas interesses individuais*.

Importa ainda referir a possibilidade prevista no n.º 3 do art. 368.º do CPC da providência decretada ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, sempre que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente. Tal possibilidade não se encontra prevista no CPTA.

³⁶⁷ AMORIM, Tiago, *As providências cautelares do CPTA: um primeiro balanço*, CJA n.º 47, Setembro/Outubro 2004.

³⁶⁸ *Um acto cuja execução envolva como consequência a cessação da actividade dum estabelecimento comercial tal implica a produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente cautelar visa assegurar no processo principal, já que a perda de clientela origina lucros cessantes indetermináveis com rigor, pelo que tal realidade configura um claro preenchimento do requisito do “periculum in mora”, mormente, na sua vertente do facto consumado e inclusive na dos prejuízos de difícil reparação.* – Ac. do TCAN de 14-03-2014, processo n.º 01334/12.7BEPRT-A.

Para além dos requisitos da *gravidade*³⁶⁹ e da *dificuldade de reparação*, alguma doutrina e jurisprudência defendem ainda que a lesão deverá ser actual e iminente³⁷⁰.

No que se refere a estas duas características adicionais que a doutrina associa à lesão, diz-se que a lesão deverá estar prestes a ocorrer ou muito próxima de se verificar³⁷¹. Rita Lynce de Faria refere que se *impõe que haja indícios de que a lesão possa ocorrer a qualquer momento*³⁷².

Desta forma, a doutrina defende que o perigo ou ameaça que recai sobre o direito do requerente deverá ser contemporâneo à providência.

Nessa medida, a providência deverá ser recusada nas situações em que o perigo já existia anteriormente ao requerimento da providência e o requerente se conformou com a situação, não tendo tomado qualquer atitude ou reacção durante um largo período de tempo, tendo apenas requerido a providência muito depois do surgimento do perigo de lesão. Ora, se o requerido aceitou e se manteve na situação de perigo só agora alegada, não se justifica a concessão *a posteriori* da providência cautelar. Neste sentido, vide o Ac. do TRP de 11-04-1996 in Boletim do Ministério da Justiça n.º 456, no qual se decidiu que *sofrendo o requerente, há mais de cinco anos, danos diversos, não pode pôr-lhes fim através da providência cautelar não especificada, a menos que alegue e prove a existência dum agravamento de modo substancial da eventual violação dos seus direitos subjectivos*.

No entanto, deverá ter-se em conta que poderão ocorrer factos supervenientes que ameacem o direito e justifiquem a concessão da providência.

Desta forma, poder-se-á afirmar que a tutela cautelar exige a alegação e prova de actos actuais, contemporâneos ao requerimento cautelar, que demonstrem o fundado receio de que irá ocorrer um acto futuro que causará prejuízos de difícil reparação ao requerente, e que esse acto futuro é consequência do acto actual, isto é, exige-se um nexo de causalidade entre o acto actual e o acto futuro.

³⁶⁹ Característica exigida apenas no âmbito do processo civil.

³⁷⁰ Neste sentido, vide Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

³⁷¹ Não obstante tal exigência não estar prevista na lei, Rita Lynce de Faria defende que a conclusão da sua exigência é forçosa, sob pena de se desvirtuar a função excepcional da tutela cautelar - FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental...* ob. cit..

³⁷² *Ibidem*.

Apesar do exposto, concordamos com Tiago Amorim quando refere que *a exigência de actualidade deve ser entendida num sentido lato, não sendo exigível que o dano esteja absolutamente iminente ou seja contemporâneo da providência*³⁷³.

A função das providências cautelares é preventiva e, nessa medida, deverão prevenir os danos que poderão ocorrer até que a decisão final seja proferida³⁷⁴.

Como já referimos, inexistente um prazo dentro do qual deva ser requerida a providência cautelar, estando o prazo de caducidade para o exercício do respectivo direito associado à acção principal de que depende, nos termos do disposto no art. 123.º do CPTA e do art. 373.º do CPC.

No entanto, a este propósito importa referir que a LGTFP estipula um prazo para a apresentação do requerimento da providência cautelar de suspensão do despedimento ou demissão. Estipula o n.º 2 do art. 299.º da referida Lei que *a providência cautelar que visa a suspensão do despedimento ou demissão deve ser requerida no prazo de 30 dias a contar da data de produção de efeitos da extinção do vínculo*.

Independentemente de saber qual é o prazo a considerar para efeitos da acção principal, o certo é que o prazo de 30 dias constante do n.º 2 do art. 299.º constitui uma restrição injustificada à tutela cautelar, na medida em que estipula um prazo dentro do qual o interessado deverá requerer a providência cautelar de suspensão do despedimento ou demissão, independentemente de neste prazo já existirem ou não prejuízos de difícil reparação.

Neste sentido, tivemos acesso a um processo, que não se encontra publicado na base de dados jurídica³⁷⁵, no qual foi requerida uma providência cautelar de suspensão de eficácia de um acto administrativo consubstanciado numa deliberação que aprovou a proposta de aplicação da sanção disciplinar de despedimento. A requerente, no requerimento cautelar apresentado já depois de decorridos os 30 dias, alegou o

³⁷³ AMORIM, Tiago, *As providências cautelares...* ob. cit.. O autor refere que não faz qualquer sentido recusar uma providência com base na não actualidade de um dano que apenas poderá previsivelmente ocorrer no prazo de dois meses, sabendo-se de antemão que a emissão da sentença demorará ainda, pelo menos, quatro meses. Se a tutela cautelar visa assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo principal, deve ser considerado qualquer dano que possa colocar em perigo essa utilidade, independentemente do momento em que esse dano possa vir a ocorrer – ponto é que ela possa ocorrer antes da emissão da sentença.

³⁷⁴ No mesmo sentido, vide HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada...* ob. cit..

³⁷⁵ O processo referido não se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

periculum in mora, que se traduzia em prejuízos económico-financeiros decorrentes do não recebimento do vencimento, colocando-a numa situação manifestamente insustentável face às despesas fixas que mensalmente suporta.

A entidade requerida alegou a exceção de caducidade com base no n.º 2 do art. 299.º da LGTFP e, em sede de contraditório, a requerente argumentou que, na maioria dos casos, tal como neste, o *periculum in mora* apenas ocorre em momento posterior aos 30 dias que a lei concede para requerer a providência cautelar. Ora, não é previsível que antes dos 30 dias após a extinção do vínculo laboral e da correspondente perda da remuneração, resultem prejuízos para o trabalhador, de molde a preencher o requisito do *periculum in mora*.

Desta forma, nos casos em que o *periculum in mora* só se encontra verificado em momento posterior aos 30 dias contados a partir da extinção do vínculo, o requerente da providência jamais obterá ganho de causa. Se requerer a providência cautelar no prazo de 30 dias, esta será indeferida com fundamento na inexistência de prejuízos de difícil reparação, uma vez que nesse momento aqueles ainda não existem nem se sabe quando existirão; por sua vez, se requerer a providência cautelar aquando do início da ocorrência do perigo dos prejuízos de difícil reparação, a providência cautelar será indeferida com fundamento na sua caducidade.

No caso em apreço foi suscitada a inconstitucionalidade do n.º 2 do art 299.º do RGTFP por violação do art. 20.º da CRP, não tendo sido ainda proferida decisão do TC.

O mesmo ocorrerá nos casos em que o trabalhador a quem é aplicada a pena disciplinar de despedimento, cujo cônjuge tem rendimentos elevados e cuja vida familiar é financeiramente consistente, facilmente suportada apenas pelo rendimento daquele cônjuge, mas que, após o decurso do prazo de 30 dias para requerer a providência cautelar de suspensão de eficácia da decisão de despedimento ou demissão, se vê confrontado, inesperadamente, com a situação de falecimento do seu cônjuge, com a dissolução do seu casamento ou com o despedimento deste. Nesta situação, o trabalhador, já com o direito de requerer a providência cautelar de suspensão de eficácia de decisão de despedimento ou demissão caducado, por decurso do prazo, mas ainda com o processo principal a decorrer, vê-se inibido de acautelar a situação precária em que se encontra.

Pelo exposto, podemos concluir que a actualidade do perigo de dano deverá ser aferida pela probabilidade da sua ocorrência até à prolação da sentença no processo principal, não podendo estipular-se um prazo dentro do qual esse perigo venha a ocorrer e, por esse motivo, não se poderá estipular um prazo dentro do qual se deverá requerer a providência cautelar.

Se a providência cautelar visa acautelar lesões futuras, aquela apenas não deverá ser decretada nos casos em que a lesão já se encontre consumada e não haja receio de ulteriores lesões similares. Pelo contrário, justificar-se-á a sua concessão quando estejamos perante actos de duração continuada³⁷⁶, o que significa que um acto consumado poderá legitimar a concessão de uma providência cautelar quando haja receio da sua continuação³⁷⁷.

Ademais, poderá suceder que, no decurso do procedimento cautelar, venha a ocorrer a lesão que se visava evitar. Nestas situações, cremos que a utilidade do procedimento cautelar se vê frustrada, devendo o tribunal extinguir a instância por inutilidade superveniente da lide.

Reiteramos novamente a ideia de que a função da tutela cautelar é a prevenção do dano; verificando-se esse dano, deixará de existir o seu fundamento. O *periculum in mora* constitui, desta forma, o verdadeiro fundamento que legitima a concessão de uma medida cautelar.

No que se refere à prova da existência deste requisito de concessão das providências cautelares, a doutrina não é unânime.

Vimos já que o primeiro requisito de atribuição das providências cautelares – *o fumus boni iuris* – se basta com uma prova sumária, baseada na probabilidade e

³⁷⁶ *Pese embora se mostrarem fora da protecção concedida pelo procedimento cautelar comum as lesões de direitos já inteiramente consumadas, a verdade é que não se nos afigura defensável o mesmo entendimento quando se estiver perante lesões de natureza continuada ou repetida. Nestes casos o que se visa é prevenir, evitar e pôr termo à continuação ou repetição de actos lesivos, para os quais se entende como adequado o recurso ao procedimento cautelar comum com o consequente decretamento de uma providência que vise pôr fim à referida lesão de direitos com essa natureza.* – Ac. do TRL de 20-08-2007, processo n.º 6794/2007-6. *O procedimento cautelar comum é admissível com carácter antecipatório da decisão de mérito pretendida na acção de que é dependência, quando a lesão já está consumada, como forma de evitar a continuação do dano.* – Ac. do TRP de 08-07-2015, processo n.º 912/14.4T8PRT.P1.

³⁷⁷ Para lá de a situação de perigo a defender dever ser actual, não deve a mesma estar consumada, dado que o procedimento cautelar não visa corrigir situações (para isso serve a pertinente acção declarativa que se seguirá ao procedimento), mas prevenir a lesão grave e de difícil reparação, nada obstando, contudo, a que se atenda às lesões continuadas ou repetidas, se disso for caso. – Ac. do TRC de 29-02-2012, processo n.º 51/10.7TBPNC.C2.

verosimilhança da existência do direito. Ou seja, quanto à prova deste requisito, a lei não exige a prova plena da existência do direito.

No que toca ao requisito agora em análise – *o periculum in mora* – alguns autores defendem que se exige um *juízo de certeza (...) que se revele suficientemente forte para convencer o julgador acerca da necessidade de decretamento da providência*³⁷⁸, equiparando a prova do *periculum in mora* à prova da acção principal.

Outros autores argumentam no sentido de não se exigir um juízo de certeza, mas, ainda assim, defendem a aplicação de um critério mais rigoroso na apreciação do receio do perigo quando comparado com o juízo da aparência do direito³⁷⁹. Defendem a utilização de critérios mais exigentes na avaliação do *periculum in mora* sem, contudo, exigir um juízo de certeza³⁸⁰.

E há ainda autores que defendem que apenas se deverá exigir um juízo de verosimilhança relativamente à existência do dano futuro, exigindo-se um grau de prova equivalente ao exigido para a prova do *fumus boni iuris*.

Isabel Celeste de Fonseca enuncia três pressupostos sobre os quais o juiz deverá efectuar o juízo de prognose: i. *se as circunstâncias de facto do caso em concreto indiciam a existência de um motivo sério para recear o facto danoso*; ii. *se o facto receado carece de tutela urgente e se é necessário acautelar a sua protecção pela via provisória*; iii. *qual a melhor maneira de providenciar a sua protecção, uma vez*

³⁷⁸ FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

³⁷⁹ Também alguma jurisprudência segue neste sentido: *probabilidade séria da existência do direito invocado basta-se com um mero juízo de verosimilhança, isto é, com uma prova sumária; outrotanto não acontecendo com a apreciação dos factos integradores do “periculum in mora”, em que se deve usar um critério mais rigoroso, tendo o requerente que provar os danos que visa acautelar, sendo certo que se exige a prova da gravidade e da difícil reparação das consequências danosas da manutenção do “status quo”* – Ac. do TRC de 22-11-2005, processo n.º 3025/05 e A. do TRC de 29-02-2012, processo n.º 51/10.7TBPNC.C2.

³⁸⁰ Neste sentido, vide Ac. do TCAN de 17-04-2015, processo n.º 03175/14.8BEPRT, transcrevendo-se excerto do seu sumário: *A prova da existência do direito a acautelar basta-se com indícios de uma probabilidade séria da sua existência, ficando a certeza da sua existência para a acção principal; a prova da produção dos prejuízos de difícil reparação carece da demonstração de que estes são evidentes e reais, através de factos que mostrem ser tais prejuízos fundamentados. Se, como se disse supra, não é de exigir a prova da sua existência, nos termos em que deverá ser produzida no âmbito da acção, bastando que se indique uma probabilidade séria, suficientemente forte, entre a simples ou mera possibilidade e a certeza de tal direito, no que diz respeito à lesão do direito ou à produção dos prejuízos irreparáveis ao requerente, este já tem de demonstrar que estas são evidentes e reais, alegando factos concretos que, mesmo a provar de forma indiciária, demonstrem ser tal lesão, ou receio de lesão, ou produção de prejuízos irreparáveis fundamentados.*

*ponderados os interesses do requerente e do requerido, sendo da opinião de que para a prova do *periculum in mora* se deverá exigir uma prova em termos de certeza*³⁸¹.

Célia Sousa Pereira defende que *o juiz tem de basear a sua decisão num juízo de quase certeza fundado em factos que permitam concluir pela verificação da previsível lesão*³⁸².

Sofia Henriques, sendo da opinião de que não se exige um juízo de certeza para a prova do *periculum in mora*, defende que a intensidade da prova deverá variar tendo em conta dois critérios: *seja forte ou fraca a aparência do direito*³⁸³ *e seja maior ou menor o prejuízo para o requerido*³⁸⁴.

Pedro Costa Valadas defende que o juiz deverá utilizar critérios mais rígidos na apreciação do *periculum in mora* do que na apreciação do *fumus boni iuris*. Não obstante, considera não ser de exigir uma certeza inequívoca, na medida em que tal prova não se coaduna com a natureza dos processos cautelares³⁸⁵.

Argumentos existem em abono de todas as teses referidas: diríamos, o *periculum in mora* é um requisito exclusivo do procedimento cautelar, pois não é valorado pelo juiz na acção principal.

Ora, se o perigo da lesão apenas é tido em conta pelo juiz cautelar, poderíamos ser levados a concluir que ao requerente se exigiria a efectiva prova da sua existência.

Pelo contrário, exigir ao requerente a prova plena da existência de um perigo de lesão futura seria desvirtuar a figura do procedimento cautelar, que como já vimos é caracterizado pela celeridade, urgência e cognição sumária.

Poderemos até argumentar que, o facto de se exigir ao requerente uma prova plena do *periculum in mora* colocaria em causa o objectivo da tutela cautelar, na medida em que tornaria a prova de um elevado grau de exigência que implicaria uma maior duração do procedimento.

³⁸¹ Neste sentido, vide ALMEIDA, Luís Pedro Moitinho de, *Providências Cautelares não especificadas*, Coimbra Editora, 1981.

³⁸² PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

³⁸³ Rita Lynce de Faria também nos fala da ponderação recíproca entre *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ainda que não dispensando a presença de qualquer um deles - *Dado que o periculum in mora assenta num juízo de prognose sobre um eventual dano futuro, faz sentido que uma maior ou menos gravosidade daquele venha a ser ponderada com a maior ou menor probabilidade da existência actual do direito* - FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

³⁸⁴ HENRIQUES, Sofia, *A tutela cautelar não especificada...* ob. cit.. No mesmo sentido, vide AMORIM, Tiago, *As providências cautelares...* ob. cit..

³⁸⁵ VALADAS, Pedro Rogério Costa, *Considerações sobre...* ob. cit..

Ademais, tratar-se-ia de uma prova quase diabólica, pois não seria razoável exigir a prova efectiva da ocorrência de um evento futuro, relativamente ao qual, no nosso entendimento, apenas se poderão formular juízos baseados na sua previsibilidade, isto é, juízos de prognose³⁸⁶.

Sem olvidar o facto de estarmos perante um requisito atendível apenas em sede cautelar, sendo o requisito por excelência que justifica a concessão de uma providência cautelar, sempre se dirá que a sua prova não poderá exigir, no espírito do julgador, o nível de certeza absoluta³⁸⁷.

Dito isto, resta-nos a hipótese intermédia, segundo a qual não será exigível uma prova em termos de certeza quanto à verificação do *periculum in mora*, mas também não bastará alegar o simples receio ou temor, o que equivale a dizer que não bastará a mera probabilidade de vir a ocorrer o evento lesivo que se pretende evitar.

Somos da opinião que esta será a solução mais equilibrada e, de igual forma, terá sido essa a intenção do legislador ao utilizar a expressão *fundado receio*.

No que toca a este requisito, tanto o CPTA como o CPC apresentam o mesmo nível de exigência, ao prescreverem ambas as leis processuais que deverá existir o *fundado receio* de vir a ocorrer o evento lesivo para o requerente.

No entanto, o CPC no n.º 1 do artigo 368.º acrescenta-lhe o advérbio *suficientemente*. Cremos que o legislador, ao aditar tal adjectivo, pretendeu fazer uma exigência e, ao mesmo tempo, colocar-lhe um limite³⁸⁸. Ou seja, o receio terá de ser *fundado* mas bastará que seja *suficientemente fundado*, não sendo exigida uma certeza absoluta quanto à ocorrência do evento lesivo³⁸⁹.

³⁸⁶ O juiz deve, pois, fazer um juízo de prognose, colocando-se na situação futura de uma hipotética sentença de provimento, para concluir se há, ou não, razões para recear que tal sentença venha a ser inútil, por entretanto se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por se terem produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deveria beneficiar, que obstam à reintegração específica da sua esfera jurídica - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..

³⁸⁷ Ademais, como refere Tiago Amorim, em nenhum lugar, porém, o CPTA prevê que a providência só é decretada quando haja certeza quanto à produção do dano, quando seja certo que esse dano se produzirá - AMORIM, Tiago, *As providências cautelares...* ob. cit..

³⁸⁸ Como refere Pedro Costa Valadas, o advérbio *inculca a ideia de que, tida em conta a urgência do procedimento cautelar, o juiz deve evitar o risco de demasiada exigência na investigação.* - VALADAS, Pedro Rogério Costa, *Considerações sobre...* ob. cit..

³⁸⁹ Em sentido contrário, Célia Sousa Pereira defende que o advérbio de modo utilizado na redacção da norma revela que o julgador não se deve satisfazer com a mera probabilidade de existência do receio da lesão. Deve antes estar convencido de que o não decretamento da providência acarretará, necessariamente, lesão grave e dificilmente reparável ao direito do seu titular. - PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

Neste sentido, concluímos que o requerente terá de alegar e provar factos que consubstanciem a situação de perigo existente para o seu direito, demonstrando e criando no espírito do julgador a convicção de que com grande probabilidade irá ocorrer um evento lesivo que colocará em causa o pleno exercício do seu direito.

Os factos alegados, que se traduzem na situação de perigo, não terão que ser objecto de prova plena pelo requerente. O requerente terá que provar sumariamente que existe um suficiente e fundado receio de que tal lesão irá ocorrer num futuro próximo e, convencendo o juiz cautelar que tais factos irão dar lugar, com grande e elevada probabilidade, a uma lesão, a providência que vise evitar a ocorrência de tal evento lesivo será decretada.

Em síntese, somos da opinião de que não bastará um juízo de mera probabilidade mas, por seu turno, não se exigirá um juízo de certeza³⁹⁰. Será necessária a prova de factos objectivos que coloquem em perigo o direito, criando no espírito do julgador a convicção segura³⁹¹ de que a actual situação de perigo se irá converter em dano para o requerente. Convicção segura que não terá de corresponder a uma certeza absoluta quanto à sua verificação futura, mas terá de corresponder sim a uma suficiente probabilidade de ocorrência da lesão que justifique a concessão da medida cautelar.

Antes de encerrarmos a análise do *periculum in mora*, até aqui visto como um requisito a ser analisado para o decretamento de uma providência cautelar, iremos dar continuidade à questão levantada por Rui Pinto, acerca de qual a sua natureza jurídica³⁹².

O autor coloca a seguinte questão: o *periculum in mora*, isto é, a existência do perigo de dano a um direito, constitui um pressuposto processual de admissibilidade do pedido? Ou, por sua vez, trata-se de um pressuposto material de procedência do pedido?

Estaremos perante um pressuposto processual que se traduz no interesse em agir do requerente da providência cautelar? Ou estaremos perante um pressuposto de

³⁹⁰ No mesmo sentido seguia a doutrina de Alberto dos Reis, o qual argumentava, em relação ao juízo a formular quanto à verificação do *periculum in mora*, que *senão de certeza e segurança absoluta, ao menos de probabilidade mais forte e convincente* do que era exigível quanto à verificação da aparência do direito. – REIS, José Alberto dos, *A figura do processo cautelar*, Separata nº 3 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1947.

³⁹¹ Há que *obter uma convicção tão segura quanto as circunstâncias consintam*. – TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11ª Edição, Coimbra Editora.

³⁹² PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

procedência do pedido formulado e, nessa medida, o *periculum in mora* constitui a causa de pedir cautelar?

A questão levantada reveste-se de enorme importância, porquanto *a causa de pedir integra os factos que se subsumem à norma material que estatui o direito alegado*³⁹³ e, se concluirmos que o *periculum in mora* constitui um pressuposto material, a sua ausência traduzir-se-á numa decisão final de improcedência do pedido, formando caso julgado material e implicando a existência da excepção dilatória de litispendência; por sua vez, *o interesse processual integra os factos que se subsumem à norma processual que estatui a accionabilidade desse direito*³⁹⁴, e se considerarmos que o *periculum in mora* constitui um pressuposto processual, a sua ausência traduzir-se-á apenas numa decisão de caso julgado formal e não gerará as excepções dilatórias de litispendência e de caso julgado material em relação a posteriores providências cautelares.

A questão fundamental que acabámos de formular poderá, em síntese, ser a seguinte: o *periculum in mora* é pressuposto ou fundamento do procedimento cautelar?

Lucinda Dias da Silva afirma que *o conjunto de factos em que o perigo em causa se consubstancia integra o núcleo principal da causa de pedir da acção cautelar*³⁹⁵.

Pedro Costa Valadas, defendendo uma posição intermédia, afirma que *o interesse em agir, que constitui na generalidade das acções judiciais um pressuposto processual autónomo, atinge aqui uma especial relevância, de modo a evitar abusos na utilização desta forma de composição provisória de conflitos*³⁹⁶.

Tradicionalmente, a doutrina referia-se ao *periculum in mora* como um pressuposto processual do procedimento cautelar, elencado ao lado do *fumus boni iuris* e do princípio da proporcionalidade. No entanto, actualmente, alguma doutrina e jurisprudência referem-se a ele como a causa de pedir cautelar.

Da nossa parte, cremos que o *periculum in mora* constitui o elemento principal da tutela cautelar e, por esse motivo, constitui o seu verdadeiro fundamento. Assim, mesmo que o requerente demonstre a provável existência do seu direito, isso não bastará

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

³⁹⁵ SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

³⁹⁶ VALADAS, Pedro Rogério Costa, *Considerações sobre...* ob. cit..

para que lhe seja concedida a providência requerida. Ele terá também de provar a existência de um perigo que com forte probabilidade causará danos ao seu direito.

Caso o requerente não demonstre a existência deste perigo de dano e da previsibilidade de ocorrência de prejuízos para o seu direito, a providência não será decretada.

Aquando da elaboração do requerimento cautelar o requerente situa a sua causa de pedir no receio, no temor fundado que sobre ele paira de vir a sofrer um dano.

Cremos que a existência deste perigo consubstancia a causa de pedir cautelar, porquanto esta corresponde ao conjunto de factos constitutivos e essenciais da situação jurídica que o requerente pretende fazer valer.

O facto jurídico a partir do qual o requerente deduz a sua pretensão³⁹⁷, isto é, as razões que servem de fundamento ao pedido, a nosso a ver, traduzem-se no receio de constituição de uma situação de dano ou prejuízo dificilmente reparável para o seu direito.

E, por esse motivo, somos da opinião que o *periculum in mora* constitui a causa de pedir cautelar, constitui o verdadeiro fundamento da existência deste tipo de procedimentos.

No mesmo sentido, Rita Lynce de Faria defende que *o periculum in mora ao contrário do interesse processual, constitui pressuposto material de concessão da providência cautelar. Na medida em que a norma que legitima a concessão da providência cautelar inclui na sua previsão o periculum in mora, este elemento não pode deixar de ser considerado requisito material da aplicação da respectiva estatuição*³⁹⁸.

Dignas de nota são as conclusões que Rui Pinto retira da sua análise quanto à natureza jurídica do *periculum in mora*.

³⁹⁷ GRAÇA, Mariana Xavier de Oliveira, *A Alteração do Pedido e da Causa de Pedir no Processo Civil*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil – apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

³⁹⁸ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit.. A autora faz também referência ao interesse em agir da acção principal, considerando que a análise do *periculum in mora* implicará uma análise da existência do interesse em agir do requerente na acção principal, evitando que seja dado provimento a uma medida cautelar instrumental a uma acção principal na qual o requerente não apresente interesse em agir e, por esse motivo, irá dar origem a uma decisão de absolvição da instância. Esta análise do interesse em agir na acção principal, acabará por determinar o interesse na própria acção cautelar.

O autor parece concluir no sentido de o *periculum in mora* constituir a causa de pedir cautelar, ao referir que *as providências cautelares parecem ter como causa de pedir um receio, perigo ou iminência de um dano que é futuro, seja porque o facto lesivo ainda não se produziu, seja porque, ainda que se tenha produzido, a sua potencialidade danosa não está já exaurida. Por isso é que se negam providências cautelares quando o facto ilícito já tenha exaurido toda a sua potencialidade danosa.*³⁹⁹

No entanto, e no desenrolar do seu raciocínio, o autor acaba por nos dar uma outra ideia do próprio conceito de perigo que a tutela cautelar visa salvaguardar.

Referimos anteriormente que os danos que as providências cautelares visam evitar são danos causados pela demora da tutela principal. Afirmámos que o que está em causa na tutela cautelar não é a prevenção de um dano geral, mas sim do dano marginal resultante do atraso da providência definitiva, causando a inutilidade prática da mesma.

Desta forma, identificámos a raiz do *periculum in mora* como sendo processual, sendo o objecto da tutela cautelar um perigo intrínseco à duração do processo.

Rui Pinto alerta-nos para o facto de o perigo que está em causa nos procedimentos cautelares ir muito mais além do simples *periculum in mora*, muito além do perigo decorrente do simples decurso de tempo associado à duração da acção principal. O autor afirma, fundamentadamente a nosso ver, que a tutela cautelar também visa a prevenção de danos que não são imputáveis à mora processual.

Refere-se a danos provocados por sujeitos da ordem jurídica, pessoas que se encontram sujeitas à obrigação geral de não ingerência na esfera jurídica alheia, e *esta obrigação nada tem a ver com a mora processual: respeita às relações entre os sujeitos da ordem jurídica e não à qualidade da prestação jurisdicional pelo Estado. Ou seja: o objecto cautelar não é a pretensão à segurança contra o perigo de mora processual, mas a pretensão à segurança contra o perigo de dano por actuação dos sujeitos obrigados nos termos do princípio alterum non laedere*⁴⁰⁰.

Neste sentido, o autor dá-nos uma visão material do *periculum*: o perigo de dano não corresponde ao *periculum in mora*. *É um perigo cuja causa é de natureza*

³⁹⁹ PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

⁴⁰⁰ O princípio *alterum non laedere* é um dos *praecepta iuris*, desenvolvidos por um jurista romano – Ulpiano - *Juris Praecepta Sunt haec: Honestae Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* que significa: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.

extraprocessual, não imputável ao Estado, mas imputável ao sujeito passivo. E fundamenta esta visão na autonomia do objecto processual da tutela cautelar⁴⁰¹, na natureza material do objecto de tutela, na transversalidade e universalidade da prevenção e ainda na independência temporal do perigo de dano perante a acção principal.

Neste mesmo sentido segue a opinião de Ovídio Baptista, defendendo que a tutela cautelar é temporária *porque deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado* e não enquanto durar a acção principal. Este autor defende que o perigo acautelado pela tutela cautelar é um perigo independente da morosidade do processo principal⁴⁰².

Rui Pinto conclui apresentando uma redefinição do conceito clássico de *periculum in mora* de Calamandrei: *trata-se do perigo de dano para o direito substantivo do autor imputável ao Estado, resultante de ser objectiva e razoavelmente previsível que o cumprimento do tempo da tutela processual disponível levará à violação do direito à tutela efectiva, na vertente do prazo razoável.*

Importa ainda referir que o *periculum in mora*, tal como aqui foi analisado, é aplicável apenas aos procedimentos cautelares não especificados. Relativamente aos procedimentos cautelares especificados a lei prevê determinadas exigências em relação a cada um deles, de acordo com o dano causado ao direito do requerente.

Neste sentido, quanto à providência cautelar de restituição provisória de posse, o dano consiste no *esbulho violento*⁴⁰³ da posse; quanto à providência de suspensão de deliberações sociais, a lei exige que se demonstre que a execução de deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato possam *causar dano apreciável*⁴⁰⁴; nos alimentos provisórios, a simples urgência no recebimento da quantia mensal devida a título de alimentos⁴⁰⁵; no arbitramento de reparação provisória, a *situação de necessidade do lesado em consequência dos danos sofridos*⁴⁰⁶; no arresto, *o receio de perda da garantia patrimonial do seu crédito*⁴⁰⁷; no embargo de obra nova, o trabalho

⁴⁰¹ O objecto autónomo da tutela cautelar é o perigo de dano que, como já referimos, entendemos constituir a causa de pedir da providência.

⁴⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Do Processo Cautelar...* ob. cit..

⁴⁰³ Nos termos do disposto no art. 377.º do CPC.

⁴⁰⁴ Nos termos do disposto no n.º 1 *in fine* do art. 380.º do CPC.

⁴⁰⁵ Nos termos do disposto no art. 382.º do CPC.

⁴⁰⁶ Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 388.º do CPC.

⁴⁰⁷ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 391.º do CPC.

ou serviço que *cause ou ameace causar prejuízo*⁴⁰⁸ e no arrolamento, *o justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens móveis ou imóveis ou documentos*⁴⁰⁹.

Do mesmo modo, o *periculum in mora* tal como foi aqui analisado não se aplica às providências cautelares previstas nos arts. 132.º e 133.º do CPTA.

Concluimos assim que para a verificação da existência de uma situação de perigo de dano ao direito do requerente, a lei processual civil se apresenta mais exigente que a lei processual administrativa, exigindo que, para além do perigo em causa ter como consequência uma lesão dificilmente reparável, essa lesão se revista de uma gravidade tal que a jurisprudência considere ser digna da tutela cautelar preventiva.

No que se refere ao receio dessa lesão, o CPC acrescenta, face ao estatuído no CPTA, o advérbio de modo *suficientemente* que, como já tivemos oportunidade de referir, não cremos que aumente o grau de exigência quanto ao nível de receio existente. Cremos que se trata de um limite imposto ao julgador, no sentido da prova exigida para conceder a providência requerida, no que se refere ao receio da lesão, bastar ser suficientemente fundada, não se exigindo uma prova plena e demasiado morosa, inconciliável com a natureza urgente do procedimento cautelar.

1.3. Proporcionalidade

Verificados os requisitos gerais de que a lei faz depender o decretamento de uma providência cautelar, isto é, verificada a probabilidade de existência do direito alegado pelo requerente e do fundado receio da sua lesão, a lei impõe ainda ao juiz cautelar uma ponderação de proporcionalidade para o decretamento da medida cautelar requerida.

Trata-se de uma ponderação posterior à verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O que se exige é que o juiz efectue um juízo de proporcionalidade quanto aos efeitos que previsivelmente⁴¹⁰ irão ocorrer na esfera jurídica do requerente e do

⁴⁰⁸ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 397.º do CPC.

⁴⁰⁹ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 403.º do CPC.

⁴¹⁰ Trata-se de uma comparação meramente hipotética, isto é, uma prognose de danos futuros e eventuais.

requerido, caso a medida cautelar seja recusada ou decretada, respectivamente. Está em causa uma *justa comparação dos interesses em jogo*⁴¹¹.

O n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, estabelece que (...) *a adoção da providência ou das providências é recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença*⁴¹², *os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências.*

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 368.º do CPC estipula que *a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.*

Ora, ponderados os danos que irá sofrer o requerido com a concessão da providência cautelar e os danos e que sofrerá o requerente com a sua recusa, a medida não será decretada, no âmbito do CPTA, se os danos que resultarem da sua concessão se mostrarem *superiores àqueles* que irão resultar da sua recusa.

Por sua vez, no âmbito do CPC, a medida será recusada quando o prejuízo resultante da concessão da medida *exceder consideravelmente* o dano que com ela se pretende evitar.

Da simples leitura dos dois preceitos normativos podemos afirmar que para o CPTA bastará um mero desequilíbrio, enquanto o CPC exige que esse desequilíbrio seja considerável⁴¹³, para que a providência não seja decretada. Desta forma, o CPTA

⁴¹¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo...* ob. cit..

⁴¹² O que está aqui em causa é a ponderação de danos ou prejuízos, sejam eles da entidade requerente, requerida ou de eventuais contra-interessados. Encontra-se já abandonada a ideia de primazia do interesse público sobre os interesses particulares contrapostos, na medida em que poderão existir interesses públicos ou interesses privados de ambos os lados. - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Tutela Cautelar...* ob. cit.. Neste sentido *vide* – Ac. do TCAN de 03-06-2016, Processo n.º 02517/15.3BEBRG - *O conflito que importa resolver através do juízo de ponderação previsto no artigo 120.º/2 do CPTA/2004 não é um conflito entre princípios ou sequer entre “interesses” (não é, nomeadamente, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, abstractamente considerados), mas sim um conflito entre prejuízos reais e efectivos (públicos e/ou privados), concretamente alegados e indiciariamente demonstrados, que num juízo de prognose (relativo ao tempo previsível de duração da medida e tendo em conta as circunstâncias do caso concreto) se prevê poderem decorrer, por um lado, da concessão da providência e, por outro, da sua recusa.*

⁴¹³ Rita Lynce de Faria refere que a diferença entre as exigências das duas leis processuais se compreende, na medida em que no âmbito administrativo está em causa o interesse público, o que justificará que uma mera desproporção deverá dar origem à recusa da providência. - FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit.. Não concordamos com a autora. Como já referimos, o requisito de ponderação da proporcionalidade não tem como finalidade atribuir primazia ao interesse público. Não deve ser feita a ponderação de interesses nesse sentido, até porque casos há em que de ambos os lados se encontram interesses públicos ou, de ambos os lados, interesses privados. No sentido

apresenta-se menos exigente quanto à verificação da desproporcionalidade que levará à recusa da medida cautelar requerida.

O mesmo será dizer que mais facilmente se recusa uma providência cautelar no âmbito do processo administrativo, tendo em conta o requisito da proporcionalidade, do que no âmbito processual civil, na medida em que este último exige, para a recusa da medida, que a desproporção seja *considerável*.

O CPC, ao exigir que os prejuízos da concessão da providência cautelar excedam *consideravelmente* o dano que com ela o requerente pretende evitar, aponta no sentido de não bastar uma mera desproporção de danos para dar origem à recusa da medida requerida.

Ora, não bastará que os danos causados ao requerido, resultantes da concessão da providência, sejam superiores aos danos que o requerente pretende evitar.

Facilmente se compreenderá que o requerente, tendo já feito prova sumária da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*⁴¹⁴, se encontra numa posição favorável face à posição em que se encontra o requerido⁴¹⁵.

Existindo forte probabilidade da existência do direito e, portanto, uma forte probabilidade de a respectiva acção principal confirmar a decisão cautelar⁴¹⁶, e encontrando-se o direito em perigo de lesão, o requerente encontra-se colocado *a meio caminho entre a partida e a chegada*⁴¹⁷.

Neste sentido, só um desequilíbrio ostensivo e intolerável poderá justificar a decisão de recusa da providência cautelar. *É preciso que haja uma forte desproporção entre o sacrifício a impor ao requerido e a vantagem que o requerente auferirá*⁴¹⁸.

de a apreciação do requisito negativo enunciado no n.º 2 do art. 120.º do CPTA não se traduzir num juízo de ponderação entre o interesse público e o interesse privado vide – Ac. do TCAN de 14-09-2012, Processo n.º 03712/11.0BEPRT.

⁴¹⁴ Como já referimos, a ponderação da proporcionalidade é necessariamente posterior à análise da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O juiz cautelar procede à comparação dos interesses conflitantes depois de produzida a prova por ambas as partes, isto é, depois de apresentada a oposição do requerido e antes de tomar a decisão cautelar.

⁴¹⁵ Neste sentido, Lebre de Freitas afirma que *o interesse do requerente, integrado num direito subjectivo ou sendo de outro modo juridicamente tutelado, deve, em princípio, prevalecer sobre o do requerido – visou-se privilegiar a “vertente da tutela dos direitos ameaçados”*- FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

⁴¹⁶ Instrumentalidade hipotética.

⁴¹⁷ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

⁴¹⁸ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

Em suma, uma providência que cause uma desproporção de danos será legítima desde que essa desproporção não seja inaceitável, inadmissível ou excessiva⁴¹⁹.

Como refere Rita Lynce de Faria, *a resposta de equilíbrio foi então encontrada na existência de um desequilíbrio manifesto. Os interesses do requerido apenas serão considerados na medida em que a desproporção seja flagrante*⁴²⁰.

No âmbito do CPC, e perante a utilização pelo legislador do advérbio de modo *consideravelmente*, parece não existirem dúvidas quanto ao nível de desproporção exigido para a recusa da providência cautelar.

O mesmo não acontece no âmbito do CPTA, que como já se disse, apenas exige que os danos para o requerido sejam superiores aos danos que irá sofrer o requerente.

Mas será mesmo assim? Terá tido o legislador administrativo a intenção de recusa da providência cautelar ao verificar-se um mero desequilíbrio entre os danos do requerente e os danos do requerido? Considerando a mera desproporção para a recusa da providência?

Concordamos com Mário Aroso de Almeida quando este se refere aos requisitos de concessão das providências cautelares como um *sistema móvel, em que a maior intensidade no preenchimento de uns possa compensar a menor intensidade no preenchimento dos outros*⁴²¹.

Nesta medida, mesmo que se encontrem verificados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pode a providência cautelar requerida ser recusada pelo juiz cautelar quando, devidamente ponderados os danos e os prejuízos, este concluir que os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores ou consideravelmente superiores àqueles que se pretendem evitar⁴²².

O legislador formulou a proporcionalidade como um requisito negativo, na medida em que a sua não verificação, isto é, a inexistência de proporcionalidade, irá impedir a concessão da providência requerida.

⁴¹⁹ Neste sentido, vide PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento...* ob. cit..

⁴²⁰ FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

⁴²¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo...* ob. cit..

⁴²² Miguel Teixeira de Sousa exemplifica: *um interesse pouco relevante do requerente não pode ser acautelado através da afectação de um interesse muito relevante do requerido. Mas um interesse muito relevante do requerente pode ser acautelado através da afectação de um interesse muito relevante do requerido.* - SOUSA, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão...* ob. cit..

Com tal juízo de ponderação sobre a proporcionalidade cremos que o legislador pretendeu evitar a ocorrência de resultados injustos, isto é, evitar que o decretamento de uma medida cautelar acarrete efeitos irreversíveis na esfera do requerido⁴²³. Este requisito acaba por ser um *reflexo da situação de indefinição relativamente à efectiva titularidade, pelo requerente, do direito que alega*⁴²⁴.

Importa realçar que o requisito em análise, da proporcionalidade, em muito se distingue dos dois requisitos analisados anteriormente.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como já tivemos oportunidade de analisar, deverão ser alegados e provados pelo requerente da providência cautelar para que esta seja concedida. Com o requisito da proporcionalidade o mesmo não se passa. Tal requisito constitui um facto impeditivo do direito do requerente⁴²⁵ que, como tal, deverá ser alegado e provado pelo requerido de forma a impedir a concessão da providência⁴²⁶.

Estamos perante uma excepção peremptória impeditiva dos factos alegados pelo requerente que, se provada, importará a absolvição total ou parcial do pedido formulado⁴²⁷. Trata-se de uma excepção peremptória de conhecimento oficioso⁴²⁸, pelo que caberá ao juiz cautelar verificar a sua existência ou inexistência⁴²⁹.

⁴²³ Isabel Celeste Fonseca fala-nos do princípio da prudência como princípio proibitivo da exposição da contraparte a riscos desproporcionais - in FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao estudo...* ob. cit..

⁴²⁴ SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum...* ob. cit..

⁴²⁵ Neste sentido, cf. Ac. do STJ de 08-04-1997, processo n.º 96A940.

⁴²⁶ Neste sentido, Rui Pinto alerta-nos para o facto de a nossa jurisprudência tratar o princípio da proporcionalidade, erradamente, como um pressuposto ou requisito adicional, ao lado do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit.. Em sentido contrário, Rita Lynce de Faria defende que a proporcionalidade e a adequação constituem pressupostos cautelares, apenas funcionando de forma distinta dos restantes e, por isso, constituindo pressupostos secundários. - FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

⁴²⁷ Prescreve o art. 576.º n.º 3 do CPC que *as excepções peremptórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor*. Por sua vez, prescreve o art. 89.º n.º 3 do CPTA que *as excepções peremptórias consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor (...) e importam a absolvição total ou parcial do pedido*.

⁴²⁸ Nos termos do disposto no art. 579.º do CPC *o tribunal conhece oficiosamente das excepções peremptórias cuja invocação a lei não torne dependente da vontade do interessado* e nos termos do disposto no n.º 3 do art. 89.º do CPTA as excepções peremptórias (...) são de conhecimento oficioso quando a lei não faz depender a sua invocação da vontade do interessado.

⁴²⁹ No entanto, o Ac. do TCAN de 15-07-2011, Processo n.º 00102/11.8BEPRT-A, adverte para o facto de que *não compete ao julgador cautelar substituir-se ao requerente na busca desses prováveis e adequados prejuízos, uma vez que o dever de investigação que a lei lhe comete apenas abarca a matéria de facto trazida ao processo pelas partes [2ª parte do artigo 664.º do CPC], ressalvada a excepção dos factos notórios ou de conhecimento geral [artigo 514.º do CPC]*.

No entanto, prescreve o n.º 5 do art. 120.º que na falta de contestação da autoridade requerida ou da alegação de que a adoção das providências cautelares pedidas prejudica o interesse público, o tribunal julga verificada a inexistência de tal lesão, salvo quando esta seja manifesta ou ostensiva. Nestes termos, o juiz cautelar, na ausência de alegação, tem de considerar não verificado o prejuízo para o interesse público, não podendo suscitar oficiosamente a existência desse prejuízo, a não ser que se trate de prejuízos notórios.

O momento indicado para a resposta do requerente à exceção eventualmente invocada na oposição deverá ter lugar na audiência final⁴³⁰ ou, quando esta não ocorra, no âmbito do processo administrativo, em articulado suplementar⁴³¹.

Importa ainda referir que a utilização pelo legislador do termo *pode*, no âmbito do CPC – *a providência pode, não obstante, ser recusada* – ao contrário do que ocorre no CPTA – *a providência é recusada quando* – poderia indiciar que no âmbito processual civil estivéssemos perante um poder discricionário.

No entanto, a nosso ver, não se trata de um poder discricionário. O tribunal deve recusar a providência quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela se pretende evitar. Se o não fizer, pode o requerido interpor recurso da decisão que a decrete⁴³². *O pode exprime apenas (mal) a necessidade da avaliação a fazer pelo julgador*⁴³³.

No que se refere à prova dos prejuízos e dos danos superiores ou consideravelmente superiores àqueles que se pretendem evitar, Miguel Prata Roque⁴³⁴ defende que o grau de prova não poderá deixar de corresponder a um verdadeiro juízo de certeza. O autor argumenta no sentido de a ponderação de interesses ocorrer a título exclusivo e definitivo no procedimento cautelar, não sendo, portanto, alvo de

⁴³⁰ Art. 367.º do CPC e art. 91.º n.º 1 do CPTA aplicável aos procedimento cautelares quando haja lugar à produção de prova.

⁴³¹ Não obstante pareça resultar da lei a inexistência de qualquer articulado posterior à contestação, em nome do princípio do contraditório deverá existir a possibilidade de o requerente responder às exceções deduzidas na contestação, pelo que se impõe a existência de um articulado suplementar.

⁴³² Neste sentido, vide FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, Código de Processo Civil Anotado... ob. cit..

⁴³³ FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

⁴³⁴ ROQUE, Miguel Prata, “Alto e pára o baile!” – o excepcional prejuízo para o interesse público como mera causa de inexecução da decisão cautelar, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, (2.º Juízo) de 17.3.2011, P. 7278/11, CJA n.º 97, Janeiro/Fevereiro 2013.

reavaliação. Ademais, entende que por se tratar de um requisito negativo obriga a que, para que possa abalar a prova indiciária do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, se crie no espírito do julgador um grau de certeza e não apenas de mera verosimilhança.

No que se refere ao primeiro argumento, é certo que a ponderação dos interesses conflitantes é uma comparação levada a cabo apenas pelo juiz cautelar, não sendo feita a sua reavaliação em sede de processo principal. No entanto, o mesmo acontece com o *periculum in mora*, requisito apenas atendível em sede cautelar. Cremos que não será esse argumento que nos levará a concluir que a lei exige do requerido uma prova em termos de certeza quanto ao desequilíbrio de danos eventualmente existente.

No que se refere ao segundo argumento invocado pelo autor, diremos que se se exigir do requerido uma prova em termos de certeza jurídica, estaremos a inverter a lógica e a natureza do procedimento cautelar.

Ademais, não faria sentido que ao requerente se exigisse uma prova sumária e perfunctória do direito que alega e uma prova em termos de certeza, mas não absoluta do perigo ao qual o seu direito se encontra exposto e, por sua vez, exigir-se ao requerido uma prova plena da desproporcionalidade da medida requerida. Tal situação comprometeria o princípio da igualdade de armas.

Certo é que o requerido terá de fazer prova bastante da desproporcionalidade, por forma a que consiga abalar a prova feita pelo requerente quanto ao *fumus boni iuris* e quanto ao *periculum in mora*.

Lebre de Freitas, apresentando uma posição mais moderada, fala-nos da exigência de uma *prova convincente* que leve a afastar o direito à providência⁴³⁵.

Creemos ser esta a solução mais adequada.

A ponderação a levar a cabo pelo juiz cautelar estará facilitada quando de ambos os lados se encontrem interesses susceptíveis de avaliação pecuniária. Nestes casos bastará ao juiz comparar os prejuízos e as consequências que advirão da concessão da providência para cada uma das partes, não se levantando dificuldade aparente.

Diferentes serão as situações em que os interesses contrapostos sejam de ordens distintas, isto é, quando de um lado existam danos de ordem patrimonial e do

⁴³⁵ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit.. Em sentido contrário – SOUSA, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão...* ob. cit..

outro lado danos de ordem não patrimonial, como são os prejuízos morais, psicológicos, pessoais e físicos. Tornando-se, nestes casos, impossível fazer uma comparação *tout court*, o juiz cautelar deverá socorrer-se e pautar-se por critérios próprios do homem comum, critérios de razoabilidade⁴³⁶, sensatez e bom senso.

Naturalmente que, nos casos em que do lado do requerente possam ocorrer danos de natureza não patrimonial e do lado do requerido danos de natureza patrimonial, estes últimos deverão ceder perante os primeiros⁴³⁷.

Marco Carvalho Gonçalves defende que *a providência cautelar deve ser recusada quando, por exemplo, não for possível determinar o montante do prejuízo receado pelo requerente, nem tão-pouco se tal prejuízo é ou não superior ao interesse do requerido* e, por seu turno, entende que *nada obsta ao decretamento da providência cautelar nos casos em que o tribunal fique com dúvidas em relação ao excesso considerável do prejuízo do requerido sobre o prejuízo receado pelo requerente*⁴³⁸.

Desta forma, o legislador atribuiu ao juiz cautelar o *papel de fiel da balança*⁴³⁹, devendo este ponderar, caso a caso, qual a decisão que melhor permite alcançar o equilíbrio e proporcionalidade entre os interesses conflitantes.

O CPTA estabelece no n.º 2 do seu artigo 120.º que a providência cautelar será recusada quando os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores aos que podem resultar da sua recusa, acrescentando ainda, *sem que possam ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências*⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Neste sentido vide - GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit. e GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

⁴³⁷ Neste sentido vide – Ac. do TCAN de 03-06-2016, Processo n.º 02517/15.3BEBRG: *Os danos imateriais que seriam causados ao direito ao sono, ao repouso e à tranquilidade dos residentes naquela zona não podem deixar de ser enquadrados num plano qualitativamente superior por comparação com os prejuízos meramente patrimoniais que podem decorrer do não decretamento da providência.* Em sentido contrário, Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha referem que *será lógico que se faça prevalecer interesses de conteúdo patrimonial que corram o risco de sofrer prejuízos pouco significativos.* - ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código...* ob. cit..

⁴³⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares...* ob. cit..

⁴³⁹ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit..

⁴⁴⁰ *O tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida podendo decretar uma outra providência que, quer no respectivo resultado, quer no seu modus faciendi, seja menos onerosa para o devedor e defenda o interesse do credor no não agravamento do dano.* – Ac. do TRP de 12-10-2010, processo n.º 334/10.6TBCHV-A.P1.

Do exposto resulta, portanto, que a desproporcionalidade dos danos que a concessão da providência irá causar ao requerido, face aos danos que pretende evitar ao requerente, nem sempre terá como consequência a sua recusa pura e simples.

O princípio da proporcionalidade permite que o juiz cautelar, ponderando os interesses públicos e os interesses privados em presença, decrete uma providência cautelar distinta da requerida⁴⁴¹, com vista a atenuar ou a evitar a desproporcionalidade existente em cada caso⁴⁴². Desta forma, ao invés da recusa, o juiz cautelar poderá optar por decretar uma medida cautelar menos ingerente na esfera do requerido, não obstante ser menos adequada do que a requerida⁴⁴³.

De outra forma, e fazendo referência ao princípio da adequação, poderá o juiz cautelar, apesar da proporcionalidade da medida requerida, decretar uma outra que se revele mais adequada e, portanto, menos ingerente na esfera jurídica do requerido.

O juiz cautelar deverá ter, para além da ponderação em termos de proporcionalidade, a preocupação de adequação⁴⁴⁴, decretando a medida que se revele mais adequada a evitar a lesão dos interesses e seja menos gravosa para os interesses do requerente e requerido⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Ac. do TCAN de 06-05-2010, Processo n.º 01322/09.0BEPRT - *daquela providência poder ser substituída pelo juiz ou mesmo deste poder ordenar ou decretar “contra-providências” ou impor determinadas “contra-cauteladas”, mormente, através da imposição duma garantia a prestar pelo requerente cautelar em decorrência do que se mostra previsto nos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 120.º do CPTA.*

⁴⁴² Vieira de Andrade defende que a lei de processo administrativa conferiu ao tribunal um poder discricionário para decretar uma providência que não lhe foi requerida, em cumulação ou em substituição daquela que foi. - ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..

⁴⁴³ Neste sentido, Rui Pinto fala-nos de um *princípio de ingerência mínima na esfera jurídica do demandado, segundo o qual apenas se pode decretar uma certa medida desde que ela não possa ser susceptível de substituição por outra medida igualmente eficaz, de modo a tornar possível a efectividade da tutela judicial mas menos gravosa ou prejudicial para o demandado. No limite, o que é desejável é um máximo resultado favorável ao requerente, com um mínimo de ingerência na esfera do requerido.* - PINTO, Rui, *A Questão de Mérito...* ob. cit..

⁴⁴⁴ Rita Lynce de Faria refere-se à proporcionalidade e à adequação como elementos complementares que consagram a tutela cautelar, ao lado do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Nessa medida, a adequação constitui também uma excepção peremptória, podendo o requerido invocar a desadequação da medida concretamente requerida ou o juiz cautelar dela conhecer officiosamente. - FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

⁴⁴⁵ Neste sentido prescreve o n.º 3 do art. 120.º do CPTA: *as providências cautelares a adotar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, devendo o tribunal, ouvidas as partes, adotar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses públicos ou privados, em presença.* Maria Fernanda Maçãs refere que, perante, por exemplo, duas medidas consideradas adequadas à defesa dos interesses do requerente, o tribunal terá de optar pela que se revelar menos gravosa para os interesses públicos e privados em causa na situação concreta, podendo para esse efeito, ouvidas as partes,

Digno de nota é ainda o princípio da necessidade⁴⁴⁶, devendo a providência cautelar decretada limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente⁴⁴⁷.

Não obstante o CPC não fazer referência expressa a estes princípios de adequação e de necessidade das medidas cautelares, entendemos que os mesmos deverão ser tidos em conta pelo juiz cautelar no âmbito processual civil, sendo entendidos como subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Estipula art. 376.º n.º 3 do CPC que *o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida*,⁴⁴⁸ abrindo a possibilidade ao juiz cautelar de fazer operar os referidos princípios de proporcionalidade, adequação e necessidade⁴⁴⁹.

Ademais, e no mesmo sentido de que nem sempre a ponderação dos interesses em causa dá lugar a uma decisão de recusa da providência cautelar, importa referir que em determinadas situações se poderá mostrar adequada uma *solução intermédia, através da sujeição a termo ou condição das providências decretadas*⁴⁵⁰, nos termos do disposto no art. 122.º n.º 2 do CPTA⁴⁵¹.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade também permitirá ao tribunal revogar ou alterar a decisão de decretamento ou de recusa da providência cautelar, por força da ocorrência de factos supervenientes, que tornem o prejuízo resultante do seu decretamento superior ao dano que o requerente pretendia evitar ou vice-versa, nos termos do disposto no art. 124.º do CPTA⁴⁵².

adoptar outra ou outras providencias, em cumulação ou em substituição com a requerida. - MAÇÃS, Maria Fernanda, *As formas de tutela urgente...* ob. cit..

⁴⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..

⁴⁴⁷ Princípio também presente no n.º 3 do art. 120.º do CPTA.

⁴⁴⁸ Tal preceito acaba por desvincular o juiz do princípio do pedido, o que poderá ter como consequência uma compressão ao princípio do dispositivo. A este propósito, Rita Lynce de Faria distingue dois tipos de alteração: alteração meramente quantitativa e alteração qualitativa. - FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit.. Uma alteração meramente quantitativa, em princípio não extravasará o poder judicial normal atribuído ao juiz cautelar, ao contrário de uma alteração qualitativa, que poderá consubstanciar uma supressão ao princípio do pedido e, consequentemente, ao princípio do dispositivo.

⁴⁴⁹ Como refere Rita Lynce de Faria, *enquanto o juízo de proporcionalidade estrita determina uma comparação de ingerências, o juízo de necessidade permitirá determinar, em concreto, a escolha da medida aplicável.* FARIA, Rita Lynce de, *A tutela cautelar antecipatória...* ob. cit..

⁴⁵⁰ MAÇÃS, Maria Fernanda, *As formas de tutela urgente...* ob. cit..

⁴⁵¹ Neste sentido, vide como exemplo de uma providência cautelar sujeita a termo o Ac. do TCAS de 03-05-2005, processo n.º 6635/04 e de providência cautelar sujeita a condição, veja-se o Ac. do TCAN de 03-03-2010, processo n.º 479/10.

⁴⁵² A possibilidade de alteração ou revogação da decisão de adoptar ou recusar uma providência cautelar também poderá ocorrer nos casos em que circunstâncias supervenientes se

Todos estes poderes-deveres atribuídos ao juiz, nomeadamente os de alterar a providência cautelar requerida e de a condicionar a termo ou condição mesmo que tal não tenha sido requerido, inserem-se no dever de adequação formal do processo que integra o dever de gestão processual⁴⁵³ previsto nos arts. 7.º-A do CPTA e 6.º do CPC.

Não obstante o procedimento cautelar comum se aplicar subsidiariamente aos procedimentos especificados, nos termos do disposto no art. 376.º do CPC, tal preceito normativo estabelece uma exceção: o preceituado no n.º 2 do art. 368.º, isto é, a exigência da proporcionalidade⁴⁵⁴.

O legislador estabeleceu, para algumas das providências especificadas previstas nos arts. 377.º e seguintes do CPC, um requisito de proporcionalidade adaptado à sua finalidade.

No caso da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, a exigência da proporcionalidade encontra-se prevista no n.º 2 do artigo 381.º, o qual prescreve que *ainda que a deliberação seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode deixar de suspendê-la, desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da execução.*

No caso da providência cautelar de arresto, a exigência da proporcionalidade encontra-se no n.º 2 do artigo 393.º que prescreve que *se o arresto houver sido requerido em mais bens que os suficientes para segurança normal do crédito, reduz-se a garantia aos justos limites.*

Por fim, relativamente à providência de embargo de obra nova, estipula o artigo 401.º que *embargada a obra, pode ser autorizada a sua continuação, a requerimento do embargado, (...) quando se apure que o prejuízo resultante da paralisação da obra é consideravelmente superior ao que pode advir da sua continuação e em ambos os casos mediante caução prévia às despesas de demolição total.*

verifiquem e alterem a verificação ou não verificação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

⁴⁵³ Sobre o princípio da gestão processual vide SOUSA, Miguel Teixeira de, *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, Cadernos de Direito Privado, n.º 43.

⁴⁵⁴ Do mesmo modo, o requisito da proporcionalidade em análise não vale para as providências cautelares previstas nos arts. 132.º e 133.º do CPTA.

Quanto às restantes providências cautelares especificadas, isto é, quanto à providência de restituição provisória de posse, de alimentos provisórios, de arbitramento de reparação provisória e quanto ao arrolamento, a lei não estabelece qualquer exigência de proporcionalidade, pelo que em tais casos não será um requisito a analisar.

2. Análise Crítica e Jurisprudencial

Após a análise detalhada dos requisitos para o decretamento das providências cautelares na lei processual administrativa e na lei processual civil, cumpre-nos fazer uma análise crítica e jurisprudencial acerca das suas semelhanças e diferenças.

Em primeiro lugar, relativamente ao requisito do *fumus boni iuris*, vimos que de uma leitura superficial, precipitada, dos preceitos legais que o contemplam, poderíamos ser levados a concluir existirem diferenças significativas nas duas leis processuais quanto à sua verificação: o CPC, no n.º 1 do art. 368.º, estipula que *a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito*, acrescentando-lhe o n.º 2 do art. 362.º que *o interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor*.

Por sua vez, a 2.ª parte do n.º 1 do art. 120.º do CPTA prescreve que *as providências cautelares são adoptadas quando seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo (principal) venha a ser julgada procedente*.

Apesar de os referidos preceitos legais não terem correspondência literal entre si, da análise doutrinal e jurisprudencial levada a cabo concluímos que a verificação prática feita pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, relativamente ao requisito em análise, se assemelha à verificação feita pelos Tribunais Judiciais.

Como refere Vieira de Andrade relativamente ao âmbito processual administrativo, o juiz deverá *avaliar a probabilidade da procedência da acção principal, isto é, em regra, avaliar a existência do direito invocado pelo particular ou*

da ilegalidade que ele diz existir, ainda que esteja em causa um «verdadeiro» acto administrativo⁴⁵⁵.

A avaliação da provável procedência da acção principal implicará a avaliação da provável existência do direito alegado pelo requerente da providência cautelar, ou seja, a provável existência da ilegalidade invocada no âmbito administrativo⁴⁵⁶.

Desta forma, a avaliação levada a cabo pelo juiz cautelar implicará um *juízo de prognose quanto à probabilidade de os vícios imputados pelo Requerente ao acto suspendendo serem julgados procedentes em sede de acção principal. Daí que ao julgador de um processo cautelar em que é solicitada uma providência conservatória se imponha que proceda a uma apreciação sucinta e sumária das ilegalidades apontadas pelo requerente cautelar ao acto impugnado ou a impugnar, não lhe competindo analisar e apurar com exaustão se as ilegalidades imputadas ao acto ocorrem ou não*⁴⁵⁷.

Ora, do exposto resulta que a provável existência do direito alegado resulta da provável existência da ilegalidade invocada pelo requerente⁴⁵⁸.

*Verificar-se-á o critério referenciado quando a ilegalidade do acto a suspender resulte de forma clara dos autos, sem necessidade de mais provas, ou, por outras palavras, quando se esteja perante uma ilegalidade evidente*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit.. Neste sentido, vide Ac. do TCAN de 16-12-2016, processo n.º 00328/16.8BECBR.

⁴⁵⁶ Neste sentido, vide Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR, que se refere à prova do *fumus boni iuris* como a aparência do direito: *Como vemos os factos sobre os quais os recorrentes pretendiam efectuar prova referem-se à aparência do direito, ou seja, a provar a probabilidade da procedência da acção principal*; Ac. do TCAN de 29-08-2016, processo n.º 00940/16.5BEPRT: *Recai pois sobre o requerente de Providência Cautelar o ónus de fazer prova sumária dos requisitos do periculum in mora, enquanto receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação e do fumus boni iuris, enquanto sumária avaliação da probabilidade de existência do direito invocado, ao que acresce ainda a eventual necessidade de ser feita uma ponderação de todos os interesses em presença (públicos e/ou privados) - (sublinhado nosso) e Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG: *fumus boni iuris, enquanto sumária avaliação da probabilidade de existência do direito invocado*.*

⁴⁵⁷ Ac. do TCAN de 09-09-2016, processo n.º 00803/16.4BEPRT.

⁴⁵⁸ Entende-se como provável o que tem uma possibilidade forte de acontecer, sendo surpreendente ou inesperado que não aconteça, sendo que no domínio jurídico isso exige que algum dos vícios atribuídos (...) ao ato suspendendo se apresente já - na análise perfunctória típica deste género de processos - com a solidez bastante para que conjecturemos a existência de uma ilegalidade e a consequente supressão judicial do ato - neste sentido, vide Acórdãos do STA de 15-09-2016, processo n.º 0979/16, de 08-03-2017, processo n.º 0651/16, de 04-05-2017, processo n.º 0163/17, de 08-06-2017, processo n.º 050/17, de 30-11-2017, processo n.º 01197/17.

⁴⁵⁹ Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG. No entanto, *não significa que o fumus boni iuris apenas ocorra ou se mostre preenchido quando as ilegalidades ou questões que as mesmas envolvem se apresentem como simples, ou incontrovertidas. Não é pelo simples facto da*

E o mesmo se diga quanto à verificação do requisito do *fumus boni iuris* no âmbito do CPC. No fundo, o juízo de prognose feito pelo juiz cautelar no âmbito processual civil, no sentido de concluir pela existência ou inexistência do direito alegado, implicará sempre uma ponderação sobre a eventual procedência ou improcedência da acção principal. Não seria possível aferir da provável existência do direito sem levar a cabo a subsunção dos factos às normas.

Desta forma, podemos concluir que, no âmbito do processo administrativo, a verificação do requisito do *fumus boni iuris*, à semelhança do que ocorre no âmbito da lei processual civil, se afere mediante a verificação da probabilidade da existência do direito alegado pelo requerente⁴⁶⁰ e que, no âmbito do processo civil, a verificação do *fumus boni iuris*, à semelhança do que ocorre no âmbito da lei processual administrativa, se afere mediante a ponderação da procedência ou improcedência da acção principal.

Neste sentido importa referir a jurisprudência dos acórdãos do TCAN de 16-12-2016, processo n.º 00328/16.8BECBR e de 13-01-2017, processo n.º 00620/16.1BEAVR, que referem que o juízo positivo de probabilidade de êxito da acção principal terá a configuração que, em processo civil, lhe atribui o n.º 1 do artigo 368.º do CPC (*probabilidade séria da existência do direito*).

Por sua vez, a probabilidade da existência do direito invocado traduz-se na probabilidade da existência do vício ou ilegalidade arguida⁴⁶¹.

Podemos assim concluir que o *fumus boni iuris* é enquadrado no plano da probabilidade da existência do direito que se pretende fazer valer, pelo que para o

apreciação, ou da análise dum determinado fundamento de ilegalidade, tido e invocado pelo requerente cautelar como conducente à provável procedência da pretensão impugnatória, se mostrar ou se revelar difícil, ou complexa, ou envolver aturado trabalho de instrução e de estudo, que, só por si, se pode concluir pela sua não verificação e conseqüente negação da tutela cautelar por falta de preenchimento do requisito do fumus boni iuris. - Neste sentido, vide Ac. do TCAN de 01-07-2016, processo n.º 00130/16.7BEBRG.

⁴⁶⁰ Neste sentido, refere o Ac. do TCAN de 09-09-2016, processo n.º 00803/16.4BEPRT que *do direito convocável para subsumir os factos descritos, tem de ser possível chegar-se à probabilidade do êxito da acção; tem de se verificar uma aparência de que a requerente ostenta, de facto, o direito que considera lesado pela actuação administrativa.* No mesmo sentido, vide Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG.

⁴⁶¹ Significa isto que no regime do CPTA a decisão a proferir sobre o pedido de suspensão de eficácia exige que o julgador constata se há probabilidade de que a acção principal seja procedente, o que implica a probabilidade da ilegalidade do acto ou da norma. – Ac. do STA de 23-06-2016, processo n.º 0629/16.

*deferimento da providência tem que ser provável que a acção principal venha a ser julgada procedente*⁴⁶².

A probabilidade séria da existência do direito equivale, desta forma, à probabilidade da acção principal ser julgada procedente, pelo que o requisito do *fumus boni iuris* deve ser aplicado de forma semelhante, tanto no âmbito processual administrativo, como no âmbito processual civil.

Relativamente ao segundo requisito enunciado, o requisito do *periculum in mora*, o CPC prescreve no seu art. 362.º n.º 1 que *sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável*⁴⁶³ *ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*, acrescentando-lhe o art. 368.º n.º 1 *in fine*, que (...) *se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão*.

Por sua vez, o CPTA prescreve no n.º 1 do art. 120.º que *as providências cautelares são adoptadas quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal*.

No que se refere ao receio da lesão, e como já tivemos oportunidade de referir, o CPC exige que o requerente se encontre perante uma situação de *receio suficientemente fundado*, enquanto o CPTA apenas exige a existência de um *fundado receio*.

No entanto, é escassa a jurisprudência dos Tribunais Judiciais que faça uma referência individualizada ao advérbio *suficientemente*, referindo-se quase sempre apenas ao *fundado receio*⁴⁶⁴. Ainda assim, o Ac. do TRL de 20-08-2007, processo n.º 6794/2007-6, refere-se ao advérbio *suficientemente*, dando-lhe o sentido por nós já defendido no ponto 1.2 do presente capítulo, isto é, o sentido de limitar o termo *fundado*: *deve atender-se que a lei determina que o receio deve ser fundado, mas suficientemente. Ou seja, deve estar apoiado em factos que permitam afirmar, com*

⁴⁶² Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17.

⁴⁶³ Sublinhado nosso.

⁴⁶⁴ Neste sentido, *vide* o Ac. do TRL de 23-02-2006, processo n.º 1020/2006-6, o Ac. do TRL de 20-09-2018, processo n.º 11509/18.0T8LSB.L1-2 e o Ac. do TRL de 22-06-2017, processo n.º 7617/17.2T8LSB-2.

*objectividade e distanciamento, a seriedade e actualidade da ameaça e a necessidade de serem adoptadas medidas tendentes a evitar o prejuízo*⁴⁶⁵.

Desta forma, concluímos que, em termos práticos, não se verifica distinção relevante no que diz respeito ao receio de lesão no âmbito das duas leis processuais em análise.

A título de exemplo, veja-se a jurisprudência do Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6, onde se lê que *o critério de avaliação do fundado receio, deve assentar em factos que permitam afirmar, com objectividade e distanciamento, a seriedade e actualidade da ameaça e a necessidade de serem adoptadas medidas tendentes a evitar o prejuízo, não bastando simples dúvidas, conjecturas ou receios meramente subjectivos ou precipitados, assentes numa apreciação ligeira da realidade;* Da mesma forma, o Ac. do TCAN de 31-08-2015, processo n.º 00355/14.0BEBRG-A: *O fundado receio a que a lei se refere é o receio apoiado em factos que permitam afirmar, com objectividade e distanciamento, a seriedade e actualidade da ameaça e a necessidade de serem adoptadas medidas tendentes a evitar o prejuízo. Não bastam, pois, simples dúvidas, conjecturas ou receios meramente subjectivos ou precipitados assentes numa apreciação ligeira da realidade, embora, de acordo com as circunstâncias, nada obste a que a providência seja decretada quando se esteja ainda face a simples ameaças advindas do requerido, ainda não materializadas, mas que permitam razoavelmente supor a sua evolução para efectivas lesões.*

Relativamente à lesão ou prejuízo receados, o CPC exige que seja uma *lesão grave e dificilmente reparável*, enquanto o CPTA exige a *constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação*.

Como referimos e desenvolvemos no ponto 1.2, no âmbito do processo civil a lesão receada terá de ser *grave*, isto é, terá de se tratar de uma lesão que acarrete consequências sérias para o requerente e, em simultâneo, terá de se tratar de uma lesão de *difícil reparação*, sendo esta última aferida tendo em conta os dois critérios já referidos: um critério subjectivo e um critério objectivo.

É neste sentido que segue a nossa jurisprudência, sendo de realçar o Ac. do TRC de 19-10-2010, processo n.º 358/10.3T2ILH.C1, que prescreve: *não é toda e*

⁴⁶⁵ No mesmo sentido, vide Ac. do TRG de 21-09-2017, processo n.º 1483/17.5T8BCL.G1.

*qualquer consequência que previsivelmente ocorra antes de uma decisão definitiva que justifica o decretamento de uma medida provisória com reflexos imediatos na esfera jurídica da contraparte. Só lesões **graves e dificilmente reparáveis** têm essa virtualidade de permitir ao tribunal, mediante solicitação do interessado, a tomada de uma decisão que o coloque a coberto da previsível lesão. O legislador exige que a lesão seja grave e dificilmente reparável, de forma que a utilização da **conjunção copulativa “e”** significa que não é apenas a gravidade da lesão previsível que justifica a tutela provisória, do mesmo modo que não basta a irreparabilidade absoluta ou difícil, de forma que apenas merecem a tutela provisória as lesões que sejam simultaneamente graves e irreparáveis ou de difícil reparação. Ficam, pois, afastadas do círculo de interesses acautelados pelo procedimento cautelar comum, ainda que se mostrem irreparáveis ou de difícil reparação, as lesões sem gravidade ou de gravidade reduzida⁴⁶⁶.*

E o Ac. do TRP de 22-11-2011, processo n.º 1408/11.1TJPRT.P1: *Para a concretização do que se deve entender por **lesão dificilmente reparável** podem ser apontados dois critérios. Um **critério subjectivo** que atende às possibilidades concretas do requerido para suportar economicamente uma eventual reparação do direito do requerente. E, um **critério objectivo**, aferido em função do tipo de lesão que a situação de perigo pode vir a provocar na esfera jurídica do requerente, o que significa que dependerá da natureza do direito alvo dessa lesão e da sanção que a ordem jurídica impõe para reparação do dano decorrente da lesão, sendo admissível o recurso à tutela cautelar, sempre que a reparação da lesão possa implicar a chamada reintegração por sucedâneo.*

Por sua vez a lei processual administrativa exige a *constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação.*

A nossa jurisprudência administrativa tem considerado que estamos perante uma *situação de facto consumado sempre que da não adopção da providência cautelar ocorra uma situação de impossibilidade total de reintegração da situação jurídica*

⁴⁶⁶ Neste mesmo sentido, vide Ac. do TRL de 23-02-2006, processo n.º 1020/2006-6, Ac. do TRL de 20-09-2018, processo n.º 11509/18.0T8LSB.L1-2, Ac. do TRG de 26-01-2012, processo n.º 122/08.0TBPTB-B.G1.

conforme ao Direito⁴⁶⁷, isto é, ocorre uma situação de facto consumado quando o estado de coisas que a acção quer influenciar fique inutilizada *ex ante*.

Como prejuízos de difícil reparação têm-se entendido *os resultantes de actuações administrativas que tornam extremamente difícil a reparação da situação anterior à lesão, causando danos que, ainda que susceptíveis de quantificação pecuniária, a sua compensação se mostre sempre insuficiente para devolver ao lesado a situação em que ele se encontraria sem eles*⁴⁶⁸.

Neste sentido importa ainda realçar a jurisprudência do Ac. do STA de 14-06-2018, processo n.º 0435/18, cujo sumário se transcreve: *I - O periculum in mora constitui verdadeiro leitmotiv da tutela cautelar, pois é o fundado receio de que a demora, na obtenção de decisão no processo principal, cause uma situação de facto consumado ou prejuízos de difícil ou impossível reparação aos interesses perseguidos nesse processo que justifica este tipo de tutela urgente; II - Se o fundado receio de a decisão da acção principal não vir a tempo de dar resposta às pretensões jurídicas envolvidas no litígio porque a evolução da situação, entretanto, a tornou totalmente inútil, verifica-se o **periculum in mora na vertente do facto consumado**; III - Se o fundado receio de que durante a pendência da acção principal surjam danos dificilmente reparáveis, porque a reintegração da legalidade não é capaz de os reparar, ou pelo menos de os reparar integralmente, verifica-se **periculum in mora na vertente da produção de prejuízos de difícil reparação**; IV - A noção de prejuízo de difícil reparação, e a de situação de facto consumado - tal como consagradas no artigo 120.º do CPTA - integram uma carga lesiva, negativa, sem a qual deixam de fazer sentido*⁴⁶⁹.

Do exposto resulta que o CPC é mais exigente no que se refere à lesão receada pelo requerente, exigindo que esta seja não apenas *dificilmente reparável*, à semelhança do que exige o CPTA, mas ainda que esta se revista de uma *gravidade* tal que justifique a concessão da medida cautelar requerida. Neste sentido, vide o Ac. do TCAN de 10-03-2005, processo n.º 00303/04.5BEMDL: *Note-se que a redacção, quer da alínea b),*

⁴⁶⁷ Ac. do TCAN de 14-07-2017, processo n.º 00063/17.0BEPNF.

⁴⁶⁸ Neste sentido, Ac. do TCAN de 14-07-2017, processo n.º 00063/17.0BEPNF e Ac. do TCA do Sul de 02-01-08, processo n.º 239/08, Ac. do TCAN de 28-10-2005, processo n.º 00235/04.7BECBR e Ac. do TCAN de 10-10-2014, processo n.º 00548/14.0BEBRG.

⁴⁶⁹ No mesmo sentido, *vide* Ac. do TCAN de 14-03-2014, processo n.º 01334/12.7BEPRT-A e Ac. do TCAN de 08-07-2011, processo n.º 02936/10.1BEPRT.

quer da alínea c), do n.º 1 do artigo 120º é diferente daquela que, para a atribuição de providências cautelares não especificadas em processo civil, consta do artigo 381º, n.º 1 do CPC, que é mais exigente, ao falar de uma “lesão grave e dificilmente reparável” (...). Assume-se, pois, aí, que nem todos os prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação justificam a adopção de providências cautelares, mas só aqueles que, pela sua gravidade, a jurisprudência venha a seleccionar, para o efeito de considerar dignos de tutela preventiva. Não é assim em contencioso administrativo.

O CPC apresenta dois requisitos cumulativos relativamente à lesão, enquanto o CPTA se apresenta mais moderado, exigindo apenas um dos requisitos. O que significa que mais facilmente se concede uma providência cautelar no âmbito processual administrativo, atendendo à lesão receada pelo requerente, do que no âmbito processual civil.

Importa aqui referir que a *situação de facto consumado*, configurada pelo CPTA, encontra-se naturalmente assegurada no âmbito do processo civil.

O art. 362.º n.º 1 do CPC, ao assegurar a protecção cautelar quando em causa esteja um receio de lesão *dificilmente reparável*, naturalmente que também visa tutelar as situações mais graves, isto é, as situações em que não será de todo possível reparar a lesão causada.

Ora, se se concede uma providência cautelar quando o requerente está em risco de sofrer uma lesão considerada *dificilmente reparável*, na medida em que tal lesão merece a tutela jurídica cautelar, naturalmente que quando se receie uma lesão que tenha como consequência uma *situação de facto consumado*, isto é, uma lesão irreparável, tal situação também merecerá a tutela jurídica cautelar, pois configura uma situação de maior gravidade face à prevista pelo legislador - *in eo quod plus est semper inest et minus*⁴⁷⁰.

Nesta medida o CPTA não apresenta nenhum requisito mais exigente face ao CPC. Apenas o CPC apresenta o requisito da *gravidade* da lesão, não sendo este atendível no âmbito do CPTA.

Podemos assim concluir, no que se refere ao requisito do *periculum in mora*, que o legislador processual civil foi mais longe, considerando que uma lesão, para que

⁴⁷⁰ Expressão latina que significa que quem pode o mais, pode o menos.

seja digna de tutela provisória e sumária, terá de se traduzir num maior prejuízo para o requerente, de forma a justificar a intromissão na esfera privada do requerido.

Por fim, no que toca ao terceiro requisito a ser analisado para que seja decretada uma medida cautelar - juízo de proporcionalidade - cumpre ter presente que este diz respeito aos efeitos que previsivelmente irão ocorrer na esfera jurídica do requerente caso a medida cautelar não seja decretada, e na esfera jurídica do requerido no caso de ser concedida a medida requerida.

Neste sentido, prescreve o n.º 2 do art. 120.º do CPTA que *a adoção da providência ou das providências é recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências*. Por sua vez, n.º 2 do art. 368.º estipula que *a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano⁴⁷¹ que com ela o requerente pretende evitar*.

Como referimos *supra*, a propósito da análise do requisito da proporcionalidade, da leitura dos referidos preceitos normativos ressalta-nos, desde logo, uma intensidade distinta quanto à sua exigência: o juiz cautelar levará a cabo a ponderação dos eventuais danos que virão a ocorrer e recusará a medida cautelar requerida quando, no âmbito processual administrativo, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem *superiores àqueles* que podem resultar da sua recusa; e, por sua vez, no âmbito processual civil recusará a medida quando o prejuízo dela resultante *exceda consideravelmente* os danos que se pretendem evitar.

No âmbito processual administrativo a jurisprudência tem considerado que o juízo de ponderação imposto pelo n.º 2 do art. 120.º do CPTA se traduz numa ponderação entre prejuízos reais e efectivos que previsivelmente possam ocorrer⁴⁷²,

⁴⁷¹ Realce nosso.

⁴⁷² Neste sentido, *vide* o Ac. do STA de 12-07-2017, processo n.º 058/1 que prescreve que *de acordo com a jurisprudência deste STA, a ponderação dos interesses e do peso relativo dos prejuízos decorrentes em concreto da recusa ou concessão das providências cautelares, prevista no n.º 2 do art.º 120.º do CPTA, desde que feita sem apelo a critérios jurídicos ou normativos, configura matéria de facto que, nos termos do art.º 12.º, n.º 4, do ETAF, não pode ser sindicada pelo tribunal de revista. (cf., entre muitos, os Acs. do Pleno de 13/11/2014 – Proc. n.º 0561/14 e de 17/4/2015 – Proc. n.º 0858/14). Efectivamente, como se notou no Ac. desta Secção de 29/6/2005 – Proc. n.º 0608/05, a formulação de um juízo comparativo sobre a magnitude relativa dos prejuízos que em concreto advenham da adoção ou do*

sejam eles públicos ou privados. Ou seja, não está em causa uma ponderação entre princípios ou interesses contrapostos⁴⁷³.

Relativamente à ponderação a levar a cabo pelo juiz cautelar no âmbito administrativo, importa realçar a jurisprudência do Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 02517/15.3BEBRG que refere que *a ponderação que é pedida ao juiz equivale a uma avaliação da “superioridade” de uns prejuízos relativamente aos outros, no sentido de decidir (decretando ou não decretando a providência) segundo critérios de proporcionalidade e adequação (de equilíbrio), de modo a evitar o “dano maior” que previsivelmente decorrerá de uma ou outra alternativa.*

Ora, como podemos observar do trecho transcrito, trata-se de uma ponderação em termos de superioridade, o que significa que havendo prejuízos reais e efectivos mais gravosos de um dos lados, eles deverão ceder perante os outros.

No âmbito do CPTA estamos perante um simples critério de prevalência de prejuízos, comparando o peso de uns com os outros, ao contrário do que ocorre no CPC, que não se basta com um mero juízo comparativo entre danos.

No caso do referido acórdão estavam em causa, de um dos lados, danos imateriais que seriam causados ao direito ao sono, ao repouso e à tranquilidade dos residentes de um determinado local e, do lado oposto, danos patrimoniais decorrentes do encerramento de um estabelecimento comercial, traduzidos na perda de clientela. Ora, o tribunal decidiu no sentido da recusa da providência cautelar requerida de suspensão do acto administrativo que restringiu o horário do estabelecimento, considerando que os danos imateriais causados aos habitantes vizinhos não podem deixar de ser colocados num plano qualitativamente superior por comparação aos prejuízos meramente patrimoniais decorrentes do não decretamento da providência⁴⁷⁴.

*indeferimento de certa providência cautelar, obriga à emissão de um **juízo triplo sobre factos** – dois juízos de prognose sobre as consequências concretas do resultado da providência, os quais funcionarão como premissas do juízo final em que, comparando essas consequências, se concluirá quais são os danos superiores ou inferiores.*

⁴⁷³ Neste sentido, vide Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 02517/15.3BEBRG: *O juízo de ponderação, que cabe ao juiz efectuar nos termos do n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, implica um juízo de prognose sobre os resultados de cada uma das alternativas (concessão ou recusa da providência), estabelecendo a lei que a providência “será recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa”. No mesmo sentido, vide ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa...* ob. cit..*

⁴⁷⁴ No mesmo sentido, vide Ac. do TCAS de 11-02-2016, processo n.º 12862/16: *Assim, tem de concluir-se no sentido de que os danos que resultam para o interesse público da concessão da medida*

Desta forma, o que se pretende com a ponderação de danos ou prejuízos é atingir um grau de equilíbrio, isto é, uma certa concordância prática entre ambos, de forma a evitar danos maiores ou superiores para uma das partes em litígio.

No mesmo sentido, conclui o Ac. do STA de 18-06-2015, processo n.º 0469/15: *Ainda que estejam verificados os requisitos exigidos pelo art. 120.º, n.º 1, al. b) do CPTA, o tribunal não deve decretar a providência quando, feita a ponderação prevista no art. 120.º, n.º 2 do mesmo diploma, entender que os danos que resultariam para o interesse da concessão da medida cautelar se mostrem superiores aos danos que podem resultar para o requerente da recusa da providência.*

Por sua vez, no âmbito processual civil, a nossa doutrina e jurisprudência têm entendido que *para que uma providência cautelar possa ser recusada pelo tribunal é necessário que haja uma **forte desproporção** entre o sacrifício a impor ao requerido e a vantagem que o requerente auferirá, ou seja, a existência de um fundado receio de que outrem cause ao requerente lesão grave ou dificilmente reparável que não seja manifestamente inferior ao prejuízo que daquele procedimento deriva para o requerido*⁴⁷⁵.

Como refere Lebre de Freitas, *compreende-se que não baste um ligeiro desequilíbrio entre os dois prejuízos: o interesse do requerente, integrado num direito subjectivo ou sendo de outro modo juridicamente tutelado, deve, em princípio, prevalecer sobre o do requerido, visou-se privilegiar a vertente da tutela dos direitos ameaçados – e, portanto, para que a providência deva ser recusada, é preciso que haja **uma forte desproporção** entre o sacrifício a impor ao requerido e a vantagem que o requerente auferirá. O advérbio consideravelmente aponta para essa forte desproporção, esclarecendo dúvidas possíveis perante a redacção anterior.*

Desta forma, *a ponderação que se pressupõe na norma em causa é, perante uma situação de perigo analisada e perante os juízos indiciários pressupostos num procedimento cautelar: havendo o perigo de uma má decisão, potenciada pela natureza*

cautelar - pois designadamente o interesse relativo à segurança das populações assume alguma premência – mostram-se superiores aos danos (patrimoniais, os quais não serão de difícil ressarcimento) que resultam para os requerentes, ora recorridos, da recusa da suspensão da eficácia do acto, ou seja, a concessão da providência provocará danos - ao interesse público - desproporcionados em relação àqueles que se pretendem evitar que sejam causados à esfera jurídica dos recorridos, isto é, o prejuízo - ao interesse público – mostra-se superior ao dano que se pretende evitar com a decretação da providência.

⁴⁷⁵ Ac. do TRG de 26-01-2012, processo n.º 122/08.0TBPTB-B.G1.

*sumária do juízo inerente a qualquer procedimento cautelar, e de essa decisão causar um prejuízo grave a um interesse – necessariamente legítimo - do requerido, a lei impõe o indeferimento da providência, no caso de esse prejuízo para o interesse do requerido ser **consideravelmente superior** ao do que o requerente pretende(rá) evitar⁴⁷⁶.*

Do exposto resulta que o CPC admite que exista uma desproporção entre os danos que previsivelmente irão ocorrer na esfera jurídica do requerente e do requerido. Simplesmente não poderá consubstanciar uma desproporção flagrante, ostensiva e excessiva.

Deverá tratar-se de uma desproporção aceitável, justificada pelo facto de o requerente se encontrar numa posição favorável face ao requerido, na medida em que já fez prova sumária do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Vimos que, no âmbito processual civil, não bastará a mera superioridade de uns danos em face dos outros, contrapostos. Em regra, o interesse do requerente deverá prevalecer face ao interesse do requerido, na medida em que aquele se apresenta como o provável titular do direito e tal direito se encontra ameaçado.

Nesta medida a providência só deverá ser recusada quando os danos que previsivelmente venham a ocorrer na esfera jurídica do requerido se mostrem consideravelmente, substancialmente, manifestamente e ostensivamente superiores àqueles que se pretendem evitar.

A ponderação acerca da proporcionalidade da providência exige ao juiz cautelar um *juízo de valor relativo*, tendo por base a comparação da situação do requerente e do requerido. Neste sentido, a nossa jurisprudência tem considerado que o juízo relativo à respectiva ponderação é matéria de facto, na medida em que a decisão do juiz cautelar, no que se refere à proporcionalidade dos danos que previsivelmente irão ocorrer na esfera jurídica do requerente e do requerido, se funda tão só nos factos que julgou provados, sem apelo a normas substantivas ou processuais⁴⁷⁷.

Somos assim da opinião de que o juízo de proporcionalidade não é um juízo normativo, mas sim um juízo factual e, dessa forma, a decisão do Tribunal da Relação

⁴⁷⁶ Ac. do TRC de 10-05-2011, processo n.º 2275/10.8TBVIS.C1.

⁴⁷⁷ Ac. do STA de 28-01-2016, processo n.º 01482/15.

sobre este juízo é insusceptível de recurso para o STJ, tendo o Supremo de acatar a decisão proferida sobre ele.

Capítulo IV

O Dever de Gestão Processual do

Juiz na Tutela Cautelar

O dever de gestão processual⁴⁷⁸ do juiz encontra-se previsto nos arts. 6.º do CPC e 7.º-A do CPTA⁴⁷⁹ e traduz-se num *aspecto substancial – a condução do processo – e num aspecto instrumental – a adequação formal*⁴⁸⁰.

Relativamente ao *aspecto substancial*, incumbe ao juiz providenciar pelo andamento célere do processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, providenciando officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação⁴⁸¹, determinando a realização de actos necessários à regularização da instância. Ou seja, traduz-se num dever de condução do processo⁴⁸². Ademais, tratar-se-á também de uma gestão material, *ligada aos factos, ao pedido e às provas*⁴⁸³.

Como instrumento para levar a cabo este seu dever de condução do processo, o juiz cautelar deverá utilizar mecanismos de simplificação e agilização processual⁴⁸⁴, ou

⁴⁷⁸ No sentido do princípio da gestão processual ser um reflexo do princípio da adequação formal previsto no art. 547.º do CPC, vide MESQUITA, Miguel, *Princípio de Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145.º, n.º 3995, Novembro-Dezembro 2015.

⁴⁷⁹ O art. 7.º-A do CPTA foi aditado pela revisão de 2015 e reproduz o art. 6.º do CPC, acrescentando-lhe o n.º 3, relativo aos requisitos da admissibilidade de recurso das decisões tomadas no âmbito da direcção do processo.

⁴⁸⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Apontamento sobre o princípio...* ob. cit..

⁴⁸¹ A este propósito Miguel Mesquita refere que *só em casos extremos um processo deverá ser extinto com base em razões puramente formais, pois o que verdadeiramente importa é a resolução do litígio.* - MESQUITA, Miguel, *Princípio de Gestão Processual...* ob. cit..

⁴⁸² Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha exemplificam: prática dos actos necessários à regularização da instância, realização de tentativa de conciliação ou da remessa do processo para mediação, emissão do despacho saneador por escrito ou mediante declaração para a acta, programação dos actos a realizar na audiência final, entre outros. - ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código...* ob. cit..

Para além da referida gestão formal ou procedimental, Miguel Mesquita fala-nos de outra vertente do princípio da gestão processual: a gestão material que interfere com o *coração* do processo. Como exemplo, o autor fala-nos do caso de numa acção indemnizatória, o juiz convidar o autor a explicitar melhor os danos materiais, uma vez que a petição se apresenta demasiadamente vaga nesse ponto. No entanto, alerta: *a gestão material não deve transformar o juiz num conselheiro, na verdadeira acepção da palavra.*

⁴⁸³ MESQUITA, Miguel, *Princípio de Gestão Processual...* ob. cit..

⁴⁸⁴ Miguel Teixeira de Sousa refere que a simplificação implica uma tramitação menos pesada do que aquela que consta da lei e, por sua vez, a agilização implica uma forma mais fácil de atingir a justa composição do litígio. - SOUSA, Miguel Teixeira de, *Apontamento sobre o princípio...* ob. cit..

seja, mecanismos que tenham subjacente um princípio de adequação formal⁴⁸⁵, tendo como limite o processo equitativo⁴⁸⁶.

Miguel Teixeira de Sousa refere que *a atribuição ao juiz de poderes de gestão processual insere-se na tendência para substituir um processo rígido por um processo flexível resultante de uma decisão discricionária do juiz*⁴⁸⁷.

Miguel Mesquita afirma que *o gestor – é sabido – actua não só à luz de critérios de legalidade, mas também com base em critérios de oportunidade*⁴⁸⁸.

Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 630.º do CPC *não é admissível recurso das decisões de simplificação ou agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do art 6º e nos termos do disposto no n.º 3 do art. 7.º-A do CPTA das decisões referidas no n.º 1 [decisões tomadas ao abrigo do dever de gestão processual] não é admissível recurso, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.*

No âmbito do processo cautelar pode-se questionar se o referido princípio encontra afloramento na possibilidade de o juiz cautelar adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, possibilidade prevista no art. 120.º n.º 3 do CPTA e 376.º n.º 3 do CPC, no instituto da inversão do contencioso previsto no art. 376.º do CPC e ainda no instituto da convoção do processo cautelar em processo principal previsto no art. 121.º do CPTA.

Neste sentido cumpre questionar: nos referidos casos relativos às providências cautelares estaremos perante um poder discricionário do juiz?

⁴⁸⁵ A vertente da adequação formal do princípio da gestão processual do juiz já se encontrava prevista no art. 547.º do CPC.

⁴⁸⁶ *O princípio da adequação formal, não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo. Os juízes continuam obrigados a julgar segundo a lei vigente e a respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas, e, daí, que o poder-dever que lhes confere o preceito em causa deva ser usado tão somente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa, e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo. Trata-se de uma válvula de escape, e não de um instrumento de utilização corrente, sob pena de subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica.* – Ac. do TRP de 29-06-2017, processo n.º 25601/16.1T8PRT.P1.

⁴⁸⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Apontamento sobre o princípio...* ob. cit..

⁴⁸⁸ MESQUITA, Miguel, *Princípio de Gestão Processual...* ob. cit..

O juiz cautelar tem a faculdade de, mediante o seu livre arbítrio, decretar uma medida em substituição e em cumulação com a medida concretamente requerida? E de decretar a inversão do contencioso no âmbito do CPC? E ainda de convolar o processo cautelar em processo principal no âmbito do CPTA?

Ou, por sua vez, estaremos nestes casos perante poderes vinculados do juiz cautelar?

Analisaremos de seguida sobre cada um destes institutos tentado encontrar respostas para as questões colocadas.

Adopção de outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas

A lei atribui a possibilidade ao juiz cautelar de adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, ouvidas as partes, quando tal *se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses em presença.*

Neste sentido veja-se o Ac. do TRC de 4931/10.1TBLRA-A.C1, processo n.º 4931/10.1TBLRA-A.C1, no qual o tribunal decretou a providência cautelar de arrolamento, não obstante a providência requerida ter sido a de arresto; o Ac. do TRL de 09-11-2004, processo n.º 8115/2004-7 no qual se decidiu: *Quando pedida a restituição provisória de posse, não se verificando as circunstâncias previstas no artigo 393º, mas havendo elementos suficientes para que seja decretada a restituição da coisa através do procedimento cautelar inominado, poderá ser este utilizado, nada obstando a que o juiz altere a forma do processo utilizado. Portanto, não se verificando os pressupostos da restituição provisória de posse poderá ser facultado ao possuidor o procedimento cautelar comum e ainda o Ac. do TCAS de 14-09-2004, processo n.º 00251/04: Se bem entendemos o preceito, a providência que o juiz poderá decretar em cumulação com a pedida será uma contra-providência, que diminua o prejuízo para os interesses do Requerido e contra-interessados e, ainda assim, permita que se evite ou atenuie a lesão dos interesses do requerente. Por sua vez, a providência decretada em substituição será naturalmente uma que satisfaça em termos adequados as pretensões do Requerente, mas cause menos prejuízos aos interesses contrários públicos e privados. (...) A lei*

impõe que tanto a providência cumulatória como a substitutiva da que foi requerida, configure uma medida menos gravosa para os interesses contrários aos do Requerente, o que quer dizer que, se for caso de cumulação, o que o Tribunal decreta é uma contra-providência.

Ora, caberá ao juiz, caso a caso, determinar qual a medida que em concreto se revela mais adequada a evitar a lesão receada e qual se apresenta como menos gravosa para os interesses em presença.

Estamos, desta forma, perante um *poder do tribunal de ordenar providências diferentes daquelas que lhe tenham sido requeridas – ou seja, um poder de adequação material, em que o tribunal se substitui ao requerente por razões de urgência*⁴⁸⁹.

A lei estipula que o tribunal deverá adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição, quando tal se revele mais adequado e quando tal se revele menos gravoso para os interesses em presença.

Estamos aqui perante uma análise de adequação e de menor ingerência na esfera jurídica do requerido.

Nesta senda, se duas medidas cautelares se revelarem adequadas a acautelar a situação jurídica do requerente, o juiz deverá, ouvidas as partes, optar por aquela que for menos gravosa para os interesses em presença.

Certo é que a adequação e a menor ingerência na esfera do requerido são apreciações que apenas poderão ser levadas a cabo em cada caso concreto e tendo em conta as especificidades de cada litígio colocado ao tribunal.

A adequação e a menor ingerência na esfera do requerido são conceitos indetermináveis, apenas definíveis caso a caso. Desta forma, cremos que se trata de uma liberdade de apreciação atribuída ao juiz cautelar, uma liberdade de escolha.

Ele terá que fazer uma escolha, de entre várias hipóteses, em termos de adequação, seguindo critérios específicos de oportunidade, conveniência, razoabilidade e equidade. Desta forma, cremos estar perante um poder discricionário do juiz cautelar.

Será discricionária a avaliação que o juiz faça relativamente a qual das medidas é a mais adequada e qual delas é a menos ingerente na esfera do requerido.

⁴⁸⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código...* ob. cit.. No mesmo sentido, FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit., *um poder judicial de adequação material, de algum modo paralelo ao exercício quando o juiz profere despacho de aperfeiçoamento dum articulado deficiente (art. 508-1-a), mas agora substituindo-se o tribunal à parte, tida em conta a urgência do procedimento cautelar.*

Se o juiz concluir que há uma medida mais adequada e menos ingerente na esfera jurídica do requerido, face à medida que concretamente foi requerida, nesses casos deverá decretar essa medida em substituição da requerida.

Neste sentido veja-se o Ac. do STA de 25-03-2010, processo n.º 0847/09, no qual se pode ler: *Resultando da lei a possibilidade de decretamento de providências de qualquer tipo desde que elas sejam adequadas a assegurar a utilidade da sentença e se limitem ao estritamente necessário para evitar a lesão, permitindo até que o Tribunal decrete outras providências para além das requeridas, parece poder concluir-se que a margem de decisão do Tribunal nesta matéria é muito ampla e que as únicas limitações com que ele se tem de defrontar serão as que resultam da natureza das coisas e dos limites funcionais da jurisdição administrativa.*

No entanto, importa realçar o facto de a lei impor ao juiz, antes de tomar a decisão de substituição ou de cumulação, facultar o contraditório às partes, sob pena de a omissão de tal formalidade consubstanciar uma nulidade processual, que implicará a anulação de todo o processado - neste sentido, *vide* o Ac. do STA de 10-09-2009, processo n.º 0494/09.

Pelo que, apesar de entendermos que se trata um poder discricionário do juiz, este sempre será controlável e sindicável, mediante o exercício do contraditório e mediante a possibilidade de recurso da decisão que decreta a providência⁴⁹⁰.

Em abono da nossa posição, importa referir que a norma do CPC que atribui este poder ao juiz cautelar - art. 376.º n.º 3 - não refere quaisquer critérios a ter em conta na decisão de substituição ou cumulação. Desta forma, entendemos que o juiz, no âmbito do CPC, também deverá nortear-se por critérios de adequação, oportunidade e conveniência, o que nos levará a concluir tratar-se de um poder discricionário.

Pelo exposto, concluímos que a possibilidade do juiz cautelar adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição com aquela ou aquelas que tenham sido concretamente requeridas consubstancia uma manifestação do dever de gestão processual do juiz.

⁴⁹⁰ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 370.º do CPC e 147.º do CPTA.

Inversão do contencioso no âmbito do CPC

No que toca ao instituto da inversão do contencioso previsto no CPC o legislador estabeleceu os requisitos legais que têm de estar preenchidos, ou seja, a lei define quais as condições que devem estar verificadas para que seja decretada a inversão do contencioso: em primeiro lugar, exige o requerimento do interessado, isto é, exige que exista um pedido de inversão do contencioso; em segundo lugar, será necessário que o tribunal adquira a convicção segura da existência do direito alegado; e, em terceiro lugar, exige que a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

O facto de a lei exigir, para o decretamento da inversão do contencioso, que exista um pedido por parte do requerente da providência cautelar - manifestação do princípio do dispositivo em processo civil - leva-nos a concluir que a inversão do contencioso não pode ser decretada oficiosamente.

Por sua vez, o facto de a lei exigir a convicção segura acerca da existência do direito alegado significa que não bastará, para a inversão do contencioso, a mera probabilidade da sua existência.

Creemos assim que o tribunal não exerce um poder discricionário quando decreta a inversão do contencioso. De outra forma estar-se-ia a atribuir ao juiz cautelar a possibilidade de decretar a inversão do contencioso pautando-se por juízos de oportunidade, conveniência e segundo o seu livre arbítrio, o que não acontece.

Em sentido contrário, Isabel Conceição Sampaio Vaz defende que *a decisão de inversão do contencioso é uma decisão que o juiz toma no uso de poderes discricionários. É o que retiramos quando olhamos para o texto da lei e verificamos a palavra “pode”, ou seja, verificados os pressupostos já analisados, o juiz pode, ou não, dispensar o requerente de propor a acção principal. Melhor dizendo, a possibilidade de ser decretada a inversão do contencioso e, com isso, a decisão cautelar resolver definitivamente o litígio, está no livre arbítrio do Juiz, dado que se trata de um poder na disposição do julgador e não de um dever ou obrigação*⁴⁹¹.

Não concordamos com a autora.

⁴⁹¹ VAZ, Isabel Conceição Sampaio, *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das Providências Cautelares*, Dissertação de mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária, Universidade do Minho, 2015.

Para além dos argumentos já invocados *supra*, a convicção do tribunal acerca da existência do direito acautelado será formada com base nos factos e nas provas carreadas ao procedimento cautelar, *não sendo lícito ao juiz recorrer a novos factos ou a novos meios de prova apenas para decidir sobre a inversão do contencioso: factos ou provas suplementares estão excluídas*⁴⁹².

Este facto explicará a utilização pelo legislador do termo *pode*, ao invés da utilização do termo *deve*. A utilização pelo legislador do termo *pode* não significa, a nosso ver, que se trata de uma decisão discricionária do juiz cautelar.

A lei estabelece os requisitos para cada uma das situações. Se o juiz cautelar concluir pela sua verificação, deverá inverter o contencioso. Não se trata de uma decisão baseada em critérios de oportunidade ou de conveniência, trata-se sim de, após o pedido do interessado, verificar determinados pressupostos que, se preenchidos, determinarão a inversão do contencioso.

Neste sentido veja-se o Ac. do TRP de 29-06-2017, processo n.º 25601/16.1T8PRT.P1: *A lei define quais as condições que devem estar verificadas para que seja decretada a inversão. Trata-se, por isso, de uma decisão vinculada do Tribunal, e não de uma decisão tomada no uso de um poder discricionário.*

Se o juiz concluir pela verificação dos respectivos pressupostos, e não obstante considerar que não é oportuna ou conveniente a convolação ou a inversão, terá sempre de a decretar.

Ademais, importa referir que a decisão de inversão do contencioso é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 370.º do CPC.

Assim, é nosso entendimento que a inversão do contencioso não constitui uma verdadeira manifestação do poder de gestão processual do juiz cautelar.

Convolação do processo cautelar em processo principal no âmbito do CPTA

Relativamente à convolação do processo cautelar em processo principal prevista no art. 121.º do CPTA, o legislador estabeleceu três requisitos: em primeiro

⁴⁹² FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado...* ob. cit..

lugar, terá de existir um processo principal já intentado⁴⁹³; em segundo lugar, é necessário que o tribunal se encontre em condições de decidir a questão de fundo, dispondo de todos os elementos necessários para o efeito; e, por fim, o caso colocado à sua apreciação deverá tratar-se de um caso caracterizado pela sua simplicidade⁴⁹⁴ ou, em alternativa, terá de existir justificada urgência na sua resolução definitiva⁴⁹⁵.

Neste sentido, importa realçar as distinções entre os dois regimes: a inversão do contencioso depende do pedido do requerente da providência, sem o qual não será decretada a inversão do contencioso⁴⁹⁶, enquanto a convolação do processo cautelar em processo principal poderá ser oficiosamente determinada pelo juiz cautelar⁴⁹⁷.

A inversão do contencioso dispensa o requerente da propositura da acção principal, enquanto a convolação do processo cautelar em processo principal apenas ocorre quando exista um processo principal já intentado.

Ademais, o CPC exige que a matéria adquirida no procedimento lhe permita formar a convicção segura acerca da existência do direito acautelado, enquanto o CPTA apenas exige que o processo cautelar tenha todos os elementos necessários para o efeito.

Quer isto dizer que a inversão do contencioso dará sempre origem a uma decisão favorável ao requerente, ou seja, uma decisão final de procedência do pedido, ao invés da decisão final tomada após a convolação do processo cautelar em processo principal, que poderá dar origem a uma decisão de procedência ou de improcedência do pedido⁴⁹⁸.

⁴⁹³ Não nos parece que a antecipação prevista no artigo 121º possa ter lugar em momento no qual o processo principal ainda não tenha sido intentado, pois nesse momento ainda não está formalizado o litígio em termos suficientemente precisos para se poder formular um juízo consistente sobre o preenchimento dos pressupostos, substantivos e processuais, de que depende a antecipação. – ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes in *Comentário ao Código...* ob. cit..

⁴⁹⁴ O facto de a convolação do processo cautelar em processo principal poder ocorrer independentemente da urgência na resolução definitiva do caso, justificada pela simplicidade na sua resolução, demonstra que estamos perante um instrumento de agilização processual.

⁴⁹⁵ Quanto aos requisitos para a convolação do processo cautelar em processo principal veja-se o Ac. do TCAN de 26-05-2017, processo n.º 00508/16.6BEBRG.

⁴⁹⁶ Neste sentido, vide Ac. do TRL de 20-11-2014, processo n.º 1972/13.0TVLSB.L1-2.

⁴⁹⁷ *Embora o preceito não preveja expressamente, não se vê que a convolação tenha de ser de iniciativa oficiosa. Pelo contrário, faz todo o sentido a iniciativa de parte.* - ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código...* ob. cit.. Neste sentido veja-se o Ac. do TCAN de 06-05-2010, processo n.º 00032/09.3BEAVR-A: *Esta antecipação do juízo sobre a causa principal, que tudo indica poder ser da iniciativa do tribunal ou suscitada pelas partes, atendendo aos princípios gerais e à sua razão de ser, depende do preenchimento cumulativo de dois requisitos (...).*

⁴⁹⁸ *A possibilidade de o juiz cautelar lançar mão deste regime não se circunscreve aos casos em que isso seja favorável ao requerente cautelar (...) mas também se estende à hipótese contrária, de existirem condições para antecipar o juízo sobre a causa principal, para o efeito de se decidir da*

A convolação do processo cautelar em processo principal não exige a verificação de qualquer requisito de concessão das medidas cautelares, nem mesmo a urgência, como podemos verificar pela utilização do termo *ou*, apresentando a *simplicidade* do caso como alternativa à *urgência* na sua resolução. Ao contrário da inversão do contencioso que ocorre na decisão que decreta a providência, pelo que quando a inversão do contencioso ocorre os requisitos de concessão já se encontram preenchidos.

Relativamente à natureza do poder do juiz cautelar na convolação do processo cautelar em processo principal, atendendo ao facto de a convolação poder ser decretada officiosamente pelo juiz cautelar, não dependendo de pedido do requerente da providência, atendendo ao facto de não se exigir a convicção segura acerca da existência do direito acautelado, exigindo-se apenas que o juiz considere que do processo já constem todos os elementos necessários e que a simplicidade ou a urgência na resolução definitiva o justifique, podendo dar origem a uma decisão de procedência ou improcedência da acção principal, e, atendendo ainda ao facto de a decisão de convolação ser irrecurável, somos da opinião que o tribunal exerce um poder discricionário quando convola o processo cautelar em processo principal.

Por contraposição à inversão do contencioso prevista do CPC, e atendendo a todas as distinções entre os dois institutos, cremos que estamos perante decisões de natureza distinta no que toca ao poder exercido pelo juiz cautelar.

Pelo exposto, concluímos que a convolação do processo cautelar em processo principal consubstancia uma manifestação do dever de gestão processual do juiz.

improcedência da acção proposta pelo requerente. – Ac. do TCAS de 30-03-2017, processo n.º 305/16.9BECTB.

Conclusão

Deixem dormir o futuro como merece. Se o acordarem antes do tempo, teremos um presente sonolento.

Franz Kafka

As providências cautelares, com as suas raízes no direito romano, traduzem-se actualmente num meio indispensável para garantir a efectividade dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Caracterizadas pela sua instrumentalidade e dependência face a um processo principal, começam a ganhar vida própria com a criação de novos institutos como a inversão do contencioso, previsto no art. 369.º do CPC, e a convolação do processo cautelar em processo principal, previsto no art. 121.º do CPTA, tornando-se em medidas autónomas e definitivas.

Porém, na maior parte das vezes elas nascem e vivem com uma função bem definida: garantir que a futura decisão final a ser proferida no processo principal não veja os seus efeitos práticos frustrados.

Para o decretamento de uma medida ou providência cautelar têm que estar verificados determinados requisitos legais, sem os quais se considera não existir uma situação carecida de tutela provisória, urgente e célere.

Os requisitos exigidos pelo nosso legislador são os mesmos quer estejamos no âmbito do processo administrativo, quer no âmbito do processo civil. No entanto, cada um deles apresenta as suas especificidades e o seu nível de exigência, como demos conta ao longo do Capítulo III.

No que toca ao requisito do *fumus boni iuris*, concluímos nesta tese que não existem diferenças na avaliação levada a cabo pelo juiz cautelar no âmbito do CPTA e no âmbito do CPC. O juiz cautelar fará num e noutra âmbito um juízo de prognose quanto à probabilidade de procedência da acção principal, isto é, quanto à probabilidade de existência do vício ou ilegalidade imputada ao acto pelo requerente. O mesmo será dizer que o juiz cautelar levará a cabo uma análise quanto à probabilidade séria da

existência do direito alegado pelo requerente. Tudo se resumirá a um juízo de prognose quanto às possibilidades futuras de êxito da acção principal.

Relativamente ao requisito *periculum in mora*, concluímos que o legislador foi mais exigente no âmbito do CPC. Para que uma providência cautelar seja decretada no processo civil terá que existir um fundado receio de ocorrência de uma *lesão grave e dificilmente reparável*. A lesão receada terá de ser, em simultâneo, grave e dificilmente reparável. Por sua vez, no CPTA apenas se exige o *fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação*.

Esta é uma diferença de grande relevo no que toca à comparação dos requisitos para o decretamento das providências cautelares no âmbito dos regimes processuais em análise: a lesão receada terá de se traduzir num maior prejuízo para o requerente no âmbito do CPC.

Por fim, no que toca ao último requisito, o requisito da proporcionalidade, também concluímos que o nível de exigência é superior no âmbito do CPC. Mas aqui de forma inversa, na medida em que se trata de um requisito de verificação negativa. Para que a providência requerida seja recusada o CPC exige que estejamos perante uma considerável desproporção entre os danos ou prejuízos do requerente e do requerido. Não bastará a existência de uma mera desproporção, como acontece no CPTA.

Ora, a diferença acima assinalada compreende-se e justifica-se na medida em que, em regra, os danos e prejuízos de um dos lados no âmbito do CPTA são da colectividade, são danos que, a verificar-se, atingirão um número indeterminado de pessoas, tratando-se de interesses difusos ou colectivos.

Nessa medida, se os prejuízos que previsivelmente o decretamento da providência irá provocar na colectividade forem de grau superior aos prejuízos que a sua recusa causará na esfera jurídica do requerente, facilmente se compreenderá que a decisão do juiz cautelar deva ser a de recusa da providência requerida.

O mesmo não ocorrerá no âmbito do CPC, em que os interesses de ambos os lados são interesses individuais e particulares. Nestas situações, para que o juiz cautelar decida pelo decretamento ou recusa da medida cautelar requerida deverá verificar se existirá a possibilidade de um excesso considerável de danos para um dos interesses.

Esta distinção ao nível da ponderação da proporcionalidade reduz-se à natureza dos direitos em causa, à distinção entre direito público e direito privado. Nesta senda,

aceitamos a justificação para as diferenças assinaladas ao nível deste requisito de proporcionalidade. No entanto, não deixamos de ponderar se tal justificação tende a perder a razão do seu sentido à medida que vamos questionando as razões que justificam a existência de duas jurisdições distintas no mesmo ordenamento jurídico, a jurisdição administrativa e a jurisdição comum.

Consideramos que os requisitos para o decretamento de uma providência cautelar não poderão ser avaliados isoladamente pelo juiz cautelar. Somos da opinião de que a maior força probatória de um dos requisitos poderá levar a uma menor exigência na verificação dos outros. O juiz cautelar deverá aferir da verificação dos requisitos em conjunto, como um sistema volátil e mutável.

Porém, o juiz cautelar não deverá deixar de ter em consideração que o requisito do *periculum in mora* é a alma das providências cautelares, pois sem ele não se encontra justificado o recurso a medidas urgentes e provisórias.

Como resulta de tudo o que ficou atrás consignado, a actuação do juiz no âmbito da tutela cautelar *é daquelas que mais reclama a interferência dos factores da ponderação, do bom senso, do equilíbrio, enfim, da justa medida que permita estabelecer a melhor composição dos interesses conflitantes, sem graves riscos de prejuízos para o requerido, mas também sem excessivos receios de proferir uma decisão total ou parcialmente favorável ao requerente*⁴⁹⁹.

Ao juiz cautelar é atribuído um dever de gestão processual, isto é, não apenas um dever de direcção e de condução do processo dirigido à celeridade e urgência, como também um dever de gestão material ou substancial dirigido ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio.

*As partes têm liberdade de tomar ou não a barca da justiça: ninguém as obriga a embarcar; mas se embarcam, não podem fazer a bordo o que lhes apetece, ficam necessariamente submetidas à direcção do capitão do navio, à disciplina e ao comando que ele haja de impor, a bem do interesse comum dos passageiros, da tripulação e da carga*⁵⁰⁰.

Nessa medida assistimos hoje a uma actuação do juiz mais interventiva, não se limitando apenas a ser o intermediário das partes e a seguir os trâmites processuais

⁴⁹⁹ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil...* ob. cit..

⁵⁰⁰ REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Volume 3.º, Coimbra Editora, 1946.

rigidamente, mas a conformar o processo de acordo com o caso concreto e a torná-lo menos formal e menos preclusivo.

O cumprimento do dever de gestão processual implicará que a actuação do juiz se paute por critérios de conveniência e oportunidade, o que significará que na maior parte das vezes estaremos perante o exercício de poderes discricionários.

No âmbito da tutela cautelar destacámos duas importantes manifestações deste dever de gestão processual do juiz: a possibilidade de adopção de outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão dos interesses em causa e seja menos gravoso para os demais interesses em presença - possibilidade prevista nos arts. 120.º n.º 3 do CPTA e 376.º n.º 3 do CPC - e ainda a possibilidade de convoção do processo cautelar em processo principal quando, existindo processo principal já intentado, o juiz verificar que foram trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários para o efeito e a simplicidade do caso ou a urgência na sua resolução definitiva o justifique – possibilidade prevista no art. 121.º do CPTA.

Apesar de nesta síntese concluirmos que os requisitos legais são os mesmos no âmbito dos dois processos, administrativo e civil, apontámos diferenças significativas e relevantes na formulação legal desses mesmos requisitos, e considerámos estas diferenças justificadas pelos interesses protegidos num âmbito e no outro.

Também considerámos que o legislador foi mais exigente no âmbito do processo civil do que o foi no âmbito do processo administrativo quanto ao requisito do *periculum in mora*. Naquele a lesão *terá* que ser *grave e dificilmente reparável*, neste o requisito consistirá no *fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação*.

Também concluimos nesta síntese que o legislador foi mais exigente no processo civil quanto ao requisito da proporcionalidade. No processo civil exige-se uma considerável desproporção entre os danos ou prejuízos do requerente e do requerido e no processo administrativo bastará a existência de uma mera desproporção para ser recusada a providência.

Estas assinaladas diferenças têm-se feito sentir na jurisprudência das duas jurisdições, e a realidade prática dos nossos tribunais tem-nos ensinado que nem sempre

as exigências legais mais apertadas conduzem a uma maior exigência na aplicação ao caso concreto.

É um dado adquirido pela prática que a percentagem de recusa de providências é muito mais elevada na jurisdição administrativa do que na jurisdição civil, embora se verifique recentemente uma tendência para um crescente sentido jurisprudencial de decretamento de providências na jurisdição administrativa.

Através deste trabalho, ao assinalarmos as diferenças entre os dois regimes processuais, não podemos deixar de questionar a coexistência de duas jurisdições distintas num mesmo ordenamento jurídico.

Bibliografia

- ALMEIDA, António Duarte de, MONTEIRO, Cláudio, SILVA, José Luís Moreira da, A caminho da plenitude da justiça administrativa, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 7, Janeiro/ Fevereiro 1998.
- ALMEIDA, José Mário Ferreira de, As reformas do processo civil e do contencioso administrativo: autonomia e convergência, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 106, Julho/Agosto 2014.
- ALMEIDA, Luís Pedro Moitinho de, Providências Cautelares não especificadas, Coimbra Editora, 1981.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 4ª edição, Almedina, 2017.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, Manual de Processo Administrativo, 3.ª edição, Editora Almedina, 2017.
- AMARAL, Diogo Freitas do, As providências Cautelares no novo contencioso administrativo - Transcrição de uma palestra efectuada num seminário da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 2 de Fevereiro de 2004, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 43, Janeiro/ Fevereiro 2004.
- AMORIM, Tiago Meireles de, Apontamentos sobre as condições de procedência das providências cautelares no novo processo administrativo, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, Vol. I/II, Abril de 2003.
- AMORIM, Tiago, As providências cautelares do CPTA: um primeiro balanço, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 47, Setembro/Outubro 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, A Justiça Administrativa, Lições, 12.ª Edição, Editora Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, Tutela Cautelar, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 34, Julho / Agosto 2002.

ARAÚJO, Emília, A espera e os estudos sociais do tempo e sociedade, in Os tempos sociais e o mundo contemporâneo. Um debate para as ciências sociais e humanas, Edição Emília Araújo & Eduardo Duque, Editora Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, Centro de Investigação em Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2012.

AZEVEDO, Dayana Francisca, A efectividade e utilidade da antecipação da tutela, Dissertação de Mestrado em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Porto 2011.

AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves de, Procedimento Cautelar - Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22-03-2007, Comentário jurisprudencial elaborado no âmbito da Unidade Curricular de Direito Processual Civil do mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) na Universidade do Minho, Fevereiro de 2009.

BAPTISTA, Catarina Clemente Marques, A tutela cautelar no âmbito do contencioso da União Europeia, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) - Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Internacional Público e Europeu, Coimbra 2016.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, Notas ao Código de Processo Civil, Volume II, Artigos 264.º a 466.º, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Lisboa, 2000.

BASTOS, Jacinto Rodrigues, Notas ao Código de Processo Civil, 3ª edição, 1999.

BERIZONCE, Roberto, La tutela anticipatoria en Argentina, XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal, Brasília, 10-14 de agosto de 1998.

BRANCO, Ricardo, Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº 1/2016 Administrativo, de 16 de Dezembro de 2015 (Processo nº 985/14 – Pleno da 1ª Secção; DR, 1ª Série, nº 25, de 5 de Fevereiro de 2016; Uniformização de Jurisprudência: Critérios de adopção de providências cautelares (Processo Administrativo), Abreu Advogados – Instituto do conhecimento, Editora Almedina, Fevereiro de 2016.

BRANDÃO, Mariana Ribeiro, Medidas cautelares de ofício, Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Sector de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

CABRAL, Ana Margarida, NUNES, José Henrique, PINHEIRO, Carlos André e ROBALO, Inês, Inversão do Contencioso, in Caderno III do Centro de Estudos Judiciários – O Novo Processo Civil, Setembro de 2013.

CÁCERES, María Isabel, Medidas cautelares: cancelación, caducidade, Trabajo presentado en la Cátedra Principios del Derecho Registral, a cargodel Dr.Luis Moisset de Espanés, Doctrinado en Derecho Notarial de la Universidad Notarial, Argentina, disponível em <http://escribanos.org.ar/rnotarial/>.

CALAMANDREI Piero, Providencias Cautelares, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1984.

CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2017.

CALDEIRA, Marco, As providências cautelares pré-contratuais no projecto de revisão do CPTA, Revista Electrónica de Direito Público, n.º 2, 2014, consultável em www.e-publica.pt.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003.

- CARLOS, Adelino da Palma, Procedimentos cautelares antecipadores, O Direito, ano 105, Janeiro/Março 1973.
- CARVALHO, Ana Celeste, O regime processual da nova acção administrativa: aproximações e distanciamentos ao Código de Processo Civil, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 113, Setembro/ Outubro 2015.
- CARVALHO, Thiago Ribeiro de, e SOUZA BEDÊ, Judith Aparecida, Supostos Históricos do Processo Cautelar, Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva n.º 31, jan/abr 2017, Belo Horizonte.
- CASANOVA, J.F. de Salazar, A janela de oportunidade do novo Código de Processo Civil, Revista Julgar n.º 23, Coimbra Editora, 2014.
- CASTRO, Artur Anselmo de, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. I, 1ª edição, Almedina, 1981.
- CORSI, Heitor Cavagnoli, A origem da tutela antecipada e o seu tratamento nos países estrangeiros, Vox Forensis, Vol. 1, n.º 1, Jan/Jun 2008, Espírito Santo do Pinhal.
- COSTA, Júlio de Almeida, História do direito português, 4ª edição revista e comentada com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, 2010.
- COSTA, Tiago Félix da, A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido, Editora Almedina, Fevereiro, 2012.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, 4º edición, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo J., Proyecto de código de procedimiento civil, Buenos Aires, 1954.
- CRUZ, Nuno Gundar da, Breves considerações sobre a irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça, dos efeitos resultantes do decretamento de providência de tipo antecipatório, Revista Julgar n.º 19, Coimbra Editora, 2013.

- CUNHA, Eugénia Maria de Moura Marinho da, O exercício do contraditório nos procedimentos cautelares, Revista Jurídica Portucalense, Law Journal n.º 21, Porto, 2017.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, A suspensão da eficácia e a polissemia da noção de interesse público: um salto em frente na protecção cautelar do ambiente - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, (1ª secção) de 17.9.1996, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 7, Janeiro/Fevereiro 1998.
- DOMINGUES, José, As origens do studium de Bolonha, Lusíada, Revista de Direito n.ºs 5 e 6, Porto, 2012.
- DUARTE, Tiago, Providências cautelares, suspensões automáticas e resoluções fundamentadas: pior a emenda que o soneto?, Revista Julgar n.º 26, Coimbra Editora, 2015.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de, La batalla por las medidas cautelares - Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español, Segunda edicion ampliada, Monografias civitas.
- FARIA, Rita Lynce de, A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.
- FARIA, Rita Lynce de, A irreversibilidade da tutela cautelar antecipatória, texto elaborado para a apresentação da Católica Talk de 15 de Maio de 2017.
- FARIA, Rita Lynce de, A tutela cautelar antecipatória no processo civil português - Um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade, Universidade Católica Editora, Junho de 2016.
- FILHO, Ruy Alves Henriques de, Providências Especiais (urgentes e cautelares) no Contencioso Administrativo Português, Lisboa, Almedina, 2009.

- FONSECA, Isabel Celeste M. Fonseca, Dos novos processo urgentes no Contencioso Administrativo (função e estrutura), Lex – Edições Jurídicas, Abril de 2004.
- FONSECA, Isabel Celeste M., A urgência na reforma do processo administrativo, Reforma do Contencioso Administrativo. O debate Universitário, Vol. I, Ministério da Justiça, 2000.
- FONSECA, Isabel Celeste M., Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo - A propósito da urgência na realização da Justiça, Dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-políticas, Editora – Almedina, Coimbra, Novembro de 1999.
- FONSECA, Isabel Celeste M., Processo Temporalmente Justo e Urgência - Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa, Coimbra Editora, 2009.
- FREITAS, José Lebre de, A providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa – Acórdão do TCA de 31.05.2001, P. 5494, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 33, Maio / Junho 2002.
- FREITAS, José Lebre de, e ALEXANDRE, Isabel, Código de Processo Civil Anotado, Volume 2.º, Artigos 362.º a 626.º, 3ª Edição, Almedina, 2018.
- FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui, Código de Processo Civil Anotado, Volume 2.º, Artigos 381.º a 675.º, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos interesses dos particulares, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 22, Julho/ Agosto 2000.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova

compreensão do Direito e do Estado, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 16, Julho/ Agosto 1999.

GERALDES, António Santos Abrantes, Temas da reforma do processo civil, III Volume, 3.ª edição revista e actualizada, 5. Procedimento cautelar comum, Almedina, 2004.

GERALDES, António Santos Abrantes, Temas da Reforma do Processo Civil, III Volume, 5. Procedimento Cautelar Comum, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Editora Almedina, Janeiro 2004.

GERALDES, António Santos Abrantes, Tutela Cautelar da Propriedade Industrial, Texto que serviu de base à intervenção no Centro de Estudos Judiciários, em 13 de Novembro de 2009, no âmbito da acção de Formação Contínua, sobre Direitos de Propriedade Intelectual, disponível em www.trl.mj.pt.

GOMES, Carla Amado, À espera de Ulisses - Breve análise da Secção I do Capítulo VI do Anteprojecto de Código dos Tribunais Administrativos/II (As medidas cautelares), Separata da revista do ministério público n.º 84, Editora minerva, Lisboa, 2000.

GONÇALVES, Marco Carvalho, Providências Cautelares Conservatórias: questões práticas actuais, texto correspondente à intervenção proferida no Centro de Estudos Judiciários no dia 16 de Março de 2018, no âmbito da acção de formação intitulada Temas do Direito Civil e Processual Civil, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

GONÇALVES, Marco Carvalho, Providências Cautelares, 2016, 2.ª Edição, Editora – Almedina, 2016.

GONZALEZ, José Lorenzo, Restituição Provisória de Posse, Lusíada, Revista de Direito n.º 15, Universidade Lusíada Editora, 2016.

- GOUVEIA, Paulo Pereira, As realidades da nova tutela cautelar administrativa, in CJA, n.º 55, Braga, 2006.
- GOUVEIA, Paulo Pereira, Meios Cautelares hoje e amanhã, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 94, Julho/Agosto 2012.
- GRAÇA, Mariana Xavier de Oliveira, A Alteração do Pedido e da Causa de Pedir no Processo Civil, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil – apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- HENRIQUES, Sofia, A Tutela Cautelar Não Especificada no Novo Contencioso Administrativo Português, Coimbra Editora, 2006.
- JÚDICE, José Miguel, As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Livraria Almedina, vol. III, 2011.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro, Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Teoria Geral do Direito Processual civil e processo de conhecimento, 55ª edição revista e actualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro.
- JUSTO, António dos Santos, Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos) 4ª Edição, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.
- LEITÃO, Hélder Martins, Dos Procedimentos Cautelares, Colecção Nova Vademecum, Porto, 2004.
- LEÓN, Aníbal Quiroga, La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil, Revista de Derecho, Thémis 59.

- LIMA, Pires de, ANTUNES, Varela, Código civil anotado, Volume I, 4.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Separata da Revista do Ministério Público n.º 100, Lisboa, 2004.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, Meios urgentes e Tutela Cautelar - perplexidade quanto ao sentido e Alcance de alguns mecanismos de Tutela Urgente, A Nova Justiça Administrativa, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2006.
- MACHETE, Pedro, Os limites do princípio da adequação formal e o direito à regulação provisória de relações jurídicas controvertidas - Acórdão do STA de 26.07.2000, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 29, Setembro/ Outubro 2001.
- MAGALHÃES, José Maria Barbosa de, Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 5º, n.ºs 3 e 4.
- MARIANO, João Cura, A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória, 2.^a edição – revista e aumentada, Editora Almedina, Outubro, 2006.
- MARÍN, Cármen Chinchilla, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Civitas, Madrid, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme, Da tutela cautelar à tutela antecipatória, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013.
- MARQUES, João Paulo Remédio, Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo de 2013, Coimbra, Maio de 2013, texto disponível em www.cej.mj.pt.

- MARTINS, Ana Gouveia, Os critérios de atribuição das providências cautelares na reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 106, Julho/Agosto 2014.
- MARTINS, Licínio Lopes, Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 106, Julho/Agosto 2014.
- MENDES, António Alfredo, PROENÇA, Carlos, Procedimentos Cautelares: Noção e Requisitos - Um Olhar Possível com a Reforma Processual Civil de 2013, Revista Jurídica JURISMAT n.º 4, Portimão, 2014.
- MESQUITA, Miguel, Princípio de Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145.º, n.º 3995, Novembro-Dezembro, 2015.
- MEZA, Dante Ludwig Apolin, El derecho a um processo sin dilaciones indevidas, Foro Jurídico 7.
- NETO, Abílio, Novo Código de Processo Civil Anotado, 4ª edição revista e ampliada, Março, 2017.
- NETO, Dora Lucas, Meios Cautelares, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 76, Julho/Agosto 2009.
- OLAVO, Carlos, João das Regras, O jurisconsulto, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1, n.º 1.
- PEREIRA, Célia Sousa, Arbitramento de Reparação Provisória, Editora Almedina, Setembro 2003.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: consulta, Lusíada, Revista de Direito n.º 2, Lisboa, 2004.

- PINTO, Rui Carlos Gonçalves, A questão de mérito na tutela cautelar, Doutoramento em Ciências Jurídicas - Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.
- PINTO, Rui, A Questão de Mérito na Tutela Cautelar - A obrigação genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil, Coimbra Editora, 2009.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, Comentários ao Código de Processo Civil, Edições Almedina, Outubro, 2005.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso, Revista Julgar, n.º 16, Janeiro-Abril, 2012.
- REIS, José Alberto dos, A figura do processo cautelar, Separata do n.º 3 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1947.
- REIS, José Alberto dos, A figura do processo cautelar, Separata n.º 3 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1947.
- REIS, José Alberto dos, Código de processo civil anotado, Volume 1, 3.ª edição - reimpressão, 2012.
- RIBEIRO, Teresa de Melo, A justiça cautelar que temos e a que queremos, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 94, Julho/Agosto 2012.
- ROQUE, Miguel Prata, “Alto e pára o baile!” – o excepcional prejuízo para o interesse público como mera causa de inexecução da decisão cautelar, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, (2.º Juízo) de 17.3.2011, P. 7278/11, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 97, Janeiro/Fevereiro 2013.
- ROQUE, Miguel Prata, A urgência tem limites (!) – Breve apontamento sobre os poderes do juiz cautelar - Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, (1ª

Secção, 2º Juízo) de 28.10.2004, P. 273/04, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 50, Março/ Abril 2005.

ROQUE, Miguel Prata, Cinco anos de reforma da tutela cautelar – Do enamoramento iniciático à monotonia conjugal, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 76, Julho/ Agosto 2009.

SANTOS, Ana Cláudia Ferreira dos, A inversão do contencioso nas providências cautelares do direito civil, Instituto Politécnico de Coimbra, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Dissertação ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Solicitadoria – Agente de Execução, Coimbra, Novembro de 2017.

SERAPICOS, Vânia Filipa Marques, Os Processos Cautelares em Direito Administrativo - Um olhar atento sobre a Proibição de Executar Acto Administrativo e o Decretamento Provisório de Providências Cautelares, Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 2009.

SERRA, Miguel Dinis Pestana, O dever de gestão processual no novo Código de Processo Civil de 2013, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona
VER

SERRASQUEIRO, Mafalda, Caminhos de reforço da tutela jurisdicional efetiva em sede cautelar: procurando alternativas à intervenção da Administração através da emissão de resolução fundamentada nos processos de suspensão de eficácia do ato administrativo – estudo resultante da adaptação do Relatório de Mestrado realizado no âmbito do Seminário de Direito, 2018.

SILVA, Lucinda Dias da, Processo Cautelar Comum - Princípio do Contraditório e dispensa de audição prévia do requerido, Coimbra Editora, Agosto de 2009.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da, Do Processo Cautelar, 2.^a edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- SILVEIRA, João Tiago V. A. da, O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as tendências cautelares não especificadas no contencioso administrativo, Perspectivas Constitucionais, Nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. III, Coimbra, 1998.
- SOUSA, Jorge Manuel Lopes de, Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 47, Setembro/Outubro 2004.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, Cadernos de Direito Privado n.º 43.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, Cadernos de Direito Privado, n.º 43.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, As providências cautelares e a inversão do contencioso, texto disponível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex-Edições Jurídicas, Abril de 1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, Inadmissibilidade de arresto de bens comuns do casal em procedimento instaurado contra um único dos cônjuges antes de haver título executivo quanto ao crédito acautelado, texto disponível em <https://www.academia.edu/>.
- TEIXEIRA, Sónia, As medidas cautelares aplicadas ao processo por incumprimento: efeitos práticos, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, Vol. II, Julho 1998.
- TELLES, Inocêncio Galvão, Introdução ao Estudo do Direito, Volume I, 11.^a Edição, Coimbra Editora, 2010.

- TIRADO, Mariolga Quintero, Breves notas sobre la tutela anticipatoria, *Derecho y Sociedad - Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila / Universidad Monteávila, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Caracas* : Editorial Altolitho, 5 (abril) (2004).
- TORRES, Marlene Sofia Costa, Providências Cautelares – Novo paradigma: A problemática do Regime de Inversão do contencioso, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Coimbra, 2015.
- TREPAT, Cristina Riba, Eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indevidas, Barcelona, Bosch, 1997.
- VALADAS, Pedro Rogério Costa, Considerações sobre a Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.
- VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e, Manual de Processo Civil, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1985.
- VARELA, Antunes, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 122.º.
- VAZ, Isabel Conceição Sampaio, Inversão do Contencioso: Um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares, Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária pela Universidade do Minho, Abril de 2015.

Jurisprudência citada

- Ac. do STA de 24-09-2009, processo n.º 0821/09.
- Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17.
- Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17.
- Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0163/17.
- Ac. do STA de 04-05-2017, processo n.º 0651/16.
- Ac. do STA de 08-02-2018, processo n.º 01373/17.
- Ac. do STA de 08-02-2018, processo n.º 01373/17.
- Ac. do STA de 08-04-1997, processo n.º 96A940.
- Ac. do STA de 08-06-2017, processo n.º 0163/17.
- Ac. do STA de 10-09-2009, processo n.º 0494/09.
- Ac. do STA de 12-07-2017, processo n.º 058/1.
- Ac. do STA de 14-06-2018, processo n.º 0435/18.
- Ac. do STA de 15-09-2016, processo n.º 0979/16.
- Ac. do STA de 23-06-2016, processo n.º 0629/16.
- Ac. do STA de 24-09-2009, processo n.º 0821/09.
- Ac. do STA de 25-03-2010, processo n.º 0847/09.
- Ac. do STA de 26-06-2016, Processo n.º 0500/14.
- Ac. do STA de 26-06-2016, Processo n.º 0500/14.
- Ac. do STA de 28-01-2016, processo n.º 01482/15.

Ac. do STA de 30-04-2015, proferido no processo n.º 404/15.

Ac. do STA de 30-11-2017, processo n.º 01197/17.

Ac. do STA de 30-11-2017, processo n.º 050/17.

Ac. do STJ de 08-01-1987, processo n.º 073905.

Ac. do STJ de 08-04-1997, processo n.º 96A940.

Ac. do TCA do Sul de 02-01-2008, processo n.º 239/08.

Ac. do TCA do Sul de 02-01-2008, processo n.º 239/08.

Ac. do TCAN de 01-07-2016, processo n.º 00130/16.7BEBRG.

Ac. do TCAN de 03-03-2010, processo n.º 479/10.

Ac. do TCAN, de 12-06-2008, no Processo n.º 01507/07.4BEBRG.

Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR.

Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR.

Ac. do TCAN de 03-06-2016, processo n.º 00033/16.5BECBR.

Ac. do TCAN de 03-06-2016, Processo n.º 02517/15.3BEBRG.

Ac. do TCAN de 06-05-2010, processo n.º 00032/09.3BEAVR-A.

Ac. do TCAN de 06-05-2010, Processo n.º 01322/09.0BEPRT.

Ac. do TCAN de 06-05-2010, Processo n.º 01322/09.0BEPRT.

Ac. do TCAN de 07-07-2017, processo n.º 01863/16.3BEBRG.

Ac. do TCAN de 08-07-2011, processo n.º 02936/10.1BEPRT.

Ac. do TCAN de 09-09-2016, processo n.º 00803/16.4BEPRT.

Ac. do TCAN de 09-09-2016, processo n.º 00803/16.4BEPRT.

Ac. do TCAN de 10-02-2005, processo n.º 00303/04.5BEMDL.

Ac. do TCAN de 10-10-2014, processo n.º 00548/14.0BEBRG.

Ac. do TCAN de 11-05-2017, processo n.º 01727/16.0BEBRG.

Ac. do TCAN de 13-01-2017, processo n.º 00620/16.1BEAVR.

Ac. do TCAN de 14-03-2014, processo n.º 01334/12.7BEPRT-A.

Ac. do TCAN de 14-03-2014, processo n.º 01334/12.7BEPRT-A.

Ac. do TCAN de 14-07-2017, processo n.º 00063/17.0BEPNF.

Ac. do TCAN de 14-09-2012, Processo n.º 03712/11.0BEPRT.

Ac. do TCAN de 14-09-2012, Processo n.º 03712/11.0BEPRT.

Ac. do TCAN de 15-07-2011, Processo n.º 00102/11.8BEPRT-A.

Ac. do TCAN de 15-07-2011, Processo n.º 00102/11.8BEPRT-A.

Ac. do TCAN de 16-12-2016, processo n.º 00328/16.8BECBR.

Ac. do TCAN de 17-04-2015, processo n.º 03175/14.8BEPRT.

Ac. do TCAN de 17-04-2015, processo n.º 03175/14.8BEPRT.

Ac. do TCAN de 18-11-2016, processo n.º 00202/16.8BEVIS.

Ac. do TCAN de 26-05-2017, processo n.º 00508/16.6BEBRG.

Ac. do TCAN de 28-10-2005, processo n.º 00235/04.7BECBR.

Ac. do TCAN de 29-08-2016, processo n.º 00940/16.5BEPRT.

Ac. do TCAN de 29-08-2016, processo n.º 00940/16.5BEPRT.

Ac. do TCAN de 31-08-2015, processo n.º 00355/14.0BEBRG-A.

Ac. do TCAS de 03-05-2005, processo n.º 6635/04.

Ac. do TCAS de 11-02-2016, processo n.º 12862/16.

Ac. do TCAS de 14-06-2018, processo n.º 408/10.3BEBJA.

Ac. do TCAS de 14-09-2004, processo n.º 00251/04.

Ac. do TCAS de 30-03-2017, processo n.º 305/16.9BECTB.

Ac. do TRC de 10-05-2011, processo n.º 2275/10.8TBVIS.C1.

Ac. do TRC de 13-11-2012, processo n.º 460/12.7T2ILH.C1.

Ac. do TRC de 19-10-2010, Processo n.º 358/10.3T2ILH.C1.

Ac. do TRC de 22-11-2005, processo n.º 3025/05.

Ac. do TRC de 22-11-2005, processo n.º 3025/05.

Ac. do TRC de 29-02-2012, processo n.º 51/10.7TBPNC.C2.

Ac. do TRG de 21-09-2017, processo n.º 1483/17.5T8BCL.G1.

Ac. do TRG de 26-01-2012, processo n.º 122/08.0TBPTB-B.G1.

Ac. do TRG de 26-01-2012, processo n.º 122/08.0TBPTB-B.G1.

Ac. do TRG de 27-02-2014, Processo n.º 8159/13.OTBBRG.G1.

Ac. do TRG de 27-02-2014, Processo n.º 8159/13.OTBBRG.G1.

Ac. do TRL de 09-11-2004, processo n.º 8115/2004-7

Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

Ac. do TRL de 15-05-2008, processo n.º 3326/2008-6.

Ac. do TRL de 20-08-2007, processo n.º 6794/2007-6.

Ac. do TRL de 20-08-2007, processo n.º 6794/2007-6.

Ac. do TRL de 20-09-2018, processo n.º 11509/18.0T8LSB.L1-2.

Ac. do TRL de 20-09-2018, processo n.º 11509/18.0T8LSB.L1-2.

Ac. do TRL de 20-11-2014, processo n.º 1972/13.0TVLSB.L1-2.

Ac. do TRL de 22-06-2017, processo n.º 7617/17.2T8LSB-2.

Ac. do TRL de 23-02-2006, Processo n.º 1020/2006-6.

Ac. do TRP de 08-07-2015, processo n.º 912/14.4T8PRT.P1.

Ac. do TRP de 12-10-2010, processo n.º 334/10.6TBCHV-A.P1.

Ac. do TRP de 22-11-2011, processo n.º 1408/11.1TJPRT.P1.

Ac. do TRP de 22-11-2011, processo n.º 1408/11.1TJPRT.P1.

Ac. do TRP de 29-06-2017, processo n.º 25601/16.1T8PRT.P1.

Ac. do TRP de 29-06-2017, processo n.º 25601/16.1T8PRT.P1.

Ac.do STA de 18-06-2015, processo n.º 0469/15.

Ac.do TRG de 23-11-2017, processo n.º 777/17.4T8FAF.G1.

(disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TC n.º 1169/96, processo n.º 452/95.

Ac. do TC n.º 222/90 de 17 de Setembro de 1990, Diário da República, II série.

Ac. do TC n.º 404/87 de 21 de Dezembro de 1987, Diário da República, II série.

Ac. do TC n.º 76/03, Processo n.º 548/2000.

Ac. do TC n.º 86/88 de 22 de Agosto de 1988, Diário da República, II série.

(disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)