

A INVERSÃO DO CONTENCIOSO E O CASO JULGADO⁽¹⁾

Por Margarida Saraiva Sepúlveda Teixeira(*)

SUMÁRIO:

Introdução. **1. A inversão do contencioso.** **1.1.** A função e os elementos constitutivos das providências cautelares. **1.2.** A instrumentalidade e a provisoriedade das providências cautelares. **1.3.** O problema da duplicação de procedimentos e a inversão do contencioso. **1.3.1.** Os pressupostos da inversão do contencioso. **1.3.2.** Os efeitos da inversão do contencioso. **2. O sistema de impugnação de uma decisão cautelar proferida com inversão do contencioso.** **2.1.** Os modos de impugnação e a irrecorribilidade autónoma. **2.2.** Natureza da ação principal. **3. O caso julgado e a decisão da providência cautelar decretada com inversão do contencioso.** **3.1.** Natureza e efeitos da decisão proferida na providência cautelar sem inversão do contencioso. **3.1.1.** Dos efeitos de caso julgado da decisão cautelar. **3.1.2.** Da provisoriedade da decisão proferida na decisão cautelar sem inversão do contencioso. **3.1.3.** Breve síntese. **3.2.** A relevância dos novos elementos da decisão cautelar com inversão do contencioso no caso julgado. **3.2.1.** A convicção segura acerca da existência do direito acautelado. **3.2.2.** A decisão de inversão “tendencialmente definitiva”. **3.3.** A questão da litispendência. **3.4.** Tutela cautelar ou tutela antecipatória? **Conclusões.**

(¹) Corresponde, essencialmente, ao texto apresentado como tese do Mestrado Forense da Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa, em julho de 2016.

(*) Nascida em Lisboa. Advogada na Sêrvulo & Associados. Licenciada na FDUCP, onde concluiu o Mestrado Forense em 2017.

Introdução

A figura das providências cautelares, tal como hoje se encontra configurada, foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo CPC de 1939. Nesta matéria saliente-se o que, acerca deste instituto, dizia ALBERTO DOS REIS quando considerava que “convém, evidentemente, que a justiça seja pronta; mas, mais do que isso, convém que seja justa”⁽²⁾. Cumpre notar que toda a existência das providências cautelares assenta num equilíbrio ténue entre a celeridade e a certeza de uma decisão justa. Assim, “tal como, em Schopenhauer, o pêndulo oscila entre a ação e a inércia, o fiel da balança da Justiça oscila (sempre oscilou) entre a validade e a eficácia, entre a decisão justa e a decisão inútil, entre a garantia e a celeridade. Entre tais valores, a relação não é de alternativa, mas de compatibilização”⁽³⁾.

Este instituto é tradicionalmente caracterizado pela provisoriedade dos efeitos decorrentes da decisão proferida pelo juiz e pela sua dependência face à propositura de uma ação principal, sendo que tais elementos se traduzem na ideia essencial de instrumentalidade. A este respeito, note-se as palavras de RITA LYNCE DE FARIA: “se, por um lado, a importância de um processo célere contribuiu para aumentar o significado da tutela cautelar para o cidadão que recorre à justiça, por outro lado, este facto potencia o risco de se cair na tentação de transformar aquele tipo de tutela em verdadeira alternativa à tutela principal”⁽⁴⁾.

É importante referir que a crescente complexidade das relações jurídicas e a necessidade de tutela urgente tornou a figura das providências cautelares essencial num processo civil que se quer mais célere mas também mais justo. No entanto, o paradigma da

⁽²⁾ REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1948, p. 624.

⁽³⁾ SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução, Conversão e Inversão”, in *I Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”*, Valpaços, 5 e 6 de novembro de 2011, p. 72, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf>.

⁽⁴⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 12.

instrumentalidade e o dogma da provisoriedade das providências cautelares conduziu (e conduz), muitas vezes, a uma duplicação de procedimentos, um cautelar e outro principal, que têm o mesmo objeto e cuja apreciação judicial incide sobre os mesmos factos. Foi este problema que a Reforma do Processo Civil de 2013 procurou resolver, apresentando como solução o instituto da inversão do contencioso que, nas palavras da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, irá conduzir a que, “em determinadas situações, a decisão cautelar se possa consolidar como definitiva na composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade”. Esta solução, nas palavras do legislador, obstará “aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efectivamente opunha as partes”.

É no âmbito desta nova figura da inversão do contencioso que irá incidir o nosso estudo, em particular, sobre a sua compatibilidade (ou não) com as garantias que enformam o processo civil.

A decisão proferida num procedimento cautelar, em especial, a decisão proferida com inversão do contencioso, faz parte “de uma sequência de actos, logicamente articulados entre si, com vista a determinado fim”⁽⁵⁾, *i.e.*, do processo civil. Deste modo, terá de obedecer às regras estabelecidas para as decisões processuais proferidas por um juiz. No regime anterior à reforma de 2013, a decisão cautelar proferida com um carácter provisório e instrumental seria sempre substituída pela decisão proferida na acção principal ou caducaria na falta desta, por a sua eficácia se encontrar limitada temporalmente. No entanto, a característica da instrumentalidade, e a consequente provisoriedade, poderá ser posta em causa quando, com o novo instituto da inversão do contencioso, se procura que a decisão proferida no procedimento cautelar tenha a característica da definitividade. Assim, a principal questão a que se procurará responder é a de saber se existe fundamento jurídico para que a

⁽⁵⁾ VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 10.

decisão proferida na ação principal venha a substituir a da providência que foi decretada a inversão do contencioso com base num juízo de certeza acerca do direito acautelado.

A primeira parte do nosso estudo versará sobre as características essenciais das providências cautelares e que permitem distinguir a tutela cautelar face às ações principais e face a outros tipos de tutela. Importando desde já referir a diferença entre as expressões *providência cautelar* e *procedimento cautelar*, em que a primeira se reporta “às medidas que concretamente podem ser requeridas ou deferidas, traduzindo as pretensões de direito material deduzidas ou decretadas”, e a segunda traduz “a vertente adjetiva ou procedimental das medidas cautelares, ligada à especial forma que deve ser adoptada, ao conjunto de actos processuais a realizar, à respectiva sequência ou tramitação ou ao seu suporte material”⁽⁶⁾.

Na segunda parte desta análise iremos identificar quais as diferenças que o sistema da inversão do contencioso trouxe em sede do sistema de impugnação de uma providência cautelar, ou, por outras palavras, indicar quais os meios de impugnação de uma providência cautelar decretada com inversão do contencioso.

Por fim, iremos concentrar-nos no tema central deste estudo: a compatibilidade do sistema de impugnação de uma decisão de providência cautelar decretada com a inversão do contencioso com o instituto do caso julgado⁽⁷⁾. Neste sentido, iremos sumariamente indicar qual a noção de caso julgado e, em concreto, procurar saber se a decisão cautelar é idónea a produzir o efeito de caso julgado sobre a decisão principal. Para isso, será necessário identificar quais os elementos que integram o caso julgado, a natureza da decisão cautelar, e quais os elementos diferenciadores de uma decisão cautelar com a inversão do contencioso, face a uma decisão

(6) GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Vol., 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 38.

(7) Como pertinentemente nota JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “este regime arrisca-se a transferir para o procedimento cautelar a complexidade da discussão do processo principal, obrigará a doutrina portuguesa a repensar a teoria do caso julgado e não deixa de suscitar questões de inconstitucionalidade, por limitação do direito de acesso à justiça” (“Sobre o Novo Código de Processo Civil — Uma Visão de Fora”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Lisboa, janeiro/março de 2013, p. 46).

proferida sem essa inversão. Depois, iremos procurar determinar se, possuindo a decisão cautelar com inversão do contencioso novas características que a diferenciam face a uma decisão cautelar proferida sem tal inversão, se justificam os meios de impugnação dessa decisão disponibilizados pelo CPC e, em especial, se a apreciação da mesma relação jurídica numa ação principal, cuja decisão final irá substituir a decisão proferida no procedimento cautelar, não constituirá uma violação do instituto do caso julgado. Por último, iremos analisar se, para além de uma “quebra da dependência do procedimento” (face à ação principal), não existirá antes uma perda total dessa característica, com uma modificação na natureza da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso.

1. A inversão do contencioso

1.1. A função e os elementos constitutivos das providências cautelares

À luz da garantia do acesso ao direito e aos tribunais e do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrados no art. 20.º da CRP, o art. 2.º do CPC vem acolher o princípio de que a cada direito corresponde uma ação destinada a efetivá-lo⁽⁸⁾. Na revisão constitucional operada em 1997⁽⁹⁾ são previstos constitucionalmente os procedimentos cautelares no art. 20.º, n.º 5 da CRP, como forma de obter a *tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações* dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Vem prever o art. 2.º, n.º 2, do CPC, o princípio de que a cada direito corres-

(8) Afirma JOSÉ LEBRE DE FREITAS que “o **direito de ação** exerce-se mediante a dedução de pretensões (ou pedidos, como o código continua a preferir chamar-lhes), pelas quais o autor (ou o réu reconvinente, ou ainda o terceiro interveniente principal activo ou oponente) se afirma titular de um direito ou outro interesse legítimo e, conseqüentemente solicita uma providência processual para a respectiva tutela” (*Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 3).

(9) Art. 8.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

ponde não só a ação destinada a efetivá-lo mas também o procedimento cautelar destinado a acautelar o efeito útil dessa ação. Assim, devemos considerar que a composição judicial provisória dada pelas providências cautelares tem como justificação a necessidade de assegurar a utilidade da decisão definitiva e a efetividade da tutela jurisdicional. Tal como afirma ALBERTO DOS REIS, “o processo cautelar é um instrumento do processo principal”⁽¹⁰⁾. No CPC aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, atualmente em vigor, o regime aplicável aos procedimentos cautelares encontra-se consagrado nos arts. 362.º a 409.º, constantes do Título IV — Livro II.

A função da composição provisória que se obtém através de uma providência cautelar pode ser analisada de três perspetivas⁽¹¹⁾: *i*) de acordo com uma *conceção processual*, a providência cautelar destina-se meramente a salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional; *ii*) por outro lado, e segundo uma *conceção material*, a providência cautelar destina-se a salvaguardar a efetividade do direito subjetivo e, por fim, *iii*) de acordo com uma *conceção mista*, a providência cautelar, ao proceder à salvaguarda da efetividade da tutela jurisdicional, destina-se a salvaguardar a efetividade do direito subjetivo, sendo esta a perspetiva que se afigura mais correta. É nesta função de salvaguarda da eficácia da ação principal que reside a diferença essencial de uma providência cautelar face a uma ação principal, cuja função primordial é a tutela dos interesses substantivos das partes.

Tradicionalmente é identificada como função das providências cautelares o evitar o *periculum in mora*, o que significa que o decretamento da providência pretende afastar “um perigo especial resultante da demora da decisão definitiva e da impossibilidade de obstar a tal demora”⁽¹²⁾ — art. 362.º, n.º 1, do CPC. Não é possível antecipar a decisão a proferir no processo principal para se obter

⁽¹⁰⁾ REIS, ALBERTO DOS, “A Figura do Processo Cautelar”, in *Separata n.º 3 do Boletim do Ministério de Justiça*, Lisboa, 1947, p. 48.

⁽¹¹⁾ Estas conceções são expostas por RUI PINTO sendo que, de acordo com este Autor, as providências cautelares têm uma natureza mista (*A Questão de Mérito na Tutela Cautelar — A Obrigação Genérica de Não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 54).

⁽¹²⁾ REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, *ob. cit.*, p. 12.

uma tutela definitiva; no entanto, e por outro lado, a demora neste processo poderá criar um perigo de dano iminente ao titular do direito e é este dano que se procura afastar com a figura da providência cautelar. Nas palavras de ALBERTO DOS REIS, o problema é que “a necessidade de fazer depressa está em conflito com a necessidade de fazer bem”⁽¹³⁾. O procedimento cautelar vem permitir que se tutele o interesse da celeridade na tomada de uma decisão, e, ao mesmo tempo, o interesse da ponderação, uma vez que permite a decorrência normal do processo principal, dela dependendo⁽¹⁴⁾.

Para poder realizar esta função, o procedimento cautelar comporta um conjunto de características que lhe permitem ser mais célere e que decorrem do antigo regime do processo sumário determinado. O antigo processo sumário comportava duas modalidades⁽¹⁵⁾: *i) o processo sumário indeterminado ou regular*, que era um processo de cognição plena para qualquer forma de tutela, consistindo numa simplificação formal do processo ordinário, e *ii) o processo sumário determinado ou irregular*, que consistia num processo de cognição limitada com o objetivo de alcançar uma tutela específica, sendo que a limitação poderia incidir sobre os meios de prova, poderia resultar na restrição do objeto do processo ou poderia ainda ter como consequência a decisão basear-se num mero juízo de probabilidade. O atual procedimento cautelar, de modo a prosseguir a celeridade e a garantia da eficácia da decisão a proferir na ação principal, baseia-se numa *cognição restrita e sumária*. Ou seja, o procedimento cautelar adota um contraditório *fraco* que se traduz na apreciação sumária do objeto do processo pelo tribunal — *summario cognitio* —, ou, por outras palavras,

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽¹⁴⁾ MANUEL DE ANDRADE definia as providências cautelares como “providências judiciárias tendentes a regular a situação de facto que haverá de existir entre as partes até que chegue a final uma ação de algum dos tipos anteriores [declarativa ou executiva] — podendo ela não estar ainda proposta — em ordem a premunir o requerente contra os danos que lhe poderiam resultar da demora ocasionada pela duração do processo da ação principal (periculum in mora)” (*Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 8).

⁽¹⁵⁾ Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, Instituto de Estudos do Processo Civil, pp. 1 e 2, disponível em: <<https://sites.google.com/site/ippcivil/recursos-bibliograficos/5-papers>>.

nele é apreciada provisoriamente e sumariamente a relação litigiosa para que a decisão seja tomada de forma célere. Tal significa que são restringidos os meios de prova e o objeto do processo e que a decisão sobre a procedência da providência se baseia num mero juízo de probabilidade acerca da existência do direito a acautelar⁽¹⁶⁾. No fundo, a necessidade de uma tutela célere prevalece sobre a exigência da qualidade de tutela material, uma vez que se limitam os meios ao dispor do juiz para a tomada da sua decisão⁽¹⁷⁾. Assim, para que a providência seja decretada basta que exista uma *probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão* (cf. art. 368.º, n.º 1, do CPC), sendo que estes critérios formam o requisito do *fumus bonus juris*. O juízo cautelar de mera aparência ou verosimilhança quanto à existência dos factos é qualitativamente diverso do juízo probatório da tutela plena, pelo que, para que a providência cautelar seja considerada procedente, é suficiente a mera aparência do direito.

Em suma, os procedimentos cautelares “representam uma antecipação ou garantia de eficácia relativamente ao resultado do processo principal e assentam numa análise sumária (*summario cognitio*) da situação de facto que permita afirmar a provável existência do direito (*fumus bonus juris*) e o receio justificado de que o mesmo seja seriamente afectado ou inutilizado se não for decretada uma determinada medida cautelar (*periculum in mora*)”⁽¹⁸⁾. Pelo contrário, numa ação principal, há uma cognição plena da matéria de facto e uma decisão definitiva proferida com base num juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar.

Cumprе notar ainda que, no âmbito das providências cautelares, a Lei distingue dois tipos de providências: as antecipatórias e

(16) Como manifestações de tal sumariedade podemos encontrar os arts. 365.º, n.º 1, arts. 293.º a 295.º (aplicáveis *ex vi* do art. 365.º, n.º 3) e o art. 367.º, n.º 1, todos do CPC.

(17) Afirma RUI PINTO que “há uma prevalência do facto da celeridade da tutela — ou efectividade meramente formal ou quantitativa — sobre o facto da qualidade da cognição subjacente à solução da tutela — ou efectividade material — pois mais rapidez significa, no cômputo global do processo, menos informação colocada ao juiz, por haver menos prova, e menor quantidade e qualidade na apresentação e demonstração das pretensões das partes” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 101 e 102).

(18) GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 35.

as conservatórias (cf. art. 362.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPC). Importa, em sede de análise do instituto da inversão do contencioso, procurar definir em que consiste uma providência cautelar antecipatória, uma vez que, como será referido, o instituto em causa apenas será aplicável às providências cautelares antecipatórias⁽¹⁹⁾. Assim, enquanto uma providência cautelar conservatória é justificada pela impossibilidade de o direito vir a ser realizado num momento futuro, uma providência cautelar antecipatória é justificada pela necessidade de o direito ser imediatamente tutelado, procurando-se evitar a inutilidade da decisão proferida na ação principal que irá ser emitida num momento em que o perigo já foi ultrapassado, pelo que a providência cautelar antecipatória tem uma “finalidade de antecipação da tutela definitiva”⁽²⁰⁾.

Todavia, é importante referir que a tutela conferida por uma providência cautelar antecipatória é distinta da tutela antecipatória *per se*, uma vez que esta antepõe a obtenção do efeito jurídico que se pediria na tutela plena. Um meio de tutela será antecipatório quando serão tratados os mesmos factos, aplicada a mesma matéria de direito e produzidos os mesmos efeitos jurídicos que seriam na tutela plena, *i.e.*, quando o seu objeto for o mesmo que o da tutela plena⁽²¹⁾. Por outro lado, tanto a tutela cautelar como a antecipatória, ainda que urgentes e sumárias, distinguem-se ainda da tutela sumária em si mesma, na qual o prazo processual é encurtado de modo a coincidir com o prazo concreto da causa⁽²²⁾.

Em síntese, e de acordo com ALBERTO DOS REIS a tutela cautelar “propõe-se afastar o perigo da demora da solução definitiva da lide, mediante uma solução provisória baseada num conhecimento sumário da situação jurídica”⁽²³⁾.

(19) Cf. *infra* 1.3.1.

(20) SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, pp. 4 e 5.

(21) De acordo com 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”. Deste modo, a tutela antecipatória “é uma tutela de urgência dotada de identidade com o mérito da tutela plena” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 268 e 274).

(22) *Ibidem*, pp. 129 e 130.

(23) REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, *ob. cit.*, p. 47.

1.2. A instrumentalidade e a provisoriedade das providências cautelares

Constitui característica definidora das providências cautelares a sua instrumentalidade, *i.e.*, como definia CALAMANDREI, elas são o “instrumento do instrumento”. Segundo este Autor, a sua característica típica seria a incapacidade de poderem ser definitivas e dependerem da prolação de uma ulterior decisão definitiva⁽²⁴⁾. De acordo com este paradigma, as medidas cautelares constituem medidas de segurança de um direito proferidas com base no pressuposto de que na ação principal esse direito irá ser considerado como efetivamente existente. A instrumentalidade traduz-se na circunstância de que na providência cautelar se obtenha apenas “um julgamento preliminar e provisório sobre a relação litigiosa”⁽²⁵⁾; julgamento que tem como finalidade principal a manutenção da situação de facto ou a sua antecipação de modo a garantir a efetividade da decisão de mérito que será proferida na ação principal. As providências cautelares não são, pois, um fim em si mesmas, mas um meio de acautelar o efeito jurídico a ser atingido na ação principal.

O procedimento cautelar pressupõe necessariamente — e tal como tradicionalmente se encontra construído — um processo principal que comporte todas as garantias processuais e em que a existência do direito substantivo acautelado venha a ser analisado e confirmado. Como afirma LEBRE DE FREITAS, “constituindo a providência cautelar a antecipação duma providência definitiva, de natureza declarativa ou executiva [...], o procedimento que visa a

⁽²⁴⁾ CALAMANDREI, PIERO, *Opere giuridiche — IX*, Nápoles: Morano, 1983, p. 175. Afirmava ainda o mesmo Autor que as medidas cautelares se destinam não a realizar de forma mais célere o direito acautelado, mas a preparar com antecedência os meios destinados a garantir que quando a sentença de mérito seja proferida tenha ainda utilidade (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 55). Numa posição ligeiramente diversa considerava CHIOVENDA que o fundamento das providências cautelares é o de remover o perigo real e atual de um dano jurídico ou a iminência de um possível dano a um direito já existente na titularidade jurídica do requerente ou que ainda venha a existir (*Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 226).

⁽²⁵⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo...*, *ob. cit.*, p. 627.

sua obtenção está sempre na dependência duma acção em que o autor faz valer o seu direito — ou o interesse tutelado — que através dele visa acautelar”⁽²⁶⁾. Ou seja, a instrumentalidade implica que sobre o requerente da providência cautelar incida um ónus de propositura da acção principal onde irá ser apreciado definitivamente o litígio que opõe as partes (cf. art. 364.º, n.º 1, do CPC).

Por outro lado, uma vez que a providência cautelar é proferida com recurso apenas à *summario cognitio*, nem o julgamento de facto nem o de direito poderão ter qualquer influência no julgamento da acção principal, conforme dispõe o art. 364.º, n.º 4, do CPC. Tal significa que a decisão cautelar não poderá vincular nem em matéria de facto nem em matéria de direito a decisão a proferir na acção principal, sob pena de a utilidade desta se esvaziar⁽²⁷⁾.

Desta forma, a tutela conferida por uma providência cautelar será qualitativamente diferente da tutela conferida por uma acção principal, ou seja, para a primeira bastará concluir pela probabilidade de existência do direito a acautelar exigindo-se apenas uma *summario cognitio*, enquanto na acção principal terá de ser alcançado um juízo de certeza acerca do direito a tutelar com base na prova *stricto sensu* dos factos relevantes⁽²⁸⁾.

A instrumentalidade da providência cautelar reflete-se também no facto de a decisão proferida na sua sede caducar por efeito da decisão proferida no processo principal. O que significa que a eficácia jurídica da decisão proferida num procedimento cautelar se encontra limitada temporalmente. Como afirma ALBERTO DOS REIS, “a solução provisória da lide, que está na base da providência cautelar, tem necessariamente de ceder perante a solução definitiva da mesma lide, objecto do processo principal”⁽²⁹⁾. Nos casos em que a providência cautelar visa obter uma decisão declarativa, dispõe o princípio da caducidade que a eficácia da decisão cautelar,

(26) LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Código de Processo...*, *ob. cit.*, p. 16.

(27) De acordo com RUI PINTO, “o que for decidido cautelarmente não pode vincular ou esvaziar, de direito ou de facto, o que possa ser decidido na acção principal” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 44).

(28) Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 228.

(29) REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, *ob. cit.*, p. 27.

como provisória, cessa assim que for proferida a decisão definitiva na ação principal⁽³⁰⁾.

Constitui ainda característica das providências cautelares a sua provisoriedade, ou seja, o facto de a decisão final proferida no procedimento cautelar se ter baseado apenas num juízo de probabilidade leva a que seja provisória, mantendo-se apenas durante o tempo necessário até ao momento em que seja proferida a decisão de mérito na ação principal. Por outras palavras, a característica da provisoriedade tem como fundamento o facto de ter sido proferida uma decisão apenas com recurso a uma *summario cognitio* e com base numa mera probabilidade séria da existência do direito acautelado.

1.3. O problema da duplicação de procedimentos e a inversão do contencioso

Dada a analisada característica da instrumentalidade⁽³¹⁾, e também da provisoriedade, verificou-se que ocorria uma duplicação de procedimentos, *i.e.*, citando PAULA COSTA E SILVA: “a acesoriedade da providência acabava por se repercutir numa multiplicação de meios — o procedimento cautelar e a ulterior acção principal — destinados à resolução de um mesmo conflito”⁽³²⁾.

Tal situação ocorre (e ocorria) nos casos em que o pedido formulado no procedimento cautelar e o pedido formulado na ação principal são idênticos, mormente nos casos em que é decretada uma providência cautelar antecipatória, que satisfaz antecipadamente o interesse do requerente da providência cautelar⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo...*, *ob. cit.*, p. 627.

⁽³¹⁾ Cf. *supra* 1.2.

⁽³²⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar”, in *Debate da Reforma do Processo Civil 2012 — Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.º 11, 2012, p. 139.

⁽³³⁾ Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA, “a um procedimento cautelar precedente se segue necessariamente uma acção principal de cognição plena que acaba por se

Ao tempo da reforma do Processo Civil de 2013, apresentavam-se duas soluções para este problema: *i*) a eliminação do ónus da propositura da ação principal mediante a possibilidade da providência cautelar produzir efeitos indefinidamente⁽³⁴⁾, e *ii*) a antecipação do juízo final mediante a possibilidade de o juiz tomar uma decisão definitiva quando tenha obtido uma convicção segura acerca da existência do direito do requerente e ouvido as partes⁽³⁵⁾.

No entanto, ambas as soluções afiguravam-se insuficientes ou inadequadas para a resolução do mencionado problema, pelo que, o legislador do Código de Processo Civil de 2013 criou o instituto

traduzir numa pura e simples repetição do processado em sede cautelar” e “o objecto processual das duas acções acaba por ser idêntico no que se refere ao direito do requerente/autor, que, para o efeito muitas vezes acaba por reconduzir para segunda acção as mesmas razões de factos, as mesmas razões de direito, os mesmos elementos de prova” (“Apreciação da Proposta de Inversão do Contencioso Cautelar Apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1).

⁽³⁴⁾ Tal opção encontra-se já consagrada noutros sistemas jurídicos. No sistema italiano, no art. 669.^o-*octis* do CPC italiano, na redação dada pela Lei n.º 80/2005, de 14 de maio, tal como explica MARCO CARVALHO GONÇALVES, “embora o legislador determine que, em regra, ao decretar uma providência cautelar o juiz deve fixar um prazo perentório não superior a sessenta dias para que o requerente da providência cautelar proponha a acção principal [...] estatui que esta regra não se aplica quando estejam em causa medidas cautelares adequadas a antecipar os efeitos da sentença de mérito [...]” (*Providências Cautelares*, Coimbra: Almedina, 2015 p. 156, nota 435). A este respeito ver ainda BELSITO, ANTONIO, “*Riforma del Procedimento Cautelare: quali effetti nelle controversie di lavoro*”, in *Il Diritto dei Lavori*, Ano 2, n.º 1, Bari, 2008, p. 35 e ss., disponível em: <<http://www.csddl.it/csddl/rivista-scientifica-diritto-dei-lavori/>>. Também no sistema francês se encontra consagrado o instituto do *référé*, sendo que, como nota GARCIA DE ENTERRIA, este instituto permite ao credor pedir o pagamento imediato do seu direito de crédito se este não for seriamente contestado, caso tal pedido seja procedente o devedor poderá intentar uma ação declarativa para remover tal decisão (“Hacia una medida cautelar ordinária de pago anticipado de deudas (référé-provision): a propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (assunto Antonissen)”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 142, janeiro-abril, 1997, pp. 234 e 235). Na Alemanha, dispõe o § 926 do ZPO que “se a ação principal não se encontrar já pendente, o tribunal que tiver decretado a providência cautelar de arresto pode ordenar, a requerimento do requerido, que a parte que tiver obtido a seu favor o arresto proponha a ação principal dentro de um determinado prazo”, o que significa que a não consolidação da providência na ordem jurídica e a sua impugnação mediante a propositura de ação principal depende de pedido do requerente (GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 158, nota 435).

⁽³⁵⁾ Tal é o regime consagrado no art. 121.^o do CPTA e que se encontrava previsto no art. 16.^o do RPCE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho.

da inversão do contencioso. Com a criação deste instituto passou a ser possível que, em determinadas situações, a tutela cautelar se possa consolidar na ordem jurídica como composição definitiva do litígio. Decretada esta inversão transfere-se para o requerido o ónus de propositura da ação principal na qual lhe caberá demonstrar a inexistência do direito acautelado no procedimento cautelar. Caso o requerido não tome esta iniciativa, a decisão cautelar irá tornar-se definitiva na ordem jurídica. Deste modo, e nas palavras do legislador, “quebra-se o princípio segundo o qual estes [os procedimentos cautelares] são sempre dependência de uma causa principal”⁽³⁶⁾. A pergunta a que se pretendeu responder com a criação deste instituto foi a de saber em que condições as providências cautelares podem assumir a função “de se substituírem à tutela definitiva, ou seja, a de consumirem a necessidade da propositura de uma acção principal destinada a confirmar a tutela provisória obtida através de uma dessas providências”⁽³⁷⁾; tendo assim sido definidos os requisitos que têm de estar preenchidos para que esta substituição possa ocorrer.

1.3.1. Os pressupostos da inversão do contencioso

Em primeiro lugar, constitui pressuposto processual para o decretamento da inversão do contencioso a legitimidade para o requerer, resultando do art. 369.º, n.º 1, do CPC que a inversão do contencioso deverá ser solicitada pelo requerente da providência cautelar. Tal significa que o juiz não poderá decretar *ex officio* a inversão do contencioso, esta apenas poderá resultar da iniciativa do requerente. Como afirma LOPES DO REGO, “é o requerente que deve valorar o seu interesse e, em consonância, decidir se lhe interessa ou não a potencial definitividade e consolidação da decisão cautelar”⁽³⁸⁾. Este

⁽³⁶⁾ Ver Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII.

⁽³⁷⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 8.

⁽³⁸⁾ REGO, LOPES DO, “O Novo Processo Declarativo”, in *O Novo Processo Civil, Caderno II, Contributos da Doutrina no Decurso do Processo Legislativo, designada-*

requerimento deverá ser apresentado até ao encerramento da audiência final, conforme dispõe o art. 369.º, n.º 2, do CPC.

Por outro lado, terá sempre de ser assegurado o contraditório do requerido, sendo que este ocorrerá em momentos diferentes consoante estejamos ou não perante um procedimento com contraditório prévio. De qualquer modo, quer seja antes do decretamento da providência quando haja citação prévia, quer seja conjuntamente com a oposição (ou recurso) à providência decretada quando haja dispensa do contraditório prévio, o requerido terá sempre de ser ouvido acerca do pedido da inversão do contencioso — art. 369.º, n.º 2, do CPC.

Para além dos pressupostos processuais identificados constitui pressuposto material da inversão do contencioso a circunstância de a providência cautelar ser por natureza “adequada a realizar a composição definitiva do litígio”⁽³⁹⁾, *i.e.*, a inversão do contencioso só poderá ser decretada nas situações em que a decisão cautelar se possa substituir à decisão definitiva. Isto significa que, para a inversão do contencioso ser decretada, terá de estar em causa uma providência cautelar de natureza antecipatória. Sendo que, se estiver em causa uma providência cautelar antecipatória não especificada o instituto da inversão se aplica automaticamente, mas se estivermos perante um pedido de providência cautelar especificada a inversão do contencioso só será aplicável *ex vi* do art. 376.º, n.º 4, do CPC⁽⁴⁰⁾.

Por fim, constitui também pressuposto material da inversão do contencioso que a prova do direito do requerente permita ao juiz adquirir uma convicção segura da existência desse mesmo direito. Isto significa que, “ao invés do que sucede com o regime tradicional da tutela cautelar, em que o juiz funda a sua convicção num juízo de probabilidade ou de verosimilhança quanto à existência do

mente à luz do Anteprojecto e da Proposta de Lei n.º 113/XII, Centro de Estudos Judiciários, novembro 2013, p. 8, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_II_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Ver também o Acórdão do TRL de 20-11-2014 (proc. n.º 172/13.0TVLSB.L1-2, disponível em: <www.dgsi.pt>).

⁽³⁹⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 11.

⁽⁴⁰⁾ Ver o Acórdão do TRL de 19-05-2014 (proc. n.º 2727/13.TBPVZ.P1, disponível em: <www.dgsi.pt>).

direito alegado, na inversão do contencioso o juiz tem de formar uma “convicção segura” acerca da verificação do direito que o requerente visa tutelar⁽⁴¹⁾. Ou seja, e por outras palavras, o juiz apenas poderá decretar a inversão do contencioso quando, face à prova que foi produzida, considerar que o pedido cautelar deve ser procedente e, para além disso, apenas quando a matéria de facto trazida ao processo e a prova lhe permitirem concluir, sem dúvidas, pela existência do direito acautelado. Este pressuposto será abordado com mais detalhe a propósito dos novos elementos da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁴²⁾.

Em suma, apenas mediante solicitação do requerente da providência, verificado o contraditório do requerido e preenchidos os pressupostos materiais identificados poderá o juiz decretar a inversão do contencioso, o que leva alguns Autores a afirmarem que esta não é uma decisão discricionária mas sim vinculada e adotada segundo critérios de legalidade⁽⁴³⁾.

1.3.2. Os efeitos da inversão do contencioso

Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido — cf. art. 369.º, n.º 3, do CPC.

Por outro lado, com o pedido de inversão, o ónus de proposição da ação principal passará a impender não sobre o requerente mas já sobre o requerido, cf. art. 369.º, n.º 1, do CPC. Assim, após a decisão de inversão do contencioso ter transitado em julgado, de acordo com o art. 371.º, n.º 1, do CPC, o requerido será notificado para, num prazo de 30 dias, propor ação principal de modo a obstar

⁽⁴¹⁾ GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 159.

⁽⁴²⁾ Cf. *infra* 3.2.1.

⁽⁴³⁾ A título exemplificativo, GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 159, e FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas ao Código de Processo Civil: Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, p. 300.

a que a decisão provisória se consolide como definitiva na ordem jurídica. Caso o requerido não proponha a ação principal no prazo determinado, a decisão proferida em sede de procedimento cautelar torna-se definitiva, por outras palavras, “não havendo qualquer reação do requerido em relação à composição (provisória) do litígio, tal composição consolida-se como definitiva, ou seja, o litígio fica resolvido de forma definitiva em virtude da inação do próprio requerido”⁽⁴⁴⁾. Como afirma LOPES DO REGO, numa decisão decretada com inversão do contencioso o juiz limita-se “a aditar um *plus* a tal decisão cautelar: a sua vocação para representar uma composição tendencialmente definitiva do litígio, a qual se consolidará se o requerido não cumprir o ónus de propor a ação principal e de nela infirmar o juízo de certeza prática acerca da existência do direito acautelado ou a idoneidade da medida cautelar decretada para representar solução definitiva do litígio”⁽⁴⁵⁾.

Esta possibilidade de definitividade da decisão proferida em sede de procedimento cautelar contraria o entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência da necessária instrumentalidade e provisoriedade das providências cautelares e a consequente dependência da decisão proferida numa ação principal. Pese embora o facto de o problema identificado de *duplicação de procedimentos* não poder ser negado, a verdade é que, como veremos de seguida, o legislador possibilitou um conjunto de meios amplo (ou, diga-se até, demasiado amplo) destinado a impugnar a decisão proferida numa providência cautelar em que foi decretada a inversão do contencioso, que analisaremos de seguida.

⁽⁴⁴⁾ Ver a este propósito GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 130 e ss.

⁽⁴⁵⁾ REGO, LOPES DO, “O Novo Processo...”, *ob. cit.*, p. 11.

2. O sistema de impugnação de uma decisão cautelar proferida com inversão do contencioso

2.1. Os modos de impugnação e a irrecorribilidade autónoma

A instrumentalidade da providência cautelar traduz-se na característica da provisoriedade, fazendo incidir no requerente o ónus de propositura da ação principal onde se resolva definitivamente o litígio, sob pena de a decisão cautelar caducar. Numa providência cautelar decretada com a inversão do contencioso temos, na verdade, duas decisões: *i*) uma decisão que incide sobre a providência cautelar e *ii*) uma decisão que versa sobre a inversão do contencioso. Desde logo, um dos problemas que podemos identificar acerca deste instituto é a “complexidade do esquema de impugnação”⁽⁴⁶⁾. Assim, importa expor como funciona o sistema de impugnação de uma decisão de providência cautelar decretada com a inversão do contencioso de modo a compreender na sua totalidade os problemas de compatibilidade da mesma com a decisão relativa à ação principal⁽⁴⁷⁾.

Obviamente, caso o tribunal não conceda a providência cautelar a questão da inversão do contencioso não se irá colocar, uma vez que o pedido realizado pelo requerente não é procedente. Nesta situação, o único meio ao alcance do requerente para poder fazer valer a sua pretensão é a propositura de uma ação principal autónoma relativamente ao procedimento cautelar.

Por outro lado, caso o tribunal defira o pedido cautelar mas não conceda a inversão do contencioso esta segunda decisão (de inversão do contencioso) imediatamente transita em julgado e é irrecorrível nos termos da 2.^a parte do n.º 1 do art. 370.º do CPC.

Mas se, pelo contrário, o tribunal considerar procedente o pedido cautelar e inverter o contencioso (fazendo incidir o ónus de propositura da ação principal sobre o requerido) teremos as duas mencionadas decisões que poderão ser objeto de impugnação.

(46) SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 139.

(47) Ver a este propósito SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução...”, *ob. cit.*, p. 96 e ss.

Assim, o requerido poderá optar por não recorrer de nenhuma das decisões, caso em que estas transitarão em julgado e em que aquele será notificado para, no prazo de 30 dias propor *ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado*, de acordo com o art. 371.º, n.º 1, do CPC. No entanto, sempre se lhe aplicarão as regras constantes do n.º 2 da mesma norma, isto é, incumbe-lhe um dever de diligência processual tendo em conta que a decisão cautelar irá caducar se *a*) o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência sua, ou se *b*) o autor (requerido) ou o réu (requerente) forem absolvidos da instância e o autor não propuser nova ação de modo a aproveitar os efeitos da anterior. São, pois, impostos deveres ao requerido, semelhantes aos previstos para o requerente no art. 373.º, n.º 1, do CPC, isto é, tal imposição “constitui consequência simétrica à que prejudica o requerente (caducidade da providência cautelar) quando, não havendo inversão do contencioso, este adopte o mesmo tipo de comportamento negligente”⁽⁴⁸⁾. Assim, caso a decisão proferida na ação principal conduza à procedência do pedido do requerente, a decisão proferida no procedimento cautelar irá caducar nos termos gerais.

Ao invés, o requerido poderá optar por recorrer de ambas as decisões tomadas em sede cautelar. Por um lado, poderá sempre recorrer apenas da decisão proferida relativamente ao mérito da providência cautelar. Se assim o fizer, e se o recurso for considerado improcedente, sobre o requerido continuará a incidir o ónus de propositura da ação principal sob pena da decisão cautelar se consolidar como definitiva. Por outro lado, nunca o requerido poderá recorrer autonomamente da decisão de inversão do contencioso nos termos do art. 370.º, n.º 1, do CPC, por outras palavras, o requerido só poderá recorrer da decisão de inversão do contencioso em conjunto com o recurso da decisão de mérito da providência cautelar⁽⁴⁹⁾. Nesta situação, o requerido irá colocar em causa a decisão tomada pelo tribunal que inverteu o contencioso e que se

⁽⁴⁸⁾ SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução...”, *ob. cit.*, p. 98.

⁽⁴⁹⁾ Explica PAULA COSTA E SILVA que “o requerido não pode rebelar-se apenas contra a estabilidade da providência, ele deve rebelar-se contra o seu decretamento” (“Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 143).

baseou no juízo de *existência do direito acautelando*, ou seja, materialmente o requerido irá colocar em causa os fundamentos que permitiram que o juiz chegasse a essa convicção. Só que, tal convicção fundou não apenas a decisão de inversão do contencioso mas também a decisão acerca da procedência do pedido cautelar⁽⁵⁰⁾. Se for este o caso, e não aprofundando mais por ora a discussão sobre se, de facto, o objeto da apreciação é ou não distinto, o tribunal de recurso poderá considerar a decisão cautelar e/ou a decisão de inversão improcedentes. Assim, e desde logo, se considerar improcedente a decisão cautelar terá também, num raciocínio lógico, de fazer improceder a decisão sobre a inversão do contencioso. Se ocorrer a primeira situação, isto é, se o tribunal revogar apenas a decisão relativa à inversão do contencioso, o ónus de propositura da ação principal passará já não a incidir sobre o requerido mas sobre o requerente nos termos gerais. Se, pelo contrário, considerar tanto a decisão cautelar como a decisão sobre a inversão procedentes, então a situação das partes irá manter-se e ao requerido caberá o ónus de propositura da ação principal no prazo de 30 dias a partir da notificação da decisão do tribunal de recurso.

No caso de o requerido não interpor recurso da decisão de inversão de contencioso em conjunto com a decisão proferida acerca da providência cautelar, tal como referido, resta-lhe propor a ação principal para obstar à definitividade da decisão proferida na providência cautelar com a inversão do contencioso.

Assim, caso o recurso interposto pelo requerido seja considerado improcedente quanto às duas decisões ou caso o requerido não chegue a interpor recurso, poderá propor uma ação principal em que impugne a existência do direito acautelado, ação cujos contornos iremos analisar de seguida.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 144. Afirma a Autora, a este respeito, que o requerido irá pôr em causa o juízo de legalidade do decisor, quando “este afirma ter elementos que permitem formar uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado”.

2.2. Natureza da ação principal

Em termos gerais, devemos entender que, caracteristicamente, a providência cautelar tem natureza instrumental relativamente a uma ação declarativa condenatória. No entanto, é também possível conceber que seja dependente tanto de uma ação declarativa constitutiva como de uma ação declarativa de simples apreciação, quando se pretenda garantir os efeitos condenatórios que delas possam decorrer (*e.g.*, o direito à restituição numa ação com um pedido de declaração de nulidade de contrato ou com um pedido de resolução contratual) ou caso se pretenda acautelar o *periculum in mora* e a inutilidade da decisão a proferir posteriormente⁽⁵¹⁾.

No entanto, o art. 371.º, n.º 1, do CPC, dispõe concretamente acerca da natureza da ação principal no caso de uma providência cautelar proferida com inversão do contencioso, prevendo que a ação a propor pelo requerido é uma *ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado* (cf. art. 371.º, n.º 1, do CPC)⁽⁵²⁾. Tal normativo, à primeira vista, parece indicar que a ação adequada a impugnar a providência cautelar onde ocorreu a inversão do contencioso será uma ação de simples apreciação negativa. Mas a impugnação da providência cautelar também poderá ser realizada através de uma outra ação judicial que reconheça um direito que se sobreponha ao direito acautelado pela providência cautelar⁽⁵³⁾. Ou seja, o que se afigura essencial é que a ação principal tenha “sempre de compreender um pedido cuja procedência seja incompatível com a existência do direito acautelado — quer este pedido seja a direta declaração de inexistência do direito acautelado, quer seja o

⁽⁵¹⁾ Ver a este propósito FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental...*, *ob. cit.*, p. 100 e ss.

⁽⁵²⁾ De acordo com LOPES DO REGO tal significa que “que recai sobre o A. o ónus de demonstrar a ilegalidade ou inadequação da decisão que considerou como tendencial composição definitiva do litígio a providência decretada, **infirmando-a**: não se trata, pois, de uma acção de simples apreciação negativa, em que, com base numa situação de incerteza objectiva, o A. se possa limitar a negar o direito reconhecido ao requerente da providência” (“O Novo Processo...”, *ob. cit.*, p. 9).

⁽⁵³⁾ Ver a este respeito FARIA, RITA LYNCE DE, *Apreciação da Proposta de...*, *ob. cit.*, p. 1.

reconhecimento de um direito prevalecente do requerido, agora autor”⁽⁵⁴⁾.

Deste modo, é possível conceber essencialmente três tipos de ações cujo objeto seja suscetível de cumprir o ónus de impugnar a existência do direito acautelado⁽⁵⁵⁾: *i*) uma ação cujo objeto seja a impugnação dos fundamentos que estiveram na base da decisão de inversão do contencioso, *ii*) uma ação de simples apreciação negativa e *iii*) uma ação cujo objeto seja incompatível com o direito acautelado através da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso.

No primeiro caso — ação cujo objeto seja a impugnação dos fundamentos que estiveram na base da decisão de inversão do contencioso⁽⁵⁶⁾ — é necessário ter em conta que, nos termos do art. 374.º, n.º 4, do CPC, o julgamento da matéria de facto no procedimento cautelar não pode ter qualquer influência na ação principal, *i.e.*, na ação de impugnação, assim como a convicção do juiz acerca da existência do direito a acautelar não poderá também ter qualquer influência na decisão a proferir na ação principal. Ou seja, mesmo sendo o caso de o juiz ter chegado a um juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar, tal decisão não poderá influenciar a decisão do juiz na ação principal e será totalmente sindicável, o que, como mais à frente se dirá, não se afigura aceitável tendo em conta que o juiz chegou não a um juízo de probabilidade séria acerca da existência do direito a acautelar mas sim a um juízo de certeza acerca da existência de tal direito⁽⁵⁷⁾. Ques-

(54) FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 310.

(55) Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 15. Este Autor afirma que a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado “[...] pode ser uma acção destinada a impugnar os fundamentos em que se baseou a inversão do contencioso, mas também pode ser qualquer outra acção da qual resulte um efeito incompatível com a providência decretada”.

(56) *E.g.*, numa providência de arbitramento de reparação provisória, o requerido poderá intentar uma ação em que alega que as provas apresentadas e nas quais o juiz fundamentou a sua decisão não eram suficientes para se poder concluir com certeza pela existência do próprio direito a indemnização.

(57) Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “[...] apesar de a inversão do contencioso exigir a formação pelo juiz da convicção segura acerca da existência do

tionar os fundamentos em que se baseou a decisão de inversão do contencioso será, no fundo, o mesmo que questionar os fundamentos em que se baseou a decisão de procedência da providência cautelar.

No segundo caso — ação de simples apreciação negativa⁽⁵⁸⁾ — o que irá suceder, e tal como se encontra previsto no art. 10.º, n.º 3, al. a), do CPC, é que o requerido irá propor uma ação destinada a reconhecer a inexistência do direito acautelado que foi considerado como existente na decisão proferida na providência cautelar. Isto significa que o requerido irá pôr diretamente em causa os factos relativamente aos quais o juiz chegou a um juízo de certeza acerca da sua existência e ainda acerca da sua respetiva tradução no direito acautelado, e que permitiram não só a tomada da decisão acerca da inversão do contencioso mas também a tomada da decisão acerca da procedência do pedido cautelar.

No último caso — ação cujo objeto seja incompatível com o direito acautelado através da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁵⁹⁾ — o requerido não irá colocar em causa os fundamentos em que se baseou a decisão cautelar e também não irá pedir o reconhecimento da inexistência de qualquer facto que foi dado como provado no procedimento cautelar mas irá, ao invés, propor uma ação com o pedido de reconhecimento de um direito cuja procedência irá ser incompatível com o direito acautelado pela decisão cautelar.

Em síntese diríamos que o requerido, após o decretamento de uma providência cautelar com a inversão do contencioso (na qual se encontram integradas duas decisões) poderá reagir contra esta decisão de duas formas: i) recorrer conjuntamente de ambas as decisões e, se o recurso for considerado improcedente, ou se não

direito acautelado, o que significa que se exige ao juiz da inversão do contencioso algo mais do que é suficiente para decretar a providência, mas, mesmo este juízo, não é vinculativo na acção da impugnação” (*As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 15).

⁽⁵⁸⁾ *E.g.*, no caso de uma providência de embargo de obra nova o requerido poderá propor uma ação a pedir a declaração de inexistência de obstáculo ao prosseguimento da obra.

⁽⁵⁹⁾ *E.g.*, após a procedência de uma providência de restituição provisória da posse, poderá o requerido vir invocar a existência de um direito incompatível com a existência da posse, tal como o direito de propriedade de terceiro.

recorrer, *ii*) propor ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado na decisão cautelar, ação que poderá ser de simples apreciação, constitutiva ou de condenação.

Após este incurso, podemos concluir o seguinte: *a*) a decisão de inversão do contencioso apenas é impugnável através de recurso se proposto em conjunto com a impugnação da decisão proferida relativamente ao pedido cautelar, nos termos do art. 370.º, n.º 2, do CPC; *b*) por outro lado, embora o art. 371.º, n.º 1, do CPC defina que, na ausência de recurso, a decisão acerca da inversão do contencioso transita em julgado, uma vez que os fundamentos que estiveram na sua base são os mesmos que estiveram na base da decisão de procedência do pedido cautelar, os factos que fundamentaram a decisão de inversão do contencioso irão também ser colocados em causa na ação principal e, por fim, *c*) a verdade é que os modos de impugnação de uma decisão cautelar com ou sem a inversão do contencioso são exatamente os mesmos — impugnação da decisão através de recurso e/ou através de uma ação principal. Cumpre perguntar se tal se justifica no caso em que o juiz chegou não apenas a um mero juízo de probabilidade acerca da existência do direito mas sim a um juízo de certeza acerca da existência desse direito, sendo que será acerca deste ponto que irá incidir a parte seguinte do nosso estudo.

3. O caso julgado e a decisão da providência cautelar decretada com inversão do contencioso

3.1. Natureza e efeitos da decisão proferida na providência cautelar sem inversão do contencioso

3.1.1. Dos efeitos de caso julgado da decisão cautelar

Uma decisão transita em julgado quando, nos termos do art. 628.º do CPC, *não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação*. Nas palavras de ANTUNES VARELA, “o caso julgado, tornando a decisão em princípio imodificável, visa exactamente

garantir aos particulares o mínimo de certeza do Direito ou de segurança jurídica indispensável à vida de relação”⁽⁶⁰⁾. Ou seja, o instituto do caso julgado tem como fundamento a garantia dos valores constitucionais da confiança e da segurança jurídica e tem por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior (cf. art. 580.º, n.º 2, CPC). Por outro lado, revela-se através de duas modalidades: *i*) a figura da exceção do caso julgado (*função negativa*), que implica que o juiz se deva abster de apreciar questão já jurisdicionalmente decidida em termos definitivos e *ii*) a figura da autoridade do caso julgado (*função positiva*), que implica que julgada determinada ação em termos definitivos esse julgamento se imponha a todas as ações posteriores que decorram entre as mesmas partes e que tenham o mesmo objeto jurídico⁽⁶¹⁾.

Antes de prosseguir com a análise da decisão da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso, cabe tentar perceber se a decisão cautelar *per se* (e em que não tenha ocorrido tal inversão) é suscetível de produzir os efeitos do caso julgado⁽⁶²⁾. Em primeiro lugar, consideramos que a decisão proferida no procedimento cautelar é de natureza judicial, uma vez que uma decisão judicial deve ser entendida como “o acto do tribunal no qual este órgão julga qualquer matéria que lhe compete apreciar, quer por iniciativa própria, quer mediante solicitação das partes”⁽⁶³⁾. De um modo geral, num processo decisório judicial o juiz determina quais os factos relevantes para a causa, procedendo de seguida à subsunção dos mesmos na previsão de uma norma, identificando qual o direito aplicável e, por fim, verifica a conformidade dos factos com a norma, devendo tomar as medidas necessárias para que a situa-

(60) VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo...*, *ob. cit.*, p. 705.

(61) A propósito do instituto do caso julgado ver com especial interesse o Acórdão do STJ de 24-04-2013, proc. n.º 7770/07.3TBVFR.P1.S1 (Relator Lopes do Rego), disponível em: <www.dgsi.pt>.

(62) Ver neste sentido FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental...*, *ob. cit.*, p. 150 e ss. Contra este entendimento pronuncia-se LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, “Providência cautelar: desistência do pedido, repetição e caso julgado”, in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 782 e ss.

(63) SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 212.

ção cumpra ou seja resolvida de acordo com o dispositivo legal. Ora, também no procedimento cautelar o juiz se depara perante um litígio em relação ao qual terá de seleccionar os factos que relevam, aplicar as respetivas normas legais e, a final, proferir uma decisão judicial acerca da bondade do pedido cautelar.

Para além de deter uma natureza judicial, a decisão cautelar deverá ainda ser entendida como tendo a natureza de uma sentença. O art. 152.º, n.º 2, do CPC dispõe que uma sentença é *o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa*. O procedimento cautelar constitui um incidente de uma ação declarativa ou executiva, preliminar ou subsequente, tal como se prevê no art. 364.º, n.º 1, do CPC. Pelo que, a decisão proferida no procedimento cautelar é materialmente uma sentença judicial, e, desde modo, suscetível de produzir efeitos de caso julgado material.

O objeto de uma ação judicial é constituído pelo pedido — definido como o *efeito jurídico* que as partes pretendem obter com a demanda — e pela causa de pedir — que constitui o núcleo de factos essenciais em que o autor baseia a sua pretensão — tal como se prevê nos n.ºs 2 e 3 do art. 581.º do CPC. Assim, numa providência cautelar, o pedido irá ser o de acautelar o mesmo direito que virá a ser (ou que se encontra a ser) apreciado na ação principal⁽⁶⁴⁾, acautelando desta forma a eficácia da decisão definitiva. Todavia, o efeito que se pretende obter na providência cautelar não é inteiramente coincidente com o efeito que se pretende atingir na ação principal, uma vez que, na providência cautelar fará parte do pedido o evitar o *periculum in mora*, isto é, o pedido de que se decida acerca do direito invocado para evitar que a demora da decisão na ação principal torne o exercício desse direito inútil, questão que na ação principal já não se irá obviamente colocar.

(64) Neste sentido no Acórdão do TRP de 07-11-1996 (proc. n.º 9631091, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) afirma-se que “Os procedimentos cautelares são sempre dependência de uma ação que tenha por fundamento o direito por ela acautelado, devendo verificar-se uma coincidência entre os fins visados em ambos os processos, designadamente quanto aos pedidos formulados”.

Por sua vez, a causa de pedir será integrada pelos factos constitutivos da situação jurídica invocada pelo requerente⁽⁶⁵⁾, esses factos, considerados essenciais, de acordo com a teoria da substanciação adotada pelo legislador processual, deverão ser concretamente alegados pelo requerente da providência. Em sede de procedimento cautelar este núcleo de factos consiste no requisito do *fumus bonus iuris*, ou seja, corresponde aos factos que permitirão concluir, no procedimento cautelar, pela existência (provável) do direito a acautelar, factos que são comuns aos invocados (ou aos que irão ser invocados) em sede da ação principal. Por outro lado, a causa de pedir será ainda constituída pelos factos que integram o *periculum in mora* e que, pelo contrário, já não irão ser analisados na ação principal, uma vez que se relacionam especificamente com o pedido da providência cautelar⁽⁶⁶⁾. Estão aqui em causa factos que indiciam a existência de perigo na demora da decisão e que indiciam ainda a existência de dano caso a utilidade da decisão a proferir na ação principal não seja acautelada. De acordo com RUI PINTO estes serão “factos ‘integrativos de perigo’ e idóneos, segundo um critério de causalidade, a causar um dano para esse mesmo direito, 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” e, por isso, voltará a produzir dano ou continuará a produzir dano”⁽⁶⁷⁾. Deste modo, entre a providência cautelar e a ação principal, existe apenas identidade da causa de pedir relativamente aos factos constitutivos do *fumus bonus iuris*, e já não quanto aos factos que integram o *periculum in mora*.

⁽⁶⁵⁾ No Acórdão do TRP de 12-12-1997 (proc. n.º 9631243, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) considera-se que “Mesmo numa providência cautelar inominada há-de o requerente invocar factos de onde se depreende a possível existência do direito que pretende ver acautelado e, *a posteriori*, definitivamente tutelado”.

⁽⁶⁶⁾ Acerca deste núcleo de factos e a propósito de um arresto, considera o Acórdão do TRE de 03-06-2003 (proc. n.º 71/03-2, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) que “A indicação do requisito da existência do «justo receio da possibilidade de perda da garantia patrimonial» não pode assentar em juízos de valor puramente subjectivos do juiz, mas ‘deve basear-se em factos ou em circunstâncias que, de acordo com as regras de experiência, aconselhem uma decisão cautelar imediata”.

⁽⁶⁷⁾ PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, ob. cit., pp. 285 e 286.

Por fim, é necessário analisar ainda o elemento subjetivo do caso julgado, isto é, as partes, que, de acordo com o art. 581.º, n.º 2, do CPC, devem ser identificadas através da *qualidade jurídica* que detêm na relação jurídica em discussão. Este aspeto releva essencialmente para aferir a legitimidade para a propositura da ação principal uma vez que, tendo em conta que o direito a acautelar na providência cautelar e na ação principal será o mesmo, apenas quem se alega ser titular desse direito em sede cautelar será parte legítima para intervir e para propor a ação principal⁽⁶⁸⁾. Tal relaciona-se com a circunstância de que quem terá interesse jurídico em agir na ação principal serão aqueles sujeitos que pretendem consolidar ou revogar os efeitos produzidos pela decisão cautelar (cf. art. 30.º, n.º 1, do CPC).

Podemos assim concluir que a decisão proferida num procedimento cautelar constitui uma decisão judicial cujos elementos são: *i*) o pedido de acautelar a existência de um direito, *ii*) a causa de pedir integrada pelos factos que constituem o *fumus bonus iuris* e os que indiciem o *periculum in mora*, e *iii*) as partes, ou seja, o sujeito titular desse direito e o sujeito contra quem esse direito é exercido. Acerca deste tema são pertinentes as palavras de TEIXEIRA DE SOUSA quando afirma que “o objecto do procedimento cautelar é um *minus* e um *aliud* em relação ao objecto da acção principal”⁽⁶⁹⁾. Todavia, desde logo nota este Autor que esta afirmação não é transponível quando estão em causa providências cautelares antecipatórias, pois estas “constituem um *tantu* e um *similis* em relação ao objecto da acção principal”⁽⁷⁰⁾; aspeto que *infra* será analisado mais detalhadamente⁽⁷¹⁾.

Embora não se concorde com a posição de que a decisão proferida na *decisão cautelar não é suscetível de produzir os efeitos*

⁽⁶⁸⁾ De acordo com RUI PINTO, “o direito feito valer na ação principal e o direito ameaçado e tutelado na via cautelar são um e o mesmo [...] ora, isso implica antes de mais, que o titular desse direito terá sempre legitimidade activa para a via cautelar [...] enquanto o requerido será o sujeito a quem se impute o comportamento gerador do *periculum*” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 298 e 299).

⁽⁶⁹⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 5.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷¹⁾ Cf. *infra* 3.4.

de caso julgado, é, no entanto, “indiscutível que a decisão cautelar não pode adquirir força de caso julgado em face da futura ação principal, em virtude da provisoriedade da primeira, que surge precisamente para ser substituída pela segunda”⁽⁷²⁾.

3.1.2. Da provisoriedade da decisão proferida na decisão cautelar sem inversão do contencioso

Cumpre precisar o motivo pelo qual a tutela cautelar não pode produzir os efeitos de caso julgado face a uma ação principal, ou seja, qual o motivo que justifica não ser possível dispensar a modificabilidade decisória numa ação principal já intentada ou a intentar. Na verdade, a decisão cautelar baseou-se numa *summario cognitio*, o que significa que pelo juiz foi apenas realizada uma análise perfunctória com acesso a meios limitados de prova que foi produzida de uma forma abreviada. Ademais, também as partes se encontram limitadas em termos de prova e, reflexamente, não impende sobre elas o ónus de expor de forma completa e aprofundada os factos que se encontram na base da sua pretensão⁽⁷³⁾. A apreciação global da relação jurídica em litígio é, deste modo, deixada para o momento do julgamento da ação principal.

As provas *têm por função a demonstração da realidade dos factos*, nos termos do art. 341.º do CC, ou seja, têm como objetivo permitir que o juiz chegue a um estado de convicção e de certeza acerca da existência do facto/factos que fundamentam o direito petitionado. No entanto, a prova produzida no procedimento cau-

⁽⁷²⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, *A função instrumental...*, *ob. cit.*, p. 153. Ver também neste TOMMASEO, FERRUCIO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, p. 150.

⁽⁷³⁾ Ver SILVA, LUCINDA DIAS DA, “As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso”, in *O Novo Processo Civil, Caderno II, Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Centro de Estudos Judiciários, dezembro 2013, pp. 129 e 130, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil_2dedicao.pdf>.

telar, por ser apenas sumária, não permite ao juiz adotar tal convicção, sendo que, em princípio, o juiz apenas fica convencido acerca da mera probabilidade da existência do facto/factos subjacentes ao direito a tutelar no procedimento cautelar. Tal como afirma ANTUNES VARELA, “a prova assenta na certeza subjectiva da realidade do facto, ou seja, no (alto) grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida; a verosimilhança, na simples probabilidade da sua verificação”⁽⁷⁴⁾. O que significa que, nos procedimentos cautelares é exigida apenas uma prova por *verosimilhança* e não uma prova *stricto sensu* da realidade dos factos. Por outro lado, ALBERTO DOS REIS considera que estamos perante uma prova por simples justificação, dizendo que “o Código utiliza-a como fundamento de providências provisórias e urgentes”, e que “a lei contenta-se com simples justificação desses factos, isto é, com uma prova meramente informatória, que faça admitir como verosímil a alegação da parte”⁽⁷⁵⁾. Tal demonstração sumária dos factos justifica-se pela necessidade de obter uma tutela urgente e célere do direito que o requerente alega estar em perigo iminente, sendo que esta demonstração sumária implica que seja necessária uma ação principal destinada à apreciação ponderada e global da relação jurídica em causa.

Chegados a este ponto, afigura-se pertinente regressar aos elementos que integram o objeto da decisão cautelar e que foram já identificados, de modo a aferir o que significa, em relação a cada um deles, o juízo que é realizado e que é possível alcançar, acerca da existência dos factos que os constituem⁽⁷⁶⁾. Em relação ao *periculum in mora* não é possível, na verdade, atingir um grau de certeza acerca da verificação dos factos que o integram, uma vez que estes são futuros, pelo que apenas é possível atingir um juízo de verosimilhança acerca da sua existência e da probabilidade maior ou menor acerca da sua ocorrência⁽⁷⁷⁾. Pelo contrário, quanto aos

⁽⁷⁴⁾ VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 436.

⁽⁷⁵⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 247.

⁽⁷⁶⁾ Cf. *supra* 3.1.1.

⁽⁷⁷⁾ Neste sentido PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 595.

factos que integram o *fumus bonus iuris*, mesmo através de uma análise sumária poderá ser possível chegar a um juízo de certeza acerca da sua existência⁽⁷⁸⁾. Ora, foi tendo em consideração a existência e a ocorrência destas situações na prática que, pelo legislador de 2013, foi criado o instituto da inversão do contencioso. Na verdade, não podemos olvidar que, no plano material, há uma concorrência entre o que é apreciado na tutela cautelar e o que irá (ou se encontra a ser) apreciado na tutela plena, o que se traduz na já referida característica da *instrumentalidade hipotética* das providências cautelares⁽⁷⁹⁾.

3.1.3. Breve síntese

Em suma, podemos desde já concluir que, na nossa opinião, a decisão proferida na providência cautelar, sendo de natureza judicial e constituindo uma verdadeira sentença nos termos do art. 152.º, n.º 2, do CPC, é suscetível de produzir efeitos de caso julgado material com os elementos já identificados. Todavia, e por outro lado, esta decisão não poderá produzir o efeito de caso julgado em relação à ação principal, uma vez que apenas se alcança um juízo de *probabilidade séria da existência do direito* (cf. art. 368.º do CPC). O mesmo deverá ser entendido quanto ao caso de uma eventual situação de litispendência, que tem de ser considerada como inexistente⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 552.

⁽⁷⁹⁾ De acordo com RUI PINTO, “a instrumentalidade deve ser reconduzida ao plano material que consiste num concurso ou uma prejudicialidade, consoante os casos, entre o problema material que seria apreciado em acção plena/antecipatória e o problema material que é apreciado em acção cautelar” e “o fundamento material comum que justifica esse concurso ou prejudicialidade é a invocação da mesma situação jurídica subjectiva tanto na causa de pedir da tutela cautelar, quanto na causa de pedir da tutela não cautelar” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 623).

⁽⁸⁰⁾ Assim, afirma ABRANTES GERALDES que, “tal como o caso julgado formado pela decisão cautelar está confinado ao procedimento e não interfere no processo principal, também a pendência das duas instâncias (a principal e a cautelar) não determina a excepção de litispendência” (*Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 154).

Como vimos a provisoriedade implica que a providência cautelar seja dependente de uma ação principal, pelo que os seus efeitos de caso julgado só se irão produzir plena e definitivamente com a prolação da decisão final, caso esta conclua pela procedência do pedido cautelar. Ou seja, a eficácia da providência cautelar encontra-se limitada temporalmente, o que justifica que, face à inércia do requerente da providência em propor a ação principal a Lei imponha como cominação a sua caducidade, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 373.º do CPC. Como afirma TOMMASEO, esta provisoriedade “da providência cautelar refere-se à inidoneidade da medida cautelar não especificada para adquirir uma estabilidade, uma imutabilidade formal”⁽⁸¹⁾. Assim, segundo o mesmo Autor, a providência cautelar é um meio “instável e inidóneo para resolver um conflito de interesses de forma imutável e incontestável”⁽⁸²⁾.

No entanto, como a prática demonstrava, em alguns casos, mesmo tendo apenas acesso a um conhecimento sumário da lide, o juiz atingia um juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar. Tendo em conta esta situação, o legislador de 2013 veio criar o instituto da inversão do contencioso. Ora, a questão que pertinentemente terá de ser colocada é a saber se, tendo o juiz atingido este grau de certeza acerca da existência do direito peticionado pelo requerente, estaremos ainda no âmbito de uma tutela cautelar ou, pelo contrário, não poderemos já nos encontrar no âmbito de uma tutela antecipatória. Para poder responder a esta questão, é necessário identificar quais os elementos da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso que são novos ou diferentes face aos que integram uma decisão cautelar proferida sem que tal inversão, mesmo que peticionada, não possa ser concedida ou não tenha sido concedida. E, por outro lado, é ainda necessário verificar se o entendimento acerca da produção de efeitos de caso julgado por uma decisão cautelar e a sua provisoriedade face à decisão proferida na ação principal, decorrente da sua instrumentalidade, se poderá manter face às novas características da decisão cautelar com natureza tendencialmente definitiva.

⁽⁸¹⁾ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, *ob. cit.*, p. 153

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, p. 159.

3.2. A relevância dos novos elementos da decisão cautelar com inversão do contencioso no caso julgado

3.2.1. A convicção segura acerca da existência do direito acautelado

A decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso tem uma natureza *tendencialmente definitiva*, uma vez que se funda num juízo de certeza acerca da existência do direito acautelado — cf. art. 369.º, n.º 1, do CPC, que impõe como requisito da inversão que o juiz forme *convicção segura acerca da existência do direito acautelado*. Para que o juiz possa atingir o mencionado juízo de certeza não é suficiente que seja apenas feita prova por *verosimilhança*, será já necessária uma prova *stricto sensu*. Isto é, quando o juiz for confrontado com um pedido de inversão do contencioso, terá já não de atingir apenas um juízo de mera probabilidade através da prova sumária dos factos mas sim de permitir a produção de prova suficiente para conseguir apurar a realidade dos factos e alcançar esse juízo de certeza (cf. art. 341.º do CC)⁽⁸³⁾.

A este respeito veja-se o recente Acórdão do TRP de 10-03-2015⁽⁸⁴⁾, em que o Tribunal da Relação, a propósito do *supra* mencionado requisito, afirma que tem como “certo que a sua verificação exige que a convicção do julgador seja mais forte, mais consistente, que a que normalmente é necessária para o decretamento das providências cautelares; e, para que tal aconteça, a prova não pode ser meramente perfunctória [...]. Tal prova tem de

(83) Acerca do regime anterior a 2013, pronunciava-se TEIXEIRA DE SOUSA dizendo que “uma prova *stricto sensu* (ou seja, a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares e, além disso, repetiria a actividade e a apreciação que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem estar reservadas para esta última” (*Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 233).

(84) Proc. n.º 560/14.9T8AMT.P1, disponível em: <www.dgsi.pt>. Também neste sentido se pronuncia o Acórdão do TRL de 08-10-2015 (proc. n.º 8069-14.4T8LSB.L1-8, disponível em: <www.dgsi.pt>) afirmando que: “Para que se encontre preenchido este primeiro não basta a prova sumária do direito acautelado. No âmbito do procedimento cautelar, o Juiz terá de fazer um juízo mais profundo, de molde a formar a convicção segura da existência do direito acautelado. A inversão pressupõe, por isso, uma prova *stricto sensu* do direito que se pretende tutelar”.

situar-se num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas acções de processo comum, pois só assim é admissível que o Julgador fique com a convicção segura da existência do direito acautelado”. A posição adotada pelo Tribunal da Relação do Porto vai de encontro ao novo regime, representando a tendência que certamente os juízes irão adotar quando, em sede de um procedimento cautelar, se virem confrontados com um pedido de inversão do contencioso. Significa ainda que, para alcançar a convicção segura acerca da existência do direito a tutelar o juiz irá para além do que no regime tradicional faria, não mais se podendo bastar com a *summario cognitio*⁽⁸⁵⁾.

Note-se todavia que, tal como já referido, este juízo de certeza poderá ser apenas alcançado em relação aos factos que integram o *fumus bonus iuris*, uma vez que os factos que integram o *periculum in mora* são futuros e apenas se poderá concluir pela sua probabilidade⁽⁸⁶⁾. No entanto, são os factos que integram o *fumus bonus iuris* que são comuns aos que irão ser apreciados na ação principal, ponto que reveste especial importância quando nos formos referir aos efeitos de caso julgado da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁸⁷⁾.

Ainda neste âmbito, refira-se que o art. 364.º, n.º 4, do CPC dispõe que *nem o julgamento da matéria de facto nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento principal*. Tendo a decisão cautelar sido proferida com a inversão do contencioso e com recurso e fundamento em prova *stricto sensu*, o grau de convicção atingido no procedimento cautelar será idêntico ao que irá ser atingido na ação principal. Assim, tal como nota LUCINDA DIAS DA SILVA⁽⁸⁸⁾, iremos assistir a duas tendências contraditórias em relação ao regime da referida

(85) Adota esta posição LOPES DO REGO que afirma que “o juiz só decretará a inversão do contencioso quando o grau de convicção que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus bonus iuris*, face nomeadamente à amplitude e consistência da prova e à evidência do direito invocado pelo requerente” (“O Novo Processo...”, *cit.*, p. 11). Ver ainda FARIA, PAULO RAMOS e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 236.

(86) Cf. *supra* 3.1.2.

(87) Cf. *infra* 3.2.2.

(88) SILVA, LUCINDA DIAS, “As alterações...”, *op. cit.*, pp. 139 e 140.

norma: *i*) a uma tendência negativa no sentido de que o regime de produção de prova no procedimento cautelar e a sua influência na ação principal não irão ser alterados para benefício do requerente, uma vez que, de qualquer modo, o procedimento cautelar apresenta uma forma processual célere com menor produção de prova, e, *ii*) pelo contrário, a uma tendência com o sentido positivo de alteração de tal regime de modo a que o que foi decidido no procedimento cautelar possa influenciar a ação principal, tendo em consideração que o juiz, em tal procedimento, alcançou uma convicção segura acerca da existência do direito, mesmo embora o tenha feito de forma célere e sumária.

Com base neste aspeto é possível identificar o ponto fulcral da questão, que é o de que, face à exigência de uma prova *stricto sensu*, se deixar de verificar a produção apenas de prova sumária, o que justificaria a alteração do regime constante do art. 364.º, n.º 4, do CPC. Tendo sido alcançado um juízo de certeza, a convicção adquirida pelo juiz no procedimento cautelar passa a ser equivalente à adquirida na ação principal. Ou seja, a característica principal que fundava a provisoriedade da decisão cautelar — a *summario cognitio* — e a circunstância de esta vir a ter de ser substituída pela decisão proferida na ação principal⁽⁸⁹⁾, irá desaparecer. Sucede que, como vimos, uma das consequências de a decisão cautelar ser tomada com recurso à *summario cognitio* é a insusceptibilidade de a mesma produzir efeitos de caso julgado face à decisão a proferir na respetiva ação principal⁽⁹⁰⁾. Ora, se a decisão proferida no procedimento cautelar com inversão do contencioso é tomada com base num juízo de certeza e de convicção segura acerca da existência do direito acautelado não pode ser aceite que tal decisão possa ser alterada por uma ação principal em que o grau de convicção alcançado irá ser idêntico ao atingido no procedimento cautelar. Por este motivo consideramos que, mais do que a

(89) “A natureza precária da decisão decorre de que característica do seu regime? Supomos que do grau de prova que é exigido para que o juiz defira a providência.” (SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e Certeza...”, *ob. cit.*, p. 147).

(90) A este respeito, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 250.

alteração do regime constante do art. 364.º, n.º 4, do CPC, estará em causa a ponderação da eventual produção de efeitos de caso julgado da decisão cautelar proferida nestes termos face a uma decisão a proferir na ação principal⁽⁹¹⁾. Mas indo mais longe, o que no fundo poderá ser equacionado é se, mais do que estarmos perante uma quebra da característica da instrumentalidade das providências cautelares face à respetiva ação principal, esta característica não terá mesmo desaparecido numa decisão com estes contornos. Isto é, cabe perguntar se com esta decisão continuamos perante uma tutela cautelar ou se, pelo contrário, não estamos já perante uma forma de tutela antecipatória com contornos e consequências diferentes da decisão proferida no procedimento cautelar, aspeto que será desenvolvido adiante⁽⁹²⁾.

3.2.2. A decisão de inversão “tendencialmente definitiva”

Assim, e chegados a este ponto, devemos notar que, ao atribuir a possibilidade de a decisão proferida se tornar definitiva, o que se está a aceitar é que será possível antecipar a tutela definitiva a conferir pela ação principal. Mas, diga-se também que, quando está em causa um pedido de inversão do contencioso, “a antecipação da tutela definitiva na tutela cautelar só se pode verificar quando ambas as tutelas tenham o mesmo objecto, ou seja, quando o que pode ser obtido na tutela cautelar é o mesmo que pode ser conseguido na tutela definitiva”⁽⁹³⁾. Com efeito, constitui também pressuposto da decisão da inversão do contencioso que esteja em causa uma providência de natureza antecipatória, ou seja, neste

⁽⁹¹⁾ Como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “das duas uma: ou a decisão é tomada com base num conhecimento perfunctório e, como tal, não tem aptidão para regular definitivamente as relações jurídicas, podendo a qualquer momento ser substituída por outra ou, ao invés, a decisão assenta num conhecimento pleno da lide e, como tal, não faz sentido que possa ser contrariada por uma outra decisão posterior sobre o mesmo objecto” (*Apreciação da Proposta...*, *ob. cit.*, p. 9).

⁽⁹²⁾ Cf. *infra* 3.4.

⁽⁹³⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 5.

caso, o tribunal antecipa a “realização do direito que previsivelmente será reconhecido na acção principal e que será objecto de execução”⁽⁹⁴⁾.

Perante esta decisão, em relação à qual o julgador atingiu uma convicção séria acerca do direito peticionado, identifiquemos de novo, de um modo sintético, quais os meios de reacção contra a mesma⁽⁹⁵⁾. Se “A” requerer uma providência cautelar contra “B” e a decisão for a de procedência da providência com decisão de inversão do contencioso, “B” poderá recorrer da providência conjuntamente com a decisão de inversão, ou não recorrer sequer desta decisão; por outro lado, após o trânsito em julgado destas duas decisões, “B” poderá ainda propor acção principal em que irá impugnar a providência com base na inexistência do direito acautelado⁽⁹⁶⁾. No entanto, cumpre diferenciar o modo de reacção em relação às duas decisões que se encontram integradas na decisão cautelar: *i*) quanto à decisão de inversão do contencioso está será apenas recorrível em conjunto com a decisão cautelar e, se dela não se recorrer ou se forem os meios de recurso esgotados, transitará em julgado, *ii*) quanto à decisão acerca do mérito da providência esta será sempre recorrível e, se dela não se recorrer ou se foram esgotados os meios de recurso, embora transite em julgado poderá ainda ser apreciada numa acção principal.

A pedra de toque neste ponto é que tanto a decisão acerca da procedência da providência como a da inversão do contencioso assentaram na convicção da “existência do direito acautelado”. Assim, e em primeiro lugar, o trânsito em julgado da decisão de inversão do contencioso (que, por motivos práticos, não poderá ser alterada em sede da acção principal) irá ser incompatível com uma acção em que se venha a impugnar o fundamento que esteve na base de tal inversão — a “existência do direito acautelado” — pelo motivo de que esta decisão transitou em julgado produzindo plena-

⁽⁹⁴⁾ GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 109.

⁽⁹⁵⁾ Cf. *supra* 2.1.

⁽⁹⁶⁾ Note-se que sobre ele já não impenderá o ónus de propor a acção principal sob pena de caducidade, mas sim a possibilidade de a propor sob pena de a decisão cautelar se consolidar como definitiva.

mente os seus efeitos na ordem jurídica⁽⁹⁷⁾. Por outro lado, o direito apreciado no procedimento cautelar em relação ao qual se alcançou um juízo de certeza quanto à sua existência voltará a ser apreciado numa ação principal, através de uma duplicação de meios e de impugnação utilizando meios de prova não já por verosimilhança mas sim meios de prova *stricto sensu* que permitam concluir com segurança pela veracidade dos factos que fundamentavam o direito⁽⁹⁸⁾.

Criticando esta possibilidade RITA LOBO XAVIER afirma que “este regime suscita algumas perplexidades, uma vez que pressupõe um momento em que o juiz adquiriu uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado e, ulteriormente, é procedente uma acção em que se impugnou a existência desse mesmo direito”, e que, ainda que tendo em conta que a decisão foi tomada em sede de procedimento cautelar, o regime irá permitir que uma decisão ulterior venha afirmar o contrário da primeira⁽⁹⁹⁾.

Posto isto, regressemos à análise da decisão cautelar, cumprindo identificar os elementos que constituem uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, que serão os seguintes: *i*) o pedido de acautelar a existência de um direito, *ii*) a causa de pedir integrada pelos factos que fundamentam a existência do direito e pelos factos que indiciem o *periculum in mora* e *iii*) as partes, isto é, o sujeito titular desse direito e o sujeito contra quem esse direito é exercido. Sucede que, enquanto o *periculum in mora* justifica a urgência da decisão, o *fumus bonus iuris* representa a probabilidade séria de existência do direito, pelo que, a sua substituição

(97) Nas palavras de PAULA COSTA E SILVA, “O trânsito em julgado da decisão de inversão surge como incompatível com a propositura de uma ação destinada a impugnar a decisão que inverteu o contencioso, exactamente porque essa decisão transitou em julgado” (“Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 144).

(98) Como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “Caso o juiz inverta o contencioso por concluir com segurança sobre a existência do direito do requerente, a mesma questão poderá ainda vir a ser apreciada em sede de ação principal proposta pelo requerido, onde se duplicará o conhecimento efectuado no procedimento cautelar, inclusive no que respeita ao grau de prova do direito objecto do processo” (*Apreciação da Proposta de...*, *ob. cit.*, p. 9).

(99) XAVIER, RITA LOBO, “Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 6, Vol. 11, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 79 e 80.

por um juízo de certeza acerca do direito faz com que a decisão material acerca do direito acautelado seja em tudo equivalente à proferida na ação principal⁽¹⁰⁰⁾. Mais, esse juízo de certeza é o que permite que a decisão cautelar, caso não seja impugnada, se consolide na ordem jurídica como definitiva. Como nota LEBRE DE FREITAS “consolidar a decisão cautelar como composição definitiva do litígio significa conferir-lhe a natureza de caso julgado”⁽¹⁰¹⁾. E também PAULA COSTA E SILVA afirma que “a não precariedade da decisão encontra a sua tradução directa na definitividade que àquela é conferida pelo instituto do caso julgado”⁽¹⁰²⁾.

Neste caso, o procedimento cautelar e a ação principal terão por fundamento o mesmo direito invocado, ou seja, o pedido será para acautelar o mesmo direito. Por outro lado, embora o *periculum in mora* esteja fora do âmbito da ação principal, os factos que fundamentam tal direito, e que integram a causa de pedir, alegados e provados no procedimento cautelar serão comuns aos que irão constar da ação principal, pois foi abandonado o *fumus bonus iuris*. Além disso, o requerido contra o qual foi proposta a providência cautelar será aquele que terá legitimidade para propor a ação principal contra o requerente, ou seja, haverá identidade de partes em termos jurídicos. Mas mais, podemos daqui retirar que para além dessa identidade de partes, o objeto da decisão cautelar será o mesmo ou estará totalmente integrado no objeto da ação principal. Pelo que, ultrapassada a contingência de que enferma o procedimento cautelar — a sumariedade da prova — tal decisão passará a produzir efeitos de caso julgado face à apreciação do direito tutelado pela providência cautelar⁽¹⁰³⁾. Ou seja, o juiz que irá proferir a

⁽¹⁰⁰⁾ Como anteriormente se mencionou, apenas em relação aos factos que integram o *fumus bonus iuris* será possível alcançar um juízo de certeza.

⁽¹⁰¹⁾ LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, “Sobre o Novo Código...”, *ob. cit.*, p. 46.

⁽¹⁰²⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 145.

⁽¹⁰³⁾ Afirma JOSÉ FERREIRA DE ALMEIDA que “quer a técnica da inversão do contencioso do processo civil, quer o mecanismo da conversão da providência cautelar no processo administrativo, deslocam a tutela para o âmbito da protecção consolidada dos direitos que com a providência se procuram acautelar. Logo, decidida a antecipação da decisão da causa [...] a lógica é a da acção, não é a lógica do meio instrumental e provisório que constitui a medida cautelar. Os efeitos da decisão são os típicos da acção, não são os espera-

decisão na ação principal irá ser colocado *na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior*, proferida por um órgão judicial num processo em que foram cumpridas as garantias processuais⁽¹⁰⁴⁾ e com recurso aos meios de prova necessários e indispensáveis para concluir pela segurança jurídica da decisão. Até porque, não vindo tal decisão a ser posta em causa através do meio adequado para o fazer — o recurso —, esta irá manter-se como definitiva na ordem jurídica não podendo mais vir a ser impugnada, o que significa que o legislador decidiu diferir no tempo o início da produção de tais efeitos.

Não existe fundamento jurídico para que, numa segunda ação de conhecimento pleno do objeto do litígio, venha a ser posta em causa a decisão tomada num procedimento cautelar com características descritas. Tal como não parece razoável condicionar a segurança e estabilidade jurídica de uma decisão jurisdicional à vontade do sujeito processual de impugnar ou não impugnar uma decisão, já transitada em julgado, através de uma nova ação. Como defendia MANUEL DE ANDRADE, o princípio do caso julgado tem como principais fundamentos: *i*) o “prestígio dos tribunais”, que seria colocado em causa se uma vez proferida uma decisão por um tribunal, outro pudesse apreciar a mesma situação jurídica num sentido diferente, e *ii*) uma “razão de certeza ou segurança jurídica”, que caso não seja acautelada irá ser “fonte perene de injustiças e paralisadora de todas as iniciativas”, *i.e.*, o cidadão tem de confiar que após a definição de uma situação jurídica pelo tribunal ela assim se irá manter na sua esfera jurídica⁽¹⁰⁵⁾. E, como afirma

dos da tutela cautelar” (“As reformas do processo civil e do contencioso administrativo: autonomia e convergência”, *in Justiça Administrativa*, n.º 106, 2014, p. 66). Contra esta posição FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, pp. 297 e 298.

⁽¹⁰⁴⁾ Diga-se, no entanto, que, tal afirmação não é isenta de contradições, uma vez que, nos casos em que a decisão é proferida sem a audiência prévia do requerido poderemos estar perante uma violação do princípio do contraditório.

⁽¹⁰⁵⁾ ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares...*, *ob. cit.*, pp. 306 e 307. Afirma o Autor que “Vê-se, portanto, que a finalidade do processo não é apenas a justiça — a realização do direito objectivo ou a actuação dos direitos subjectivos privados correspondentes. É também a segurança — a paz social [...]”.

PAULA COSTA E SILVA, “através da dupla impugnação da decisão de inversão do contencioso”, teremos criado “uma acção de revisão do caso julgado formado sobre a questão da existência do direito acautelado”⁽¹⁰⁶⁾.

Assim, não só não existe fundamento para essa impugnação, como os princípios enunciados obstam que tal situação ocorra, pelo que se, desde logo, a decisão se considera idónea para ser definitiva não há qualquer motivo que justifique que venha a ser substituída, sob pena de violação do caso julgado e dos princípios da segurança e confiança jurídicas, com tutela constitucional.

3.3. A questão da litispendência

Antes de tentar procurar responder à última questão acerca da natureza da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, tendo concluído pela idoneidade para produção de efeitos de caso julgado por tal decisão, há que aferir se, do mesmo modo, irá ocorrer a situação de litispendência, uma vez que os elementos a analisar serão exatamente os mesmos. Ou seja, se se verificar que existe caso julgado, caso o procedimento cautelar decorra simultaneamente à acção principal, deveria ocorrer também litispendência, e o contrário será também verdade (cf. arts. 580.º e 581.º do CPC).

A este propósito manifesta-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA dizendo que “a formulação do pedido de inversão do contencioso bloqueia a propositura de uma acção principal pelo seu requerente, sempre que nesta acção não se possa obter algo diferente do que resulta da conversão da tutela provisória em tutela definitiva.” De acordo com o Autor, “não pode estar simultaneamente pendente um procedimento cautelar no qual o requerente solicita, através da inversão do contencioso, a transformação da tutela cautelar em definitiva e uma acção destinada a obter esta mesma tutela definitiva”⁽¹⁰⁷⁾. Assim, conclui o Autor que, caso seja proposto um pro-

⁽¹⁰⁶⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 145.

⁽¹⁰⁷⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, pp. 13 e 14.

cedimento cautelar com um pedido de inversão do contencioso, o requerente se encontra inibido de propor uma ação principal com o mesmo objeto. E, encontrando-se tal ação pendente, deverá ser alegada a exceção de litispendência, uma vez que esta foi proposta em segundo lugar⁽¹⁰⁸⁾.

Ora, não podemos senão concordar com a opinião sufragada pelo mencionado Autor, uma vez que, pretendendo o requerente que a decisão do procedimento cautelar se consolide como definitiva na ordem jurídica, será apenas uma duplicação de meios e um gasto de recursos propor uma ação principal com o mesmo objeto. Tal decisão cautelar, se proferida com a inversão do contencioso, possui todas as condições (de acordo com o legislador) para se manter estável na ordem jurídica. O que não se consegue compreender é como, após tal decisão ser proferida, o requerido não só a poderá pôr em causa através do meio legalmente consagrado — o recurso —, mas poderá também propor uma ação principal por não pretender que tal decisão se consolide na ordem jurídica. Pois, se se encontram preenchidos os requisitos da exceção de litispendência, terão também de ser considerados, por serem os mesmos, preenchidos os requisitos da exceção de caso julgado, por coerência lógica de pensamento⁽¹⁰⁹⁾. Pelo que, consideramos que esta circunstância apenas fundamenta a posição de que, na verdade, a decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso é idónea e produz os efeitos de caso julgado logo após o seu trânsito em julgado, não havendo fundamento jurídico suficiente para que seja contestada em ação autónoma.

Por fim, debruçemo-nos ainda sobre uma última questão: saber se, quebrado o princípio da instrumentalidade, sendo a decisão cautelar idónea a se tornar definitiva e mais, produzindo esta decisão efeitos de caso julgado, não estaremos já fora do âmbito da tutela cautelar.

⁽¹⁰⁸⁾ Em sentido contrário se pronunciam FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 298.

⁽¹⁰⁹⁾ Como afirma ARISTÓTELES, é impossível acreditar que a mesma coisa possa, ao mesmo tempo, ser e não ser (*Metaphysics*, 1005^b1-25).

3.4. Tutela cautelar ou tutela antecipatória?

Como já referido anteriormente⁽¹¹⁰⁾, as providências cautelares são caracterizadas pela sua instrumentalidade e pela sua provisoriedade, sendo assim dependentes e indo ser substituídas pela decisão proferida na ação principal.

Vinha a ser adotada pela jurisprudência dos tribunais superiores a posição de que não era possível proferir uma decisão definitiva em sede de procedimento cautelar. A título exemplificativo, cite-se o Acórdão do TRC de 28-06-2005⁽¹¹¹⁾ em que se afirma que “a finalidade de uma providência cautelar é apenas e tão só a tutela provisória em quaisquer situações de ‘periculum in mora’ relativas ao direito controvertido” e, desse, modo, que “não é viável nem admissível, por contrariar a finalidade própria das providências cautelares, a instauração de um concreto procedimento cautelar com o qual se vise obter uma sentença condenatória própria de uma ação declarativa de condenação (não é admissível um procedimento cautelar com o qual se pretenda obter uma decisão definitiva do litígio)”.

Como já houve oportunidade de analisar, a inversão do contencioso apenas poderá ocorrer em providências com natureza antecipatória, pois tais providências, como o nome indica, antecipam o efeito a ser produzido pela decisão final. De acordo com MANDRIOLI, apenas as providências de carácter antecipatório podem originar de uma forma mais ou menos evidente, e mais ou menos subreptícia, o afastamento da característica da instrumentalidade do procedimento cautelar, permitindo a realização imediata e direta dos efeitos jurídicos que apenas iriam ser produzidos na ação principal, e em relação aos quais o procedimento cautelar deveria apenas servir como instrumento⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. *supra* 1.2.

⁽¹¹¹⁾ Proc. n.º 1345/05, disponível em: <www.dgsi.pt>. Ver também neste sentido os Acórdãos do TRL de 09-06-2005 (CJ, 3.º, 2005), de 27-07-2006 (proc. n.º 6641/2006-2), de 19-04-2007 (proc. n.º 2411/07-2) e de 25-03-2010 (proc. n.º 6695/09.2TVLSB.L1-8), disponíveis em: <www.dgsi.pt>, e também o Acórdão do TC n.º 151/85.

⁽¹¹²⁾ MANDRIOLI, CRISTIANO, “I provvedimenti d’urgenza: deviazioni e proposte”, In *Rivista di Diritto Processuale*, 1985 p. 667. Afirma ainda o Autor que a tentação de uma

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, afirma-se que, com o instituto da inversão do contencioso ocorre a quebra deste princípio, sendo que, nestes casos, a providência cautelar deixará de depender da propositura da ação principal. Em conformidade, no Acórdão do TRL de 04-06-2015⁽¹¹³⁾ afirma-se que “a inversão do contencioso permite que, em determinadas situações, a tutela cautelar se consolide como definitiva composição do litígio se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não podia ter essa vocação de definitividade: consagra-se, pois, por esta via, uma instrumentalidade atenuada ou mitigada”. No entanto, mais do que uma quebra ou instrumentalidade mitigada, como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “quando estas características faltam, significa que aquela [a instrumentalidade] foi afastada”⁽¹¹⁴⁾. Como consequência, e tal como nota TARZIA, as providências cautelares, originariamente “pensadas como instrumento subsidiário de tutela provisória, converteram-se efectivamente numa forma alternativa de tutela jurisdicional: a espécie mais difusa e mais importante de uma jurisdição, por força do direito, provisória, mas na realidade bastante definitiva devido à irreversibilidade dos efeitos produzidos”⁽¹¹⁵⁾.

Ora, perdendo a providência cautelar a sua característica de instrumentalidade, na verdade, já não podemos considerar que estamos perante uma tutela cautelar, pois, como afirma RUI PINTO,

substituição é tão mais forte quanto mais lento é o caminho da justiça ordinária, e que atualmente, se afirma que o procedimento de urgência é cada vez mais utilizado apenas para ir ao encontro das necessidades de urgência na obtenção de uma decisão.

⁽¹¹³⁾ Proc. n.º 290/13.9THLSB-8, disponível em: <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁴⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, “A Função Instrumental...”, *ob. cit.*, p. 223. No mesmo sentido NUNO GUNDAR DA CRUZ afirma que, “nestas situações, em que os efeitos produzidos pela providência deixam de ser provisórios, tornando-se, antes, irreversíveis, a tutela cautelar perde a sua componente de provisoriedade, provocando, assim, um desvirtuamento dos princípios que lhe estão subjacentes” (“Breves considerações sobre a irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça, dos efeitos resultantes do decretamento de providência cautelar de tipo antecipatório”, *in Julgar*, n.º 19, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 131). Adotam ainda esta posição FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 296.

⁽¹¹⁵⁾ TARZIA, GIUSEPPE, “Rimedi processual contro i provvedimenti d’urgenza”, *in Rivista di Diritto Processuale*, 1986, p. 36.

“uma medida provisória que possa **alcançar o plano da certeza resultante da declaração do direito não é cautelar**”⁽¹¹⁶⁾. É necessário então verificar que tipo de tutela é verdadeiramente conferida por uma “decisão cautelar” proferida com a inversão do contencioso em que se alcançou um juízo de certeza acerca do direito acautelado. Como nota NOELIA NAVEDA, “até épocas recentes o direito processual só proporcionava, a fim de evitar a desvirtuação ou a perda de direitos, o instituto das medidas cautelares, o qual reveste um carácter instrumental pelo facto de estar ao serviço de um processo principal. Estes instrumentos de comprovada eficácia no século passado resultam hoje insuficientes. A doutrina moderna propõe uma solução: a instituição dos ‘processos urgentes’ [...] a chamada tutela antecipatória e as medidas autosatisfativas”⁽¹¹⁷⁾. Cumpre distinguir assim as tutelas, de natureza diversa e enunciadas pela Autora, tendo sido já sido feita referência às mesmas anteriormente⁽¹¹⁸⁾. As medidas autosatisfativas, para que sejam decretadas, necessitam que seja atingido um juízo de forte probabilidade ou mesmo de convicção segura acerca da existência do direito acautelar. A este grau de certeza acresce um grau de urgência na necessidade de serem proferidas que, em simultâneo com uma coincidência do objeto processual com o objeto de uma ação principal que poderia ter sido proposta em alternativa, leva a que sejam definitivas sem que seja necessária uma tutela posterior. De acordo com MARCO CARVALHO GONÇALVES, estas medidas “surgiram pela necessidade de se dotar os cidadãos de uma ferramenta jurisdicional eficaz e suficiente, susceptível de tutelar os seus direitos de forma célere e tempestiva, sem necessidade de uma ulterior acção judicial para confirmação da medida decretada”⁽¹¹⁹⁾. Por outro lado, no âmbito da tutela antecipatória, é proferida uma decisão de forma célere mas em que se pretende obter os mesmos efeitos jurídicos que iriam resultar da decisão a proferir numa ação principal e

⁽¹¹⁶⁾ PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 295.

⁽¹¹⁷⁾ NAVEDA, NOELIA, “Las medidas cautelares in el procedimiento de familia”, in *Medidas Cautelares*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005, p. 159.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. *supra* 1.1.

⁽¹¹⁹⁾ GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 102.

em relação à qual existe uma equiparação do objeto processual — pedido, causa de pedir, partes. A diferença face a uma ação principal reside no facto de que na tutela antecipatória haverá urgência em que a decisão seja proferida e que leva a que seja tramitada de forma mais célere. Assim, na tutela antecipatória a proteção conferida vai mais longe da que é conferida por uma providência cautelar antecipatória, uma vez que a primeira conduz desde logo à satisfação e ao reconhecimento do direito de que o requerente alega ser titular.

Voltando à *providência cautelar antecipatória* proferida com a inversão do contencioso, verificamos que, no fundo, embora possa até não existir uma coincidência total de pedido na ação principal de que se encontra dependente, a verdade é que haverá uma coincidência total dos factos que fundamentam a existência do direito, cuja convicção acerca dos mesmos resulta de uma prova *stricto sensu*, ainda que tenha sido produzida de uma forma sumária. Ora, tendo sido realizado um juízo acerca da verificação dos factos que fundamentam a existência do direito, atingida uma certeza acerca da existência desse direito e sendo esta decisão suscetível de se tornar definitiva, na verdade, ocorre uma verdadeira antecipação dos efeitos que se produziriam numa ação principal em que se pretenderia a confirmação da existência desse mesmo direito. Pelo que, estaremos não já dentro de uma tutela cautelar mas sim perante uma tutela antecipatória, apta a regular definitivamente a situação jurídica e a produzir os efeitos de caso julgado, efeitos que deverão ser produzidos imediatamente após o trânsito em julgado de tal decisão.

Não parece aceitável apreciar esta situação de um ponto de vista meramente formal mas sim refletir na função do instituto do caso julgado na segurança das decisões jurídicas tomadas por um órgão judicial. Assim, vindo um novo tribunal apreciar a mesma situação jurídica, irá ser colocado na alternativa de *contradizer ou de reproduzir* a decisão anteriormente tomada. Entendemos que esta decisão já não tem uma natureza cautelar, mas sim uma natureza verdadeiramente antecipatória, não devendo por isso ser revogada por uma nova decisão com a mesma natureza.

Conclusões

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII de alteração do Código de Processo Civil, o Legislador afirma que o instituto da inversão do contencioso tem como objetivo evitar “que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar — obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos”. Consideramos que o regime consagrado acaba por não conseguir evitar o problema que inicialmente se propunha resolver, uma vez que, em abstrato, poderá existir sempre uma ação principal de que a decisão cautelar irá depender, uma vez que se deixou à discricionariedade do requerido a possibilidade de impugnação ou não dessa decisão⁽¹²⁰⁾.

Uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso é constituída, na verdade, por duas decisões autónomas, a decisão cautelar *per se* e a decisão acerca da inversão do contencioso, sendo que, uma vez consideradas procedentes, as duas se baseiam no fundamento da existência do direito acautelar. O legislador consagrou um complexo sistema de impugnação destas decisões, conferindo ao requerido, em caso de procedência das mesmas, não só a possibilidade de as impugnar mediante recurso, podendo obter a sua confirmação ou a sua revogação perante um tribunal superior, como também lhe permitiu impugná-las através da propositura de uma ação autónoma, impondo-lhe que, caso o queira fazer, terá de ser proposta num prazo de 30 dias. Nesta ação autónoma o requerido irá colocar em causa a existência do direito

⁽¹²⁰⁾ Na esteira de RITA LYNCE DE FARIA que afirma que esta solução “acaba por não permitir alcançar resposta cabal para a principal preocupação que a motiva: a duplicação desnecessária entre a ação principal e procedimento cautelar” (“Apreciação da proposta...”, *ob. cit.*, p. 8). Também a Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no seu parecer à mencionada Proposta de Lei, afirma que “esta técnica serve o interesse do autor e não tanto o interesse público de economia processual — pois não impede que uma ação principal venha a ser instaurada. Por outro lado, a inversão só opera nos casos de procedência do pedido cautelar” (Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses sobre a Proposta de Lei n.º 512/2012 (Código de Processo Civil) de janeiro de 2013, p. 27, disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Parecer-ASJP-Janeiro-2013.pdf>>).

acautelado que fundamentou tanto a decisão cautelar *per se* como a decisão de inversão do contencioso. Esta circunstância contraria os princípios de formação caso julgado material uma vez que a decisão cautelar com inversão do contencioso detém certas características que a diferenciam de uma mera decisão cautelar.

Uma decisão cautelar deve ser considerada apta a produzir os efeitos de caso julgado uma vez que deverá ser olhada como uma verdadeira decisão judicial, proferida no âmbito dos poderes jurisdicionais do tribunal, e como tendo a natureza de sentença, ao abrigo 152.º, n.º 2, do CPC. Tal significa que a decisão cautelar é apta a produzir efeitos de caso julgado face a uma decisão da mesma natureza, muito embora o facto de ter sido produzida num processo em que apenas houve uma produção sumária de prova implique que tais efeitos não possam ser oponíveis em relação a uma decisão proferida no âmbito da ação principal, pelo que a sua procedência irá depender da procedência desta ação principal. Todavia, uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso contém elementos que a diferenciam dessa mera decisão cautelar e que a modificam de tal forma que se considera que deverá ser alterado o entendimento acerca da possibilidade de produção de efeitos de caso julgado desta decisão face à ação principal. A providência cautelar tem como pedido a tutela do direito, tendo como causa de pedir o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*. Quando é requerida a inversão do contencioso, o *fumus bonus iuris* será substituído por um juízo de certeza acerca da existência do direito acautelado, uma vez que foi realizada não já uma prova por verosimilhança mas sim uma prova *stricto sensu*. Ora, é a *summario cognitio* que determina que a providência cautelar seja provisória face à ação principal, o que significa que se for, ao invés, realizada pelo tribunal uma prova que leve a uma cognição plena do juiz do objeto processual o fundamento para tal provisoriedade desaparece. Acresce que, uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, na qual se atingiu o tal juízo de certeza acerca da decisão cautelar, passa a ser tendencialmente definitiva, sendo suscetível de se manter como tal na ordem jurídica, o que significa que, passado o prazo de propositura da ação principal, passará a produzir os correspondentes efeitos de caso julgado. Ora, nada jus-

tífica que uma decisão de cognição plena produzida por um juiz venha a ser novamente apreciada e até afastada por uma decisão posterior, quando já contém todos os elementos necessários para que se mantenha tal como foi proferida na ordem jurídica. Mais, tal providência cautelar perdeu totalmente a sua característica de instrumentalidade, uma vez que, consolidando-se na ordem jurídica, não terá como função acautelar a decisão a proferir na ação principal, mas tão só e apenas acautelar o direito material em litígio.

Assim, à questão colocada por RUI PINTO — “podem ser decretadas condenações e efeitos constitutivos e modificativos provisoriamente sem valor de caso julgado?”⁽¹²¹⁾ — a nossa resposta será que não poderá ser decretada uma decisão cautelar que tenha efeitos condenatórios, constitutivos ou modificativos com características que a permitem tornar definitiva sem lhe atribuir o valor de caso julgado. Permitir que tal efeito seja protelado no tempo e fazendo-o depender da decisão discricionária do requerido viola o princípio da segurança jurídica que é imanente ao princípio do Estado de Direito. Isto é, nada justifica que uma decisão judicial que já contém todos os elementos que a permitem torna-se definitiva na ordem jurídica, e a qual pode ser impugnada através dos correspondentes meios de recurso, não produza imediatamente a seguir ao seu trânsito em julgado os correspondentes efeitos jurídicos de uma forma estável e isenta de alterações.

Mas, diga-se ainda que o ponto está em que, na verdade, a decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso não tem a natureza de tutela cautelar. Como referido, a tutela cautelar tem como função proceder à salvaguarda da efetividade da tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, a salvaguarda da efetividade do direito subjetivo. Ora, uma decisão com as características mencionadas, e com a potencialidade para se tornar definitiva, pretende acautelar, na verdade, o próprio direito subjetivo, pelo que, também ao contrário do que afirma o legislador no Preâmbulo da Proposta de Lei n.º 133/XII, não houve apenas uma quebra da instrumentalidade mas sim uma perda total desta característica. Tal

(121) PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 291.

leva-nos a considerar que estamos não perante uma tutela cautelar mas sim uma verdadeira tutela antecipatória, na qual é proferida uma decisão urgente, com uma tramitação célere, mas com uma cognição plena do direito a acautelar, pelo que se deverá consolidar como definitiva na ordem jurídica após o seu trânsito em julgado.

Para concluir, já E. F. RICCI — em 1990 — considerava que “quando a duração do processo já ultrapassou todos os limites toleráveis e atingiu níveis que se distinguem no nosso país [no seu caso, Itália], é provavelmente inútil tentar encontrar remédios eficazes apenas com medidas para acelerar a entrega da sentença. Até certo ponto, isso também deve levar a tomar nota de que o fenómeno excede a capacidade do legislador do processo”⁽¹²²⁾. Isto é, o legislador não pode ceder à tentação de manobrar os institutos jurídicos deturpando as suas características essenciais para permitir que sejam proferidas decisões de uma forma célere, uma vez que existem princípios fundamentais, tais como a segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de Direito, que também terão de ser acautelados.

⁽¹²²⁾ RICCI, E. F., “Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell’ordinario processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 1032.