

A SOBREVIVÊNCIA DO *SUUM QUIQUE TRIBUERE*: FUNGIBILIDADE DE TUTELAS E FUNGIBILIDADE DE MEIOS NA TUTELA CAUTELAR CIVIL

Pela Prof.^a Doutora Paula Costa e Silva

SUMÁRIO:

1. O tema, as dificuldades e as intuições. 2. As regras. 3. A apreciação das regras. 3.1. *Fungibilidade das tutelas?* 3.2. *Art. 392/3: verdadeira derrogação do dispositivo?* 3.3. *Fungibilidade dos meios?* 4. A situação jurídica prevista pelo art. 16: faculdade ou dever? 5. A plurifuncionalidade do art. 16: conhecimento do mérito e tutela cautelar. 6. O art. 16 do RPE e a antecipação da tutela. 7. O cruzamento das regras: os arts. 392/3 CPCpr e 16 RPE

1. O tema, as dificuldades e as intuições

1. O nosso desconhecimento do sistema jurídico brasileiro é esmagador. Temos plena consciência desta circunstância.

A esta primeira limitação, acresce um segundo constrangimento: nunca nos foi possível aprofundar a matéria da tutela cautelar, tema geral da obra colectiva que o presente estudo integrará ⁽¹⁾. O polimorfismo extremo desta tutela, os desafios que lança à teoria geral do processo, a necessidade de repensar toda a

⁽¹⁾ Este estudo foi elaborado para integrar a publicação de homenagem ao Professor Ovídio Batista da Silva.

como a tutela cautelar é porventura a área do processo de jurisdição contenciosa em que mais nos aproximamos de um ideal de Justiça, em que, na expressão de ULPiano, mais perto estamos da vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito. Com efeito, é na tutela cautelar que vamos encontrar vivo, com uma intensidade desconhecida da tutela não cautelar, um dos três preceitos do direito, o *suum quique tribuere*.

As regras a que nos estamos referindo são os arts. 392/3 do Código de Processo Civil português — doravante, CPCpr — e 16 do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. Este último diploma veio instituir um regime processual experimental, doravante, RPE.

4. No final, indagaremos se pudémos comprovar as intuições que justificam o título da presente nótula. Nele estão implicadas três ideias.

Em primeiro lugar, através dele pretendemos traduzir a circunstância de a urgência convocar imediatamente uma série de adaptações ao modo como paradigmaticamente a justiça é realizada.

Em segundo lugar, dele resulta que, não obstante essas adaptações, o que releva é a obtenção da finalidade a que o procedimento jurisdicional se destina. O processo, apesar de ser forma, revela substância. No par tutela cautelar/tutela não cautelar vamos encontrar, afinal, uma curiosa indiferença formal. Porém, e uma vez mais revelando a inteligência do processo, esta indiferença não é absoluta. Num Estado de Direito democrático — ou num Estado democrático de Direito — ela requer a observância do princípio do processo equitativo com a amplitude necessária à aceitação de uma decisão de mérito que defina a solução de um dado conflito de interesses como potencialmente definitiva.

Em terceiro lugar, veremos que no procedimento que se submete à técnica cautelar, à parte vem a ser conferido aquilo a que ela efectivamente tem direito.

5. A referência aos dois dispositivos do direito português permitirá, ainda, chamar a atenção para um dos regimes que, supomos, o revela como extremamente moderno.

Por seu turno, lê-se no art. 16 do RPE:

“Decisão da causa principal

Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.”

Como antecedente próximo deste preceito legal, recorde-se, ainda, o art. 121 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, doravante, CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2004. Inspirado no sistema italiano ⁽⁴⁾, dispõe o art. 121 CPTA:

“Decisão da causa principal

1 — Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de dez dias, antecipar o juízo sobre a causa principal.

2 — A decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação nos termos gerais.”

Numa análise liminar, percebem-se, imediatamente algumas diferenças entre os pressupostos de admissibilidade de uma pronúncia sobre a causa principal em procedimento submetido ao RPE e em procedimento tramitado segundo o Código de Processo dos Tribunais Administrativos. Aquela que, no nosso contexto, assume maior relevância é a que respeita às circunstâncias em que tal pronúncia é admitida. Segundo o RPE, o tribunal pode antecipar o juízo sobre a causa principal quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva da causa. Ao abrigo do CPTA, a antecipação do juízo sobre

⁽⁴⁾ Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2.ª, Almedina, Coimbra 2007, sub. art. 121, n.º 1.

Ainda numa apreciação perfunctória, pode dizer-se que o regime adjectivo português submete a tutela conservatória não especificada — ou seja, atípica — e a tutela antecipatória — também ela atípica — à técnica da tutela cautelar. Tutela conservatória e tutela antecipatória estão sujeitas a idênticos pressupostos processuais e a idênticas condições processuais de procedência.

Porém, a tutela cautelar antecipatória não deve ser equiparada à tutela antecipada, conhecida do sistema adjectivo brasileiro. Na tutela cautelar antecipatória, não estando fatalmente em causa a prevenção de um ilícito, mas a necessidade de uma composição provisória urgente — assim sucede, por exemplo, com o arbitramento provisório de indemnização, medida que derrota a afirmação de que a providência só pode ser decretada enquanto a ameaça a uma posição jurídica se não consumir — não há proferimento de decisão, ainda que endoprocessualmente provisória, sobre o litígio.

Não quer isto dizer que a antecipação da tutela, operando uma inversão do risco do tempo através de uma técnica de inversão do contencioso, não possa ocorrer por razões de urgência, consumindo a eventual eficácia — logo, o interesse processual — de uma tutela cautelar antecipatória. O proferimento de uma decisão de mérito antes da instrução — logo, assente numa versão da matéria de facto ainda por provar — que pode vir a coincidir, subjectiva e objectivamente, com a decisão que o juiz proferiria uma vez produzida a prova, não é traço característica da técnica cautelar. Nos casos de antecipação da tutela, a prognose é endoprocessual, destinando-se toda a actividade processual ulterior a confirmar ou a infirmar a decisão, potencialmente definitiva, já proferida e fundada nesse juízo de prognose quanto à matéria de facto. Na tutela cautelar, a prova dos factos que fundam a decisão ocorre antes do seu proferimento. Apesar de ser uma prova sumária — o que determina a legalidade da decisão fundada numa probabilidade e não numa certeza — ela é realizada, sendo-o nos termos considerados suficientes para a emissão de uma decisão que, por mais violenta que possa aparecer nos seus efeitos, é provisória.

Ora, os casos que relevam no nosso contexto são aqueles em que a parte se pode ver confrontada com um juízo de improcedência. Mas, e aqui começa o afinamento dos sistemas adjectivos, os fundamentos desta improcedência podem ser de ordens diversas. A parte pode ver o seu pedido ser julgado improcedente, v.g., por insuficiência de prova ou por insuficiência insuprível de substanciação. Porém, a parte pode ver a sua postulação ser julgada improcedente porque pediu a produção de um efeito que os factos alegados não comportam.

Mostrando que o procedimento não é autista, estando efectivamente ordenado à satisfação de interesses substantivos, juridicamente protegidos, se aquilo que ela pediu não pode ser-lhe concedido porque desajustado à situação que ela visa tutelar nestas hipóteses, não é razoável aceitar que a parte que pede mal, mas cuja situação justifica, efectivamente, uma rápida intervenção judicial, se veja simplesmente confrontada com um juízo de improcedência.

Supomos que chegará um momento em que os legisladores se vão confrontar com a racionalidade da perpetuação do dispositivo e a inviabilidade de convalidação da tutela por impulso do tribunal ⁽⁷⁾. Esta visão dependerá de se aceitar que, afinal, o princípio da auto-responsabilidade é justificado circularmente — a parte é auto-responsável porque o juiz nada pode fazer para a auxiliar a corrigir o seu lapso na identificação da tutela e o juiz nada pode fazer para auxiliar a parte na correcção do seu lapso na identificação da tutela porque a parte é auto-responsável — e que a vontade relevantemente expressa pela parte que pratica um acto postulativo é a de obter a melhor tutela possível para a situação da vida que identifica na acção.

Não obstante e apesar das alterações radicais sofridas pelo sistema adjectivo português em 1995/1996, que vieram dar uma cla-

(7) Sobre a origem do dispositivo, aliás e possivelmente de modo mais correcto, sobre a origem da *Verhandlungsmaxime* e a necessidade dogmática de ela ser apartada da *clausula salutaris* (através da qual se apelava ao *nobile officium iudicis, ut suppleat, si quid melius peti aut potuisse, aut debuisset*), TRIO CARNACINI, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Studi in onore di Enrico Redenti, vol. 2, Giuffrè, Milano 1951, 693-772 (p. 716 e segs.).

11. Ora, se talvez ainda se possa dizer que, estando em causa um juízo de improcedência da acção principal, a parte deva suportar os efeitos da sua errada actuação processual porque não vê perigar a sua posição jurídica substantiva — a dilação temporal até ao momento em que lhe vai ser possível obter aquilo a que ela tem direito não determina a extinção desta posição —, mantendo a eventual e ulterior decisão judicial de procedência o seu efeito útil, este raciocínio é totalmente intransponível quando em causa está a tutela cautelar. Fundada na urgência da intervenção judicial cautelar, ela não se compadece com uma auto-responsabilidade levada ao extremo da inviabilização dos efeitos da tutela. Se o juiz verifica que a parte está numa situação de carência de tutela, se o juiz pode suprir a deficiência do que lhe é requerido pela parte, então o juiz deve decretar a medida mais adequada à concreta situação que lhe é apresentada. A urgência da intervenção justifica a derrogação do dispositivo.

A alternativa seria a de este ser mantido com erosão da eficácia de uma tutela cautelar ulterior. A preservação do dispositivo no contexto da medida concretamente requerida na tutela cautelar apenas permitiria justificar uma vigência relativamente formal do princípio do processo equitativo. Facultando-se ao juiz que conceda à parte aquilo de que ela efectivamente precisa — o que é, afinal, aquilo que ela exactamente quer quando recorre a tribunal —, mais não é do que ver no acto postulativo uma manifestação de vontade. Para este passo, o abandono do dispositivo no que respeita à medida concretamente pedida, a comunidade parecia estar preparada.

12. Até aqui conseguimos justificar parte das nossas intuições. Ao permitir que o juiz atribua à parte aquilo a que ela efectivamente tem direito, a lei tutela, nas providências cautelares, em termos fortes, um dos pilares da justiça e do direito: o *suum quique tribuere*.

totalmente inútil conforme revelavam os dados estatísticos disponíveis e perplexizante nas opções, como é o caso da consagração da dupla conforme enquanto pressuposto de irrecorribilidade num sistema em que a taxa de revogação das decisões da segunda instancia pelo Supremo Tribunal de Justiça é muito elevada.

suas condições de procedência, deve decretar a providência adequada a assegurar a efectividade do direito da parte, independentemente de ela coincidir ou não com aquela que esta lhe pediu que decretasse.

13. Duas questões são imediatamente suscitadas por esta conjugação.

Em primeiro lugar, pode perguntar-se se o art. 397/3, conjugado com o art. 381/1, concede ao juiz um poder discricionário.

Supomos que a resposta a esta interrogação é negativa. Na verdade, não há nem discricionariedade de actuação, nem há discricionariedade de decisão. O que o art. 392/3 impõe ao tribunal é um dever de concretização de um conceito vago e indeterminado, que depende, nessa concretização, dos termos da relação em que surge. A medida a decretar há-de ser a medida concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado: a adequação mede-se pelo acautelamento da efectividade do direito ameaçado.

Esta tarefa não deve, no entanto, ser confundida com a que se traduz no exercício de um poder discricionário ⁽⁹⁾. Na verdade, não pode o juiz optar por uma medida entre várias que surjam como possíveis, atendendo a um critério de oportunidade ⁽¹⁰⁾. O que cumpre ao juiz, que decide a providência cautelar, é verificar qual a medida adequada à situação que lhe é posta, concretizando um conceito que é necessariamente vago (só desta forma é possível atingir toda e qualquer factalidade). A sua tarefa é vinculada, tanto quanto à execução, como quanto ao resultado. O juiz, tal como não pode optar entre agir ou não agir, também não pode escolher uma entre diversas medidas em função de critérios de oportunidade. Se o poder de concretização que lhe é conferido for

⁽⁹⁾ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, 11ª, C. H. Beck, München 1997, Zwangsvollstreckungsrecht, § 76.II.1d).

⁽¹⁰⁾ Acerca da fronteira entre a concretização de conceitos vagos e indeterminados e concessão, o agente, de um poder discricionário, problema que avulta, essencialmente, no plano do Direito administrativo, SÉRVULO CORREIA, Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Almedina, Coimbra 1987, p. 77 e segs. e 471 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais, Tomo I, 2.ª, Dom Quixote, Lisboa 2006, § 9.III.

15. No entanto, supomos que a diferença que acabámos de detectar não tenha necessariamente de existir.

Pergunta-se: para que deve a parte formular um pedido concreto?

Duas respostas.

Primeira, para que o juiz saiba qual o limite do seu poder jurisdicional: em regra, o pedido delimita a competência decisória do tribunal ⁽¹²⁾.

Segunda, para que a parte demandada se possa defender. A parte requerida deverá saber qual o pedido que contra ela é deduzido para poder exercer cabalmente o contraditório. Com efeito, não basta que ela possa opor-se aos factos que são deduzidos e pronunciar-se sobre as provas destinadas a demonstrá-los. O princípio do contraditório impõe que lhe seja permitido, conforme resulta com clareza nomeadamente da impugnação de direito, que ela possa simplesmente opor-se à produção de um determinado efeito a partir desses factos.

A enunciação desta segunda razão, única que, perante o que, até agora, parece ser uma derrogação do dispositivo através do art. 392/3 ⁽¹³⁾, pode relevar no contexto das providências cautelares, tem de levar-nos a reflectir mais aprofundadamente. Na verdade, mal se poderia compreender que no sistema alemão, onde o contraditório é assegurado em termos simétricos àqueles que encontramos no sistema português, se aceitasse uma construção que amputasse as garantias de defesa.

16. O que se querará, então, significar quando se sustenta que a parte requerente não tem de identificar a medida? Como se compatibiliza esta linha de orientação com o princípio do contraditório, sem o qual não podemos conceber um processo como equitativo?

⁽¹²⁾ Distinguindo entre limites de conhecimento, enunciados no art. 660, e limites de condenação, constantes do art. 661, ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil anotado, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra 1984 (reimpressão), *sub* art. 660 e 661, n.º 5.

⁽¹³⁾ Segundo a expressão de LEBRE DE FEITAS *et alter*, Código de Processo Civil anotado, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra 2001, *sub* art. 392, n.º 3, o art. 392/3 “representa alguma derrogação ao princípio dispositivo, na vertente relativa à conformação da instância.”

Diremos que, no sistema jurídico português actual, sem grande dificuldade. Com efeito, também com a reforma de 95/96 foi alterado o conteúdo do princípio do contraditório, enunciado no art. 3 CPCpr. Concebendo subliminarmente as intervenções dos diversos sujeitos processuais como actividades de persuasão e acolhendo uma opção destinada a evitar as decisões-surpresa, a lei veio impor ao tribunal a concessão de direito de audição prévia às partes sempre que o decisor pretenda conhecer de uma questão, ainda que de conhecimento oficioso, que não haja sido debatida pelas partes. Aplicando esta solução legal ao campo das providências, dir-se-ia que, sendo dispensada a formulação de um pedido concreto pelo requerente, o tribunal deveria, em estrito cumprimento do princípio do contraditório, conferir direito de audição a requerente e requerido antes de decidir a providência, notificando um e outro do sentido da projectada decisão. Deste modo se acautelaria a posição do requerido no que respeita à contradição do efeito que concretamente deverá ser provocado.

Supomos, porém, que não bastaria que somente se notificasse a parte requerida: não obstante a parte requerente haver manifestado uma vontade no sentido do decretamento de uma providência que acautelasse a sua posição jurídica, para que também ela não seja surpreendida com o decretamento de medida diversa daquela que pediu ou de medida que concretiza o pedido genérico que deduziu, deve também ela ser ouvida.

18. O resultado a que acabámos de chegar permite-nos concluir que não são princípios estruturantes do processo equitativo — logo, razões de ordem substancial — que podem opor-se ao acolhimento, pelo sistema jurídico português, de uma solução equivalente àquela que é proposta para o sistema alemão.

Apesar de assim ser, há que ter consciência de que esta leitura do art. 392/3 esbarra em alguns obstáculos formais. O primeiro pode ser encontrado logo no próprio art. 392/3: se é certo que a regra permite ao tribunal decidir um *aliud*, não é menos certo que o *aliud* pressupõe um ponto fixo prévio, que lhe sirva de referência. O que a lei admite é que o decisor se afaste da providência concretamente requerida, nada diz quanto à possibilidade de não ser requerida providência concreta nenhuma.

20. As situações críticas quanto à efectiva derrogação do contraditório em matéria cautelar surgem nos casos em que a parte requerente não aceita a medida que o juiz, em alternativa àquela que ela deduziu, entende ser a adequada, logo, aquela que pode ser efectivamente decretada. Se, neste caso, o juiz puder decretar a medida, dir-se-á que, nas providências cautelares, o decisor não está realmente vinculado pelo pedido deduzido pela parte requerente.

Pode o juiz ordenar providência que, segundo o seu julgamento, é a providência adequada a acautelar a efectividade do direito ameaçado se a parte requerente manifesta não o querer?

A resposta negativa é imediatamente intuitiva, lembrando o aforismo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus*, decorrente da adulteração da passagem do Digesto D. 1, 18, 6, 1, da qual foi originariamente extraído o brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* ⁽¹⁵⁾. Neste sentido se pronuncia LEBRE DE FREITAS, ao afirmar que haveria uma grave violação do dispositivo se o juiz pudesse decretar providência incompatível com a vontade manifestada no requerimento inicial ⁽¹⁶⁾.

Porém, sendo esta a conclusão, duas são as ilações que dela devem ser extraídas.

⁽¹⁵⁾ Sobre a adulteração deste aforismo, cuja origem situa em WACH, *Vorträge über die Reichs- und Zivilprozessordnung*, p. 61, JOAN PICO I JUNOV, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bosch, Barcelona 2007. Supomos que quando a doutrina acrescenta ao brocardo a expressão *a partibus* e dela amputa a contraposição final *non secundum conscientiam* nem pretende reconduzir o âmbito desta regra a D. 1, 18, 6, 1, nem visa afirmar que ela se confunde com o aforismo que resulta desta passagem. Talvez que possa presumir-se que WACH não desconhecesse o brocardo original — afinal, quando usa esta expressão, o Autor não nos remete para as obras dos glosadores, em que ela surge correctamente citada. Possivelmente confrontado com a necessidade de encontrar uma expressão impressiva da ideia que visava veicular, terá transformado uma expressão conhecida e destinada a explicar os limites da decisão no que respeita à matéria de facto, aplicando-a a uma nova situação — e, por esta razão, alterando-lhe os termos —, aquela que respeita aos limites à actividade inquisitória e instrutória do decisor.

⁽¹⁶⁾ Código de Processo Civil anotado, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra 2001, *sub art.* 392, n. 3.

A última observação afasta-nos das posições que visam explicar o mecanismo constante do art. 16 do RPE, pensando nas situações em que a providência aparentemente consome o interesse prático da acção principal. Situações deste tipo são fáceis de encontrar quando a tutela cautelar é inibitória e, portanto, destinada a prevenir imediatamente a prática de um acto ou o desenvolvimento de uma actividade que se alega de lesiva. Assim sucede nos casos paradigmáticos da tutela cautelar inibitória destinada, *v.g.*, a impedir a publicação de notícias ou imagens lesivas da honra e do bom nome, a proibir a comercialização de um determinado medicamento ou aplicação informática por alegada violação de direitos exclusivos ou da prática de concorrência desleal.

Porém, ao afirmar-se que, nestes casos, a acção principal não tem qualquer relevância, esgotando-se o seu efeito útil com o decretamento, ainda que cautelar, da inibição, toma-se a parte pelo todo. Seguramente que não se duvidará que a empresa de comunicação social, a empresa farmacêutica ou a produtora de produtos informáticos podem agir contra a requerente da providência, nomeadamente pedindo a respectiva condenação em indemnização por actuação ilícita.

E também não se duvidará que a requerente da providência, para além do interesse na cessação imediata ou na proibição de uma actuação que considera lesiva, tem interesse em impor uma proibição absoluta ou uma cessação definitiva da actividade lesiva.

Ora o art. 16 RPE não faz depender a sua aplicação da circunstância de a decisão da providência, enquanto decisão com as características de uma decisão cautelar, tornar inútil uma pronúncia ulterior, que tenha as características de uma decisão definitiva, em especial, que possa pôr termo ao conflito através de uma declaração tendencialmente definitiva e imutável.

23. Não é este o lugar para tomar posição acerca dos diversos problemas que o art. 16 suscita. No nosso contexto, releva somente aquela que pode ser a ideia de uma fungibilidade de meios quanto à decisão do litígio ou, dito de outra forma, quanto à decisão do conflito de interesses que opõe as partes.

cia — sendo, assim, um procedimento seguramente simplificado por referência ao procedimento comum — como de um procedimento estruturado sem atender à urgência da resposta.

24. Um pressuposto tem de ser assegurado para que todo este sistema possa funcionar: o do integral respeito do princípio do processo equitativo. Vale a pena determo-nos neste ponto.

Cremos que possa aqui ser dispensada uma longa justificação acerca da vigência do princípio do processo equitativo — ou do devido processo legal — no sistema jurídico português. Expressamente afirmado no art. 20/4 da Constituição da República Portuguesa, impõe a observância, pelo legislador ordinário e pelo aplicador do Direito de uma série de garantias, respeitantes quer ao decisor, quer ao procedimento.

Supomos que o princípio do processo equitativo não tem um conteúdo rígido. Entre outros parâmetros, naquilo que agora directamente para nós releva, este variará consoante os efeitos que a decisão proferida visa produzir. Se estes foram tendencialmente imutáveis, o princípio do processo equitativo vai impor que a convicção do juiz quanto à situação de facto em que funda a decisão atinja o grau da certeza, quer isto dizer que a prova dos factos tenha sido uma prova em sentido estrito. Inversamente, se a decisão tende a ser provisória, o grau de prova exigido poderá ser inferior; não é exigível uma prova *stricto sensu*, mas uma mera justificação. Para que a decisão seja boa basta que o juiz possa concluir pela verosimilhança da base factual da decisão.

Este ponto de partida tem uma repercussão evidente nos pressupostos de admissibilidade da pronúncia sobre o mérito da potencial causa principal em procedimento cautelar. Este não é apenas forma pela forma⁽¹⁷⁾, é forma ordenada a uma finalidade muito concreta: implementação de uma estrutura que permita uma decisão em tempo diminuto porque destinada a responder a uma situação de urgência na tutela judicial. Ora, se fosse possível obter uma prova em sentido estrito através de um procedimento que seguisse

⁽¹⁷⁾ Combatendo a ideia de que o processo é formalismo valorativo, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do Formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*, 3ª, Saraiva, 2009, em particular, as observações constantes do § 17.

de oportunidade, se conhece ou não do objecto da causa principal quando tem todos os elementos necessários a esse conhecimento? Em homenagem a que princípio superior pode a decisão, que pode proferir-se imediatamente, ser adiada?

Temos dificuldade em encontrar uma boa resposta para esta interrogação que não passe pela primeira interrogação que deixámos acima sem resposta. Na verdade, poderia dizer-se que a opção do juiz dependeria daquilo que as partes, especialmente a requerente, lhe dissessem. Com efeito, seria possível que se afirmasse que se a parte requerente, que apenas postulara o decretamento de uma providência, se opusesse ao proferimento de uma decisão sobre a causa principal, quer o seu objecto coincidissem ou não com o objecto do procedimento cautelar, não poderia o juiz, em atenção ao princípio do dispositivo, pronunciar-se sobre um *aliud*.

Mas ainda que esta explicação seja verdadeira, não tem o juiz uma faculdade, mas um dever. Se entender que detém todos os elementos necessários a pronunciar-se sobre aquele que seria o objecto de uma ulterior causa principal autónoma, tem o juiz o dever tanto de suscitar a questão da possibilidade de conhecimento da causa principal, permitindo-lhes que exerçam o contraditório, quanto de sobre ela se pronunciar se a parte requerente se não opuser a semelhante actuação.

5. A plurifuncionalidade do art. 16: conhecimento do mérito e tutela cautelar

26. O exemplo acima figurado — aquele em que a parte requer o decretamento de um arresto mas em que traz ao procedimento todos os elementos necessários para que o juiz possa proferir uma condenação do requerido no cumprimento da obrigação, permitem-nos acentuar um outro traço do regime do art. 16, que mostra a sua imensa riqueza.

Se o juiz entender que tem elementos suficientes para se pronunciar sobre aquele que seria o objecto de uma ulterior causa principal, deve limitar-se a proferir esta decisão ou pode, ainda,

gada com a devolução desse poder ao tribunal através da interposição de recurso.

7. O cruzamento das regras: os arts. 392/3 CPCpr e 16 RPE

28. A última interrogação à qual aqui se visa dar resposta cruza o regime dos arts. 392/3 CPCpr e 16 RPE.

Pergunta-se: pode o tribunal, que decide conhecer imediatamente do litígio que constituiria o objecto de uma causa principal posterior, usar da faculdade que o art. 392/3 lhe confere, não se considerando vinculado ao pedido que é formulado pela parte requerente?

Supomos que a resposta a esta interrogação vai depender daquela que genericamente der o sistema quanto à admissibilidade de o juiz se pronunciar sobre um *aliud* em processo não cautelar. Na verdade, a aparente não vinculação do juiz ao dispositivo na tutela cautelar é a urgência da intervenção judicial, propiciadora de um incremento dos seus deveres assistenciais.

Ora, não é o facto de a decisão sobre a causa principal surgir como possível na pendência do procedimento cautelar que muda os dados da questão: a decisão sobre a causa principal é um resultado possível do procedimento porque nele se encontram todos os elementos que permitem ao juiz conhecer deste objecto e não porque a decisão da causa principal seja também ela urgente. Logo, não há analogia relevante entre os casos em que a decisão proferida no procedimento cautelar é uma decisão cautelar, determinada pela urgência da intervenção judicial e os casos em que a decisão proferida num procedimento que teve estrutura cautelar é uma decisão sobre a causa principal, cuja propositura autónoma seria inútil.

Esta conclusão deve fazer-nos pensar na diversidade de pressupostos que encontrámos entre os arts. 16 do RPE e art. 121 CPTA. Lembre-se que esta última regra impunha como pressuposto de admissibilidade de uma pronúncia sobre o mérito da causa principal que se verificasse uma situação de particular urgência. Se assim é, haverá que ponderar se o contencioso admi-