

## Parecer

### REPETIÇÃO DE PROVIDÊNCIA E CASO JULGADO EM CASO DE DESISTÊNCIA DO PEDIDO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR

*Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas*

A doutrina defendida no parecer que se segue mantém-se inteiramente válida perante o Código de Processo Civil emergente da recente revisão.

Nele constituindo ponto central a interpretação do artigo 387.º-1 do texto recentemente revogado, a história da revisão é elucidativa da flutuação entretanto havida em torno da redacção do preceito que entrou a substituí-lo.

No Anteprojecto da comissão presidida pelo Prof. Antunes Varela, o art. 318.º-1 visava impedir *qualquer nova providência* na pendência da mesma causa, quando a primeira fosse considerada injustificada ou caducasse *por acto imputável ao requerente*. A Ordem dos Advogados teve ocasião de se pronunciar no sentido da aceitabilidade da solução, na medida em que ligava a proibição à ideia de responsabilidade (*Parecer da Comissão de Legislação*, ROA, 1989, II, p. 648). Mas a redacção do Projecto (art. 330.º-1) veio desvincular a proibição de nova providência da ocorrência de culpa do requerente, o que mereceu forte crítica da Ordem dos Advogados, por ser inadmissível que, nesse condicionalismo, se impedisse o requerente de acautelar os seus direitos através de outra providência, ainda que com objecto diferente, na pendência da mesma causa (*Parecer da Comissão de Legislação*, ROA, 1990, III, ps. 735-736).

Mais prudente foi o Projecto de Revisão. O art. 390.º-1 apenas estatuiu a inadmissibilidade de nova providência *com objecto idêntico*, sempre condicionadamente à verificação da imputabilidade da injustificação ou da caducidade ao requerente (que «não tenha agido com a prudência normal»). Reproduziu-o o D.L. 329-A/95 de 12 de Dezembro.

A última revisão, ao separar a norma sobre a responsabilidade civil do requerente (art. 390.º-1, apelando para o conceito de imputabilidade) da norma sobre a admissibilidade de nova providência (art. 381.º-4), apenas impede, independentemente da consideração de culpa, a *repetição*, na sequência da mesma causa, de providência que tenha sido julgada injustificada ou tenha caducado. Elementos, subjectivos e objectivos, idênticos aos que constituem as excepções da litispêndência e do caso julgado têm assim de ocorrer para que a nova providência seja inadmissível.

É, afinal, a inequívoca consagração da orientação defendida no presente parecer.

# REPETIÇÃO DE PROVIDÊNCIA E CASO JULGADO EM CASO DE DESISTÊNCIA DO PEDIDO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR

*Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas*

## I

### **Objecto da consulta**

**1.1.** Como acto preparatório duma acção futura em que viria a pedir o reconhecimento do seu direito à exploração duma pedreira em prédio de Maria Henriqueta d'Ascensão e a condenação da ré a cessar a exploração abusiva de parte dessa pedreira, Francisco José Cochicho requereu em 21.9.90 ao Tribunal Judicial de Vila Viçosa uma providência cautelar não especificada contra Cochicho Lda, consistente na intimação da requerida a:

- a) suspender toda e qualquer extracção de mármore na lavra por ela ocupada em área integrada na pedreira cuja exploração fora concedida ao requerente;
- b) não proceder à instalação, nessa área e lavra, de mecanismos ou equipamentos novos ou em reforço dos que já ali detinha;
- c) não demolir, não desmontar nem retirar da zona da lavra em causa as máquinas, equipamentos, apetrechos e instalações que ali detinha.

**1.2.** A fundamentar o pedido, alegara o requerente, em síntese, que:

- a) Maria Henriqueta d'Ascensão, proprietária da Herdade da Fonte da Moura, em Pardais/Vila Viçosa, autorizou o requerente a abrir e explorar uma pedreira de mármore, com a área de 12 000 m<sup>2</sup>, no lote n.º 3 dessa herdade, autonomamente inscrito na matriz urbana sob o art. 347.º;
- b) Inicialmente celebrado por escrito particular de 25.6.81, que previa o seu início em 1.7.81, o contrato foi reduzido a escritura pública em 11.2.82 e alterado em 9.8.84, tendo sido o estabelecimento licenciado pela Direcção Geral de Geologia e Minas em 31.10.84, sob requerimento apresentado em 16.2.82;
- c) Por escrito particular de 17.11.81, Maria Henriqueta d'Ascensão concedeu à requerida a exploração de mármore num talhão de 7 000 m<sup>2</sup> do mesmo prédio, constituindo parte do referido lote n.º 3;
- d) Por despacho do Director-Geral de Geologia e Minas de 18.1.83, confirmado, em recurso hierárquico, por despacho do Secretário de Estado da Indústria de 1.6.83, por sua vez não anulado em recurso contencioso interposto pela requerida para o Supremo Tribunal Administrativo, foi negada a licença de exploração à requerida;
- e) Não obstante, esta instalou-se em parte da pedreira aberta pelo requerente, de onde extraiu já muitas e valiosas toneladas de mármore de excelente qualidade e onde se prepara para incrementar a lavra mercê da instalação de novos equipamentos.

**1.3.** Em 22.10.90, Francisco José Cochicho, não acompanhado por advogado, outorgou, em impresso de *«termo de desistência do pedido»*, um termo judicial em que, aproveitando a redacção desse impresso, declarou *«desistir do pedido feito na presente acção com processo prov. cautelar intentada contra Cochicho Lda, com sede no Largo D. João IV, n.º 5-A, em Vila Viçosa, extinguindo-se, por esta forma, o direito que pretendia fazer valer»*. Esta desistência foi devidamente homologada.

**2.** Em 11.10.90, Maria Henriqueta d'Ascensão e Luís José Cochicho outorgaram uma escritura na qual a primeira declarou doar ao segundo a Herdade da Fonte da Moura, acto do qual Francisco José Cochicho, em acção ordinária interposta em 7.5.91 contra a doadora, o donatário e a mulher deste, para obter a declaração de nulidade dessa doação, alega só ter tido conhecimento quando da recepção de carta que lhe foi dirigida em 5.11.90, já depois da desistência da providência cautelar (que, diz, se deveu a um desejo de conciliação com seu irmão Luís José Cochicho, gerente de Cochicho Lda).

**3.1.** Em 22.4.93, Francisco José Cochicho requereu contra Cochicho Lda nova providência cautelar, consistente em ser ordenado à requerida:

- a) a suspensão total e imediata dos trabalhos de extracção de mármore na parcela n.º 3 acima referida;
- b) o abandono de toda essa parcela com o seu pessoal;
- c) a não instalação na mesma parcela de quaisquer novos mecanismos ou equipamentos;
- d) a não movimentação nela de quaisquer veículos, máquinas e equipamentos, bem como de quaisquer pessoas sob a direcção da requerida ou no seu interesse;
- e) a não desmontagem ou demolição de quaisquer equipamentos ou instalações sem a autorização e o acompanhamento directo das respectivas operações por técnicos da Direcção Geral de Geologia e Minas, a fim de evitar o risco de desmoronamento.

**3.2.** Como fundamentação deste novo pedido de providência cautelar, ainda como acto preparatório de acção que só agora se pensa propor, são invocados, além dos que fundaram o pedido anterior, mais os seguintes factos:

- a) Cochicho Lda tem vindo a expandir e aprofundar a pedreira, sempre na área da parcela n.º 3 cedida para exploração ao requerente, de tal modo que já explora mais de metade dessa área;

- b) A forma utilizada na extracção tornou-se, nos últimos meses, verdadeiramente selvagem, com desrespeito pelo plano de lavra aprovado pela D.G.G.M., extracção na zona de defeso entre a pedreira do requerente e a da Marmetal, que lhe é contígua, desvio do leito dum ribeiro e preterição das condições de segurança legalmente impostas;
- c) Sendo o requerente o titular da licença de exploração da pedreira, é ele o primeiro responsável perante a D.G.G.M. por estas ilegalidades cometidas na exploração;
- d) Trabalhando nos últimos meses com maior intensidade e por forma desordenada e anti-económica, na ânsia dum maior e mais rápido lucro, a requerida vem causando ao requerente um grave prejuízo, tendo extraído já, no mínimo, 20 000 toneladas, no valor de 400 000 contos, e comprometendo a rentabilidade futura da pedreira;
- e) D. Henriqueta faleceu em 7.7.92 e não subsistem as razões de ordem familiar que, na altura, levaram o requerente a desistir da providência anteriormente requerida.

**3.3.** Sobre este pedido de providência foi proferido, pelo juiz de direito de Vila Viçosa, despacho em que entendeu que, configurando-se a desistência do pedido como uma causa de extinção da instância que faz cessar o direito que através da acção se pretende fazer valer, se verificava, no caso, uma excepção peremptória, não confundível com a excepção de caso julgado, mas gerando, como esta, a impossibilidade do conhecimento de mérito por parte do tribunal; uma vez que o pedido da providência requerida era idêntico àquele de que se desistira, por acto que fora objecto de homologação judicial, julgou procedente a excepção peremptória da desistência do pedido e «*extinto o direito que o requerente Francisco José Cochicho queria fazer valer na presente acção*».

**4.1.** Perante esta decisão, sou consultado para dar parecer sobre as seguintes questões:

1. Em que termos deve ser aplicada a um procedimento cautelar não especificado a noção de caso julgado do artigo 498.º CPC?

2. O que distingue o *pedido* (instrumental) feito na providência cautelar não especificada do *pedido* formulado na acção principal?
3. Que significado tem a *desistência do pedido* numa providência cautelar não especificada?
4. A causa de pedir do procedimento cautelar de 1990 é idêntica à causa de pedir da providência de 1993?
5. Designadamente, o(s) *direito(s)* a acautelar é o mesmo(s) numa e noutra?
6. As *lesões do direito* receadas no procedimento de 1990 são as mesmas receadas no procedimento de 1993?
7. Pelo facto de ter *desistido do pedido* na providência de 1990, o requerente ficou impedido de requerer a de 1993?

4.2. Em resposta a estas questões, proponho-me começar por uma breve definição do caso julgado e indagar se o produz a decisão homologatória da desistência do pedido, o que pressupõe determinar o alcance do efeito *extintivo* do direito a que alude o art. 295.º-1 CC.

Seguir-se-á verificar se e em que medida as conclusões gerais a que venha a chegar nesse primeiro ponto do parecer são aplicáveis às providências cautelares, o que passará pela definição do alcance da norma específica do art. 387.º-1 CPC, quer na sua previsão quer na sua estatuição, bem como pela consideração da sua constitucionalidade.

Em último lugar, será equacionada, em concreto, a verificação do conceito de repetição da providência cautelar.

## II

### Caso julgado e desistência do pedido

1. De acordo com o art. 671.º-1 CPC, a *decisão sobre a relação material controvertida* tem, uma vez transitada em julgado, força obrigatória *dentro e fora* do processo, assim constituindo caso julgado (material).

A eficácia *intraprocessual* da decisão não é exclusiva da decisão de mérito. Também a decisão sobre pressupostos processuais ou

outros aspectos da relação processual tem, uma vez transitada, força obrigatória dentro do processo, constituindo caso julgado formal (art. 672.º CPC) e extinguindo, quando é uma decisão final, a própria instância ou relação jurídica processual (art. 287.º-a CPC).

Em contrapartida, a projecção *extraprocessual* da eficácia da decisão é uma característica da decisão de mérito <sup>(1)</sup>, que impede nova decisão em outra instância processual com os mesmos sujeitos e o mesmo objecto (arts. 497.º ss. CPC) e impõe a decisão proferida em outra instância com os mesmos sujeitos em que a questão decidida constitua fundamento da pretensão (cf. arts. 96.º-2, 97.º-1 e 279.º-1 CPC). Este duplo efeito *processual* (proibição de repetição e proibição de contradição) é uma consequência do efeito *substantivo* do caso julgado consistente na *preclusão de toda a indagação sobre a relação jurídica concreta controvertida* (por definição, entre sujeitos determinados <sup>(2)</sup>), delimitada pela pretensão substantivada (pedido baseado numa causa de pedir) deduzida em juízo <sup>(3)</sup>. Tal efeito é inerente à definição ou acertamento das

---

<sup>(1)</sup> Comumente tida como dela exclusiva, designadamente entre nós. Mas não falta quem, na doutrina, perfilhe a ideia de que também a decisão sobre pressupostos processuais é dotada de eficácia extraprocessual, que impede a repetição da mesma causa com a falta do pressuposto em que se tenha fundado a absolvição da instância (CASTRO MENDES, *Manual de processo civil*, Coimbra 1963, pp. 158 ss.; BRUNS-PETERS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1987, pp. 87-89; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München 1986, p. 977).

<sup>(2)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos reais*, Lisboa 1993, p. 45.

<sup>(3)</sup> ANGELO FALZEA, *Efficacia juridica*, Enciclopedia del diritto, XIV, pp. 504-506, e *Accertamento (teoria generale)*, Enciclopedia del diritto, I, pp. 213-214 e 217. O conceito de preclusão permite superar a crítica, que os defensores da teoria processual do caso julgado usam fazer aos partidários da teoria substantiva, baseada na ideia de que esta última implica a criação do direito pelo tribunal, constituindo, no caso de sentença injusta, uma nova relação jurídica entre as partes (por todos: ROSENBERG-SCHWAB, *cit.*, p. 972), sem para tanto incorrer, como incorrem as teorias processuais, no erro de pressupor, quando a sentença é injusta, uma ordem jurídica paralela à ordem jurídica material, com ela coexistente e sobre ela prevalecendo (JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, pp. 213-214) ou perante ela cedendo quando as partes voluntariamente a respeitam, como no caso do cumprimento duma obrigação cujo reconhecimento judicial tenha sido negado (LEO ROSENBERG, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires 1955, p. 451). A eficácia preclusiva substantiva consiste na produção dum efeito ambivalente, por não implicar necessariamente a *conservação* (própria da eficácia declarativa) nem a *inovação* (própria da eficácia dispositiva) duma situação jurídica anterior; caracteriza-se por romper a continuidade normalmente verificada, em termos de confor-



situações jurídicas das partes que toda a sentença declarativa postula<sup>(4)</sup>, como tal impondo às partes uma norma de comportamento baseada nesse acertamento das relações entre elas vigentes<sup>(5)</sup>.

A eficácia de caso julgado (material) apresenta-se assim *em estreita conexão com a natureza de definição do direito que é própria da sentença declarativa*, pois é essa definição que torna indiscutível no futuro a solução concreta dada ao litígio<sup>(6)</sup>. Por isso, atentas as diversas estrutura e função da *acção executiva* propriamente dita<sup>(7)</sup>, nela não se produz caso julgado, não tendo designadamente tal eficácia a sentença de extinção da execução<sup>(8)</sup>. Mas

---

midade ou de desconformidade, entre a situação jurídica posterior a um facto jurídico e a situação jurídica que lhe é anterior; funda assim uma nova situação jurídica *originária*, na medida em que lhe é indiferente que o efeito concreto *de facto* produzido seja meramente conservatório da situação anterior ou constitutivo da nova situação (FALZEA, *Efficacia*, pp. 498-499). Ao lado das preclusões de natureza substantiva, as preclusões processuais têm por função preparar e sustentar o efeito preclusivo substantivo do caso julgado, restringindo progressivamente o campo da incerteza ao longo das fases do processo até à preclusão do litígio sobre o facto (com a decisão de facto) e à do litígio sobre o efeito jurídico (com a sentença); o seu efeito, meramente intraprocessual, acaba assim por se dissolver, com o trânsito em julgado da sentença, no instituto geral do caso julgado (FALZEA, *Efficacia*, p. 507; HANSJÖRG OTTO, *Die Präklusion*, Berlin 1970, pp. 39-40, 67-73 e 153-154; CASTRO MENDES, *Limites objectivos do caso julgado*, Lisboa 1968, pp. 178-186; em aplicação às excepções, LEBRE DE FREITAS, *Aplicabilidade do art. 486.º-2 CPC em sede de dedução de embargos de executado*, C.J., 1989, III, p. 50).

(4) Isso mesmo se diz, por outras palavras, no ac. do T.R.E. de 29.1.77 (C.J., 1977, V, p. 1275): «o caso julgado tem uma função *declarativa* (estabelece determinada situação, como consequência do que se averiguou, relativamente às questões fundamentais do processo) e uma função *limitativa* ou *excludente* (tal situação é a única consequência dessas questões fundamentais)».

(5) Só esta primazia do efeito substantivo preclusivo do caso julgado sobre os seus efeitos processuais (proibição de repetição e de contradição) explica a sua configuração como uma excepção *peremptória* (no sentido da nossa lei processual), como tal bem classificada no art. 500.º CPC e no art. 389.º do Anteprojecto elaborado pela Comissão Encarregada da Revisão do Código de Processo Civil, presidida por Antunes Varela.

(6) CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, III, Lisboa 1980, p. 279.

(7) Considerada com abstracção das acções e incidentes de natureza declarativa que nela se enxertam (embargos de executado, embargos de terceiro, verificação e graduação de créditos, liquidação da obrigação exequenda), em que a produção de caso julgado não está, em princípio, excluída, sem prejuízo de contra ela poder militar a circunstância de, não obstante a definição do direito que neles tem lugar, algumas dessas acções e incidentes oferecerem menores garantias de defesa ou de contraditoriedade do que o meio declarativo comum (cf. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, Coimbra 1993, pp. 165 ss., 239 ss. e 262 ss., e *Acção executiva e caso julgado*, R.O.A. 1993, II, no prelo).

(8) LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, pp. 291-293.

já a sentença homologatória da desistência do pedido, da confissão do pedido ou da transacção efectuada numa acção declarativa é dotada da eficácia do caso julgado, na medida em que por ela é o réu condenado ou absolvido nos precisos termos do acto dispositivo celebrado (art. 300.º-3 CPC).

2. Esta última asserção é uma consequência da natureza jurídica de que, no nosso direito, se reveste o acto de desistência do pedido, confissão ou transacção.

Através, designadamente, da desistência do pedido, o autor emite uma *declaração de renúncia ao direito* por ele invocado <sup>(9)</sup>, em que o implícito reconhecimento da inexistência desse direito actua como mero pressuposto duma vontade negocial, cuja actuação é independente de o direito até aí existir ou não e se traduz na indiscutibilidade futura da sua inexistência <sup>(10)</sup>. Trata-se assim dum *negócio jurídico de direito substantivo*, como tal sujeito ao respectivo regime de validade (art. 301.º CPC), e por isso é que a subsequente sentença tem a natureza de acto de mera homologação <sup>(11)</sup>, embora seja equiparada, no seu regime, à sentença de mérito.

A desistência do pedido tem, tal como a sentença de mérito propriamente dita (não homologatória) proferida numa acção declarativa, um *efeito preclusivo*. Não podendo pôr-se mais em causa a actual inexistência do direito do autor, fundado na causa de pedir invocada, esse efeito preclusivo acaba, porém, por ser absorvido pelo efeito de caso julgado produzido pela sentença homologatória, que por isso, não obstante a eventual acção de nulidade ou de anulação da desistência, só pode ser destruído através do meio específico do recurso de revisão (art. 771.º-*d* CPC). E, uma vez homologada a desistência do pedido, o efeito *extintivo* (ou, mais precisamente, preclusivo) do direito do autor a que se refere o

---

<sup>(9)</sup> CASTRO MENDES, *D.P.C.*, III, p. 12.

<sup>(10)</sup> LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra 1991, pp. 422 e 425-428.

<sup>(11)</sup> VAZ SERRA, *Sobre a impugnação da confissão, desistência e transacção*, R.L.J., 99, pp. 354-355.

art. 295.º-1 CPC passa a constituir efeito da própria sentença, dada a equiparação desta a uma decisão de mérito <sup>(12)</sup>.

O regime do caso julgado produzido pela sentença homologatória da desistência do pedido não difere, pois, do produzido pela sentença de mérito propriamente dita.

Mas já no âmbito da *acção executiva* a sentença proferida após a desistência do pedido não tem a mesma estrutura nem os mesmos efeitos que na acção declarativa. Sem prejuízo de a desistência do pedido, como negócio de direito substantivo, surtir a sua eficácia directa no campo da relação obrigacional exequenda, a sentença que, seguidamente, extingue a execução não absolve o executado do pedido nem o condena no cumprimento das obrigações que tenha contraído, surtindo, tal como qualquer outra sentença de extinção da acção executiva, efeitos meramente processuais, como tal circunscritos ao respectivo processo <sup>(13)</sup>.

### III

#### CASO JULGADO E PROVIDÊNCIA CAUTELAR

1. Fundadas na mera probabilidade da existência do direito que se pretende acautelar e no *periculum mora*, as providências cautelares caracterizam-se por uma relação de *instrumentalidade hipotética* com o processo de que dependem e de que visam antecipar, mediante uma regulamentação provisória, os efeitos da decisão ou a concretização da respectiva garantia <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, pp. 422, 428 e 430-431. A distinção, que o despacho do juiz de direito de Vila Viçosa procurou estabelecer, entre a excepção peremptória da extinção do direito e a excepção peremptória do caso julgado só teria assim razão de ser até à ocorrência do acto de homologação ou no caso de recusa de homologação da desistência por causa meramente processual (cf. *A confissão*, p. 431, nota 66). A própria extinção da instância é, não obstante a letra do art. 287.º-d CPC, um efeito da sentença homologatória (*A confissão*, p. 428).

<sup>(13)</sup> LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, pp. 292-293.

<sup>(14)</sup> CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Padova 1936, pp. 18, 26-28 e 64; GIUSEPPE TARZIA, *I procedimenti cautelari*, Padova 1990, pp. XVI-XIX. ENRICO REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1957, III, p. 53: «assegurar preventivamente a eficácia prática de futuros procedimentos ordinários de sanção (tutela jurisdicional) civil».

Quando, como no arresto, no arrolamento ou na entrega dos bens objecto da acção a um depositário, se antecipa um acto de execução (penhora ou outro acto de apreensão), a providência cautelar ganha características próprias do procedimento executivo. Mas, mesmo nesses casos, a actuação executiva é precedida duma fase declarativa que culmina na obtenção dum título executivo provisório, que visa tão-só a garantia do direito do requerente e não também a sua satisfação <sup>(15)</sup>.

Em outros casos, como acontece na intimação para que o réu se abstenha de determinada conduta, a providência é uma mera antecipação da decisão condenatória, nunca revestindo aspectos executivos <sup>(16)</sup>.

Mas, fora os casos excepcionais em que, como nos alimentos provisórios, a garantia do direito implica a sua própria satisfação no decurso da acção, o objecto da providência cautelar não é, como na acção declarativa (ou executiva), a própria *pretensão substantiva* (afirmação dum direito para o qual se pretende a tutela jurisdicional <sup>(17)</sup>), mas a mera *pretensão processual* de forçadamente a acautelar <sup>(18)</sup>. Assim, embora dê lugar a um procedimento que, pela sua estrutura, se aproxima sempre do da acção

<sup>(15)</sup> DUNKL, *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes*, München 1991, p. 3; REDENTI, *cit.*, p. 59. Não se pode por isso falar duma antecipação da tutela executiva, mas tão-só duma antecipação da penhora ou de outro acto de apreensão (TARZIA, *cit.*, p. XX).

<sup>(16)</sup> Não assim no caso de embargo de obra nova, cuja natureza de intimação (art. 418-1 CPC) não impede a demolição no caso de a obra prosseguir (art. 420.º-2 CPC).

<sup>(17)</sup> A fórmula utilizada é restritiva, mas suficiente para o efeito de considerar o objecto dos procedimentos cautelares. A pretensão abrange igualmente a afirmação de situações jurídicas subjectivas diversas do direito subjectivo (ex.: a posse) e a afirmação de efeitos jurídicos baseados em situações subjectivas (acções constitutivas), assim como a afirmação da existência ou inexistência dum facto jurídico (acções de simples apreciação dum facto). Vejam-se as breves referências que fizemos ao conceito de pretensão em *A confissão*, p. 34, nota 28.

<sup>(18)</sup> DUNKL, *cit.*, pp. 5-6; BRUNS-PETERS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1987, p. 328; BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 1990, p. 817. Diversa é a construção de ENRICO ALLORIO (*Per una nozione del processo cautelare*, R.D.P., 1936, I, pp. 18 ss.), seguida por SATTA (*Diritto processuale civile*, Padova 1987, p. 793) e orientada em torno do conceito de *diritto substantivo à garantia*; mas a garantia mais não é do que a manifestação da coercibilidade do direito acautelado. O conceito de pretensão processual (ou pedido) é mais amplo do que o de pretensão substantiva, visto

declarativa e por vezes também do da acção executiva, a tutela cautelar constitui um *tertium genus* em face da *tutela declarativa* e da *tutela executiva* (19), só não autonomizada como tal no art. 4.º CPC por o seu carácter instrumental perante uma ou outra dessas duas tutelas dela excluir a natureza de acção (20). A função da providência cautelar difere, pois, da função de acertamento da sentença declarativa, ainda quando constitua antecipação duma decisão de mérito (21).

2. Desta natureza da providência cautelar deriva que lhe é inadequado o conceito de caso julgado (material).

Como se deixou dito, o efeito de caso julgado é próprio duma decisão de mérito, como tal definidora das situações jurídicas das partes. A preclusão consistente na indiscutibilidade da solução dada às questões por ele abrangidas pressupõe o *acertamento definitivo* dessas situações jurídicas, só possível num processo que tenha por objecto a afirmação da sua existência e a solicitação da tutela judiciária adequada a esse acertamento (22). O juízo sobre a

---

que se refere a qualquer interesse carecido de tutela judiciária (abrangendo a tutela cautelar) e não apenas aos direitos que estão em causa na acção declarativa e na acção executiva (LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, p. 12, nota 13).

(19) TARZIA, *cit.*, p. XIX.

(20) ANTUNES VARELA, *Manual de processo civil*, Coimbra 1985, p. 22; REDENTI, *cit.*, p. 53 («aberrante a concepção ou configuração duma acção-direito à emanção de providências cautelares, diversa, distinta e independente da acção tendente à pronúncia de providências finais de mérito»). O art. 4.º do CPC de 1939 autonomizava uma outra categoria de acções: as *acções conservatórias*. Nelas, seguindo a doutrina de CHIOVENDA (*Istituzioni di diritto processuale*, Napoli 1936, I, p. 248), englobava ALBERTO DOS REIS, ao lado das acções conservatórias autónomas, os procedimentos cautelares, embora lhes reconhecesse o carácter de actos preparatórios duma acção (*C.P.C. anotado*, I, p. 23). A incorrecção dessa qualificação levou, em 1961, a suprimir a categoria e a conduzir as acções conservatórias (autónomas) à categoria das acções de condenação.

(21) TARZIA, *cit.*, p. XX. Não é, ela própria, uma decisão de mérito (FAZZA-LARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1986, pp. 161-171, 382-383 e 390-391: «decisão interlocutória»).

(22) Os autores que, minoritariamente, defendem que na acção executiva se produz caso julgado são levados a ver na sentença que julga extinta a execução uma decisão *implícita* sobre a existência do direito exequendo, não posta em causa em embargos de executado (CASTRO MENDES, *Acção executiva*, Lisboa 1980, p. 211; PETER BOHM, *Unge-rechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche*, Bielefeld 1971, pp. 44, 48 e 85). Assim teria nela lugar uma *decisão sobre a relação material controvertida* (art. 671.º-1 CPC).

probabilidade da existência do direito que tem lugar no procedimento cautelar (o simples *fumus boni juris*) afasta, por definição, a ideia de acerto definitivo que o caso julgado pressupõe (art. 386.º CPC). Quanto ao juízo sobre o *periculum mora*, não envolve qualquer decisão sobre a relação de direito material, pelo que, não integrando uma decisão de mérito, não poderia dar lugar ao efeito de caso julgado; por outro lado, ao inverso do juízo sobre o *fumus boni juris*, está condicionado pelas circunstâncias de facto ocorrentes ao tempo da sua emissão, constituindo um juízo temporalmente limitado<sup>(23)</sup>. Finalmente, o juízo sobre a adequação da providência cautelar solicitada é um juízo de carácter tipicamente processual (cf. art. 199.º CPC).

O preceito do art. 387.º-1 CPC explica-se pela inadequação do conceito de caso julgado à figura da providência cautelar<sup>(24)</sup>:

---

(23) TARZIA, *cit.*, p. 245. Daí que na doutrina italiana se tenha formulado a ideia de que a providência cautelar é sempre emanada com a cláusula implícita *rebus sic stantibus*, equacionando-se o conseqüente problema da sua revogabilidade por alteração das circunstâncias (CALAMANDREI, *cit.*, p. 80; TARZIA, *cit.*, p. 246). Quanto ao direito alemão, o parágrafo 927 ZPO prevê expressamente a extinção do arresto por alteração das circunstâncias, regime que o parágrafo 936 estende às outras providências cautelares.

(24) No direito italiano, onde não existe preceito semelhante, entende-se que o pedido de providência cautelar pode ser renovado, quer em caso de indeferimento por injustificação da providência requerida, quer em caso de caducidade da providência decretada (MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, pp. 266, 271 e 303). No direito alemão, onde tão-pouco existe uma disposição como a do nosso art. 387 CPC, a doutrina encontra-se dividida: para uns, a natureza da providência cautelar afasta inteiramente a figura do caso julgado, mas, uma vez julgada injustificada a providência, um novo requerimento baseado nos mesmos factos e oferecendo as mesmas provas deve ser rejeitado por não se verificar o pressuposto do interesse processual (BRUNS-PETERS, *cit.*, pp. 328-329; decisão do Oberlandsgericht de Frankfurt-am-Main, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1982, p. 1223); para outros, a consideração do interesse do requerido e do princípio da economia processual deverá levar à procedência da excepção de caso julgado quando se alegam os mesmos factos e se requerem as mesmas provas que no procedimento anterior, não obstante nele ter sido julgada a providência injustificada; mas, se se invocarem outros factos ou se requererem outras provas, ainda que não supervenientes, a natureza urgente do procedimento justifica a ininvocababilidade do caso julgado (BROX-WALKER, *cit.*, pp. 817-818 e 881; JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, München 1990, pp. 152-153). Partindo de perspectivas teóricas diversas, as soluções práticas destas duas correntes dominantes não diferem, como se vê, substancialmente.

por ele é proibida a repetição do requerimento de providência quando esta for julgada injustificada ou caducar porque, de outro modo, da não atribuição da eficácia de caso julgado à decisão proferida resultaria a admissibilidade do requerimento de nova providência, ainda que com o mesmo objecto. Nem, em contrário, se poderá dizer que a proibição do art. 387.º-1 é mais ampla do que a proibição de repetição própria do efeito de caso julgado, visto que, como resulta da epígrafe do artigo e hoje se pode considerar assente na jurisprudência do S.T.J., o art. 387.º-1 apenas proíbe a *repetição de providência cautelar* com o mesmo objecto e não o requerimento dum providência com objecto diverso (acs. do S.T.J. de 21.6.79, *B.M.J.* 288, p. 336, e de 24.6.80, *B.M.J.* 298, p. 269), o que, aliás, seria inconstitucional <sup>(25)</sup>.

Justificado pela inaplicabilidade do conceito de caso julgado (material) ao campo das providências cautelares, o art. 387.º-1 CPC recorre a um conceito de repetição (de providência cautelar) semelhante ao do art. 498.º-1 CPC (*repetição da causa*), mas para o qual define um âmbito de aplicação mais restrito (circunscrito aos casos de injustificação e de caducidade da providência) do que o do caso julgado.

A solução das questões postas reconduz-se, pois, à análise do art. 387.º-1 CPC.

---

<sup>(25)</sup> A negação do recurso a uma providência diversa na dependência da mesma causa, constituindo limitação do direito de acesso aos tribunais para garantia de direitos civis, importaria violação do art. 20.º da Constituição, que, ao invés, não é ofendido quando se proíbe a repetição dum pedido de tutela recusado ou que, depois de atendido, caduca por inércia do requerente (art. 382.º-1-a e c CPC) ou por inexistência do direito acautelado (art. 382.º-1-b e d CPC). A interpretação amplexiva do preceito (ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado*, I, p. 650; ANTUNES VARELA, *cit.*, p. 26) não se coaduna com a consagração do direito fundamental do acesso à justiça. Mas quem a defende não deixa de reconhecer que a proibição legal, mesmo abrangendo o pedido de nova providência com o mesmo fundamento, não se funda no caso julgado (ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 651).

## IV

REPETIÇÃO DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR E  
DESISTÊNCIA DO PEDIDO

1. O art. 387.º-1 CPC abrange no seu âmbito de previsão duas situações:

- a providência cautelar é julgada injustificada;
- a providência cautelar caduca.

Verificada qualquer delas, há lugar a uma dupla estatuição:

- o requerente é responsável pelos danos causados ao requerido, mas só se não tiver agido como um *bonus paterfamilias* («com a prudência normal»);
- o requerente não poderá requerer outra providência na dependência da mesma causa, tenha ou não tido uma actuação diligente.

Não age com a prudência normal, no caso de a providência ser julgada injustificada, não-só o requerente que tenha faltado conscientemente à verdade (cf. art. 406.º-4 CPC), mas também aquele que tenha requerido uma providência manifestamente injustificada (art. 456.º-2 CPC).

Tão-pouco age com a prudência normal o requerente que, tendo obtido a providência requerida, a deixa caducar por não propor a acção no prazo de 30 dias subsequente à notificação da decisão, por, negligentemente, deixar o respectivo processo, ou um incidente de que dependa a sua tramitação, parado durante mais de 30 dias ou por, absolvido o réu da instância, não propor, negligentemente, nova acção no prazo de 30 dias contado do trânsito em julgado da sentença de absolvição.

É, pelo contrário, normalmente diligente o requerente cujo direito supervenientemente se extinga ou que, salvos os casos em que actue na acção com má fé processual (art. 456.º-2 CPC), nela não obtenha vencimento. E não se poderá dizer negligente aquele cujo requerimento, não apresentando uma versão fáctica deturpada, for considerado injustificado, sem que a injustificação fosse manifesta.



Em qualquer dos casos previstos no art. 387.º-1 CPC, a proibição da repetição justifica-se: nuns casos (extinção do direito, sentença desfavorável) a providência tornou-se desnecessária; noutros (omissão de actuar durante 30 dias ou no prazo do art. 289.º-2 CPC), a negligência do requerente em promover os termos processuais leva a que o seu interesse deva ceder perante o da parte contrária em que a providência não seja repetida; quando, enfim, a providência é julgada injustificada, atende-se igualmente ao interesse do requerido em não ficar sujeito a uma nova apreciação da admissibilidade do meio de garantia recusado <sup>(26)</sup>.

2. O art. 387.º-1 é insusceptível de aplicação analógica, pois tem carácter claramente excepcional: a regra é, quanto à indemnização por danos causados, a do art. 456.º CPC <sup>(27)</sup> e, quanto ao pedido de providência, a da liberdade de o formular em qualquer momento <sup>(28)</sup>. A proibição de repetir o pedido de providência circunscreve-se, pois, aos dois casos nele expressamente previstos.

A desistência do pedido não é nele prevista e percebe-se porque: dela não decorre a desnecessidade futura da providência; tão-pouco configura uma negligência do desistente quanto ao ónus de impulso processual; não dá lugar a um juízo negativo sobre a justificação da providência.

Desistir do pedido de providência cautelar mais não é, aliás, do que manifestar a intenção de fazer cessar o procedimento instaurado, sem qualquer efeito preclusivo (*substantivo*) no domínio

---

<sup>(26)</sup> Apenas neste último caso joga uma consideração semelhante à que subjaz ao instituto do caso julgado. Não se tratando duma decisão sobre a relação material controvertida nem sobre a relação processual, não se pode falar de caso julgado (material ou formal): o juízo negativo sobre a justificação da providência, conduzindo ao seu indeferimento (cf. art. 386.º CPC) por uma razão de fundo, traduz-se em negar a probabilidade da existência do direito ou a ocorrência do *periculum mora*, já não em negar a adequação do meio solicitado ou a verificação dos pressupostos processuais (causas processuais de indeferimento, mas não de injustificação da providência); mas, como vimos, em nenhum dos casos há um accertamento (como tal definitivo) da pretensão substantiva.

<sup>(27)</sup> VARELA, *cit.*, p. 26, nota 1. Quanto ao arresto, a norma do art. 387.º-1 CPC consta também da lei civil (art. 621.º CC).

<sup>(28)</sup> Trata-se ainda duma manifestação do direito fundamental de acesso à justiça, que implica a liberdade de solicitar, em qualquer momento, a tutela judiciária que o cidadão julgue adequada à protecção dos seus interesses.

do direito que se pretende acautelar. Sendo um acto cuja incidência se circunscreve no âmbito da medida *processual* solicitada, pode explicá-lo um mero juízo de oportunidade sobre a necessidade ou conveniência *actual* dessa medida; mas, permanecendo (hipoteticamente, isto é, na medida em que exista) o direito substantivo que se pretendia acautelar, a desistência não implica renúncia a este direito <sup>(29)</sup> ou à conservação ou reforço da sua garantia na pendência da causa, designadamente em consequência dum *futuro* juízo de oportunidade de sinal contrário.

Sabe-se, aliás, que o direito de acção é *irrenunciável* e que igualmente irrenunciáveis são os poderes conferidos pelas normas secundárias do sistema jurídico que se reportam à garantia do direito subjectivo. No campo do direito disponível, o titular do direito pode dele dispor livremente e celebrar no processo negócios de direito substantivo que impliquem tal disposição (art. 299.º-1 CPC); mas o que não pode é, mesmo nesse campo, renunciar ou limitar a garantia *geral* do direito a que não renuncie <sup>(30)</sup>, salvo nos casos excepcionais expressamente consagrados na lei <sup>(31)</sup>. Estamos fora do campo do negócio jurídico, que vimos constituir a desistência do pedido (*supra*, I.2).

Daqui decorre que, rigorosamente, a desistência do pedido não tem lugar no esquema dos actos do procedimento cautelar. Estando nele em causa garantir o direito substantivo através de medidas processuais de duração provisória, a desistência que nele ocorra só pode ser uma desistência da instância <sup>(32)</sup> e o despacho que a homologue nunca pode ser equiparado a uma decisão de mérito, circunscrevendo a sua eficácia, como toda a sentença

---

<sup>(29)</sup> Como parece entender o juiz de Vila Viçosa, ao invocar o art. 295.º-1 sobre a extinção do direito do requerente da providência. Já vimos que a *extinção* do direito pela desistência do pedido não é separável do efeito de caso julgado da respectiva sentença homologatória, a não ser na acção executiva (*supra*, II.2).

<sup>(30)</sup> Cf. art. 2.º CPC e CASTRO MENDES, *DPC*, I, p. 130.

<sup>(31)</sup> Arts. 602.º, 603.º e 833.º CC, em derrogação da norma geral do art. 601.º CC.

<sup>(32)</sup> Nem sequer carecida de aceitação da parte contrária (art. 296.º-1 CPC), dado que o interesse desta não carece da mesma protecção que na acção declarativa, por via da não produção de caso julgado (BROX-WALKER, *cit.*, p. 811: «porque só muito raramente o requerido teria a possibilidade de, mesmo depois de julgada injustificada a providência, contar com a produção do efeito do caso julgado»). Ver *supra*, nota 24).

homologatória da desistência da instância e como *sempre* acontece também no processo executivo<sup>(33)</sup>, à cessação do procedimento cautelar instaurado (art. 295.º-2 CPC).

Tido em conta este regime, é irrelevante que, no caso concreto, tenha sido assinado um termo dito de *desistência do pedido*. Esta denominação em nada pode alterar a configuração necessária do acto de desistência num procedimento cautelar. Nem é difícil imaginar que, tendo-se dirigido o requerente à secretaria do tribunal, sem sequer o acompanhar o seu advogado, e tendo aí dito pretender desistir da providência solicitada, lhe terá sido posto à disposição, para assinatura, um impresso de *desistência do pedido*, sem que o requerente tivesse suspeitado que tal poderia ter outras implicações para além da cessação do procedimento que instaurara. Neste condicionalismo, a referência, *também impressa*, à extinção do direito que o requerente pretendia fazer valer é igualmente inadequada à natureza do procedimento instaurado, traduzindo-se numa pseudo-declaração sem qualquer eficácia.

Não estava, pois, o requerente impedido de repetir o pedido de providência cautelar que solicitara.

## V

### O PEDIDO DE PROVIDÊNCIA NÃO FOI REPETIDO

1. Com a conclusão atrás formulada poderia encerrar-se o presente parecer.

Mas, mesmo que ela não fosse correcta e o art. 387.º-1 CPC abrangesse a desistência do pedido, constata-se que o requerimento

---

<sup>(33)</sup> *Supra*, II, 2. Na acção executiva, que tem por objecto tal como a acção declarativa, uma pretensão substantiva (de satisfação) (TEIXEIRA DE SOUSA, *A exequibilidade da pretensão*, Lisboa 1991, p. 13; LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, p. 11 e nota 13), é ainda possível a desistência do pedido, tendo por objecto o direito exequendo e com efeitos directos no campo do direito substantivo. No procedimento cautelar, em que a pretensão é meramente processual (pretensão de determinado tipo de providência) (*supra*, III.1), não é configurável sequer uma desistência do pedido, isto é, da pretensão substantiva, sempre exterior ao seu objecto e permanecendo sempre incólume não obstante as vicissitudes do procedimento (cf. art. 386.º CPC).

de 22.4.93, também formulado sem que o requerente tivesse proposto a acção anunciada (com a qual não se confunde a referida no ponto I.2), não é mera repetição do requerimento de 21.9.90.

O conceito de *repetição da providência* do art. 387.º CPC é, como se viu, semelhante ao de *repetição da causa* do art. 498.º-1 CPC (*supra*, III.2), o que implica que só não pode ter lugar um novo procedimento cautelar entre os mesmos sujeitos e com o mesmo objecto (*pedido idêntico fundado em idêntica causa de pedir*).

Ora, no caso concreto, os *pedidos* formulados no primeiro requerimento e referidos sob as alíneas *a*) e *b*) do ponto I.1.1 são os mesmos das alíneas *a*) e *c*) do ponto I.3.1; os pedidos referidos nas alíneas *b*) e *d*) do ponto I.3.1, embora diversos, estão na dependência do referido sob a alínea *a*), pelo que a proibição da repetição deste resultaria em destituir aqueles de sentido; apenas o pedido referido sob a alínea *e*) do ponto I.3.1 representa alteração do referido sob a alínea *c*) do ponto I.1.1, podendo ser autonomizado dos restantes.

Quando se passa do pedido à consideração da *causa de pedir*, vê-se que a alegação quanto ao direito do requerente (à exploração da pedreira) e ao não-direito da requerida é fundamentalmente idêntica nas duas petições, mas os factos que integram o *periculum mora* são substancialmente ampliados na petição de 22.4.93, com referência a ocorrências recentes que alteraram o circunstancialismo global do caso concreto:

- Na petição de 21.9.90, é alegado tão-só que a requerida já extrairia muitas e valiosas toneladas de mármore e se preparava para incrementar a extracção, assim prejudicando o requerente, que a ela tinha direito.
- Na petição de 22.4.93, alega-se ainda que já está sob exploração mais de metade da parcela cedida ao requerente e dela foram já extraídas pela requerida, pelo menos, 20 000 toneladas, no valor de 400 000 contos (alíneas *a*) e *d*) do ponto I.3.2), o que ainda se pode considerar um mero desenvolvimento do alegado em 21.9.90 quanto à previsão da exploração futura;
- mas alega-se, para além disso, a ilegalidade, geradora de insegurança e de responsabilidade civil, bem como a forma

anti-económica, comprometedora da rentabilidade futura da pedreira, com que a requerida nos últimos tempos tem procedido à exploração (alíneas *b*) e *c*)), o que indubitavelmente constitui duas novas causas de pedir <sup>(34)</sup>.

Sendo assim, o objecto dos dois procedimentos só parcialmente coincide, pelo que não se pode dizer que o segundo requerimento é uma mera repetição do primeiro, também por esta razão falhando a verificação dos pressupostos da norma do art. 387.º-1 CPC.

## VI

### CONCLUSÕES

1. O conceito de caso julgado material não tem aplicação às providências cautelares, dado que estas constituem antecipação provisória de medidas da esfera da acção executiva, em que não se produz caso julgado (é o caso do arresto), ou da definição do direito substantivo pela sentença declarativa (é o caso das intimações). O caso julgado assenta na definição do direito e é da sua essência a preclusão de toda a discussão sobre a sua existência, o que pressupõe o elemento da *definitividade*. Isso explica que o CPC proíba a repetição da providência, independentemente do conceito de caso julgado.

2. A sentença homotória da desistência do pedido, que é um negócio jurídico de direito substantivo, produz caso julgado, tal como a sentença que aplica o direito aos factos provados.

---

<sup>(34)</sup> Quanto à primeira, na medida em que possa gerar a alegada responsabilidade civil do próprio requerente perante a D.G.G.M., dir-se-á ainda que funda a pretensão de acautelamento dum direito do requerente diverso do seu direito à exploração da pedreira: o de não lhe ser imputada uma actuação ilícita alheia. E, nesta medida, sendo diverso o direito a acautelar, também o requisito da *dependência da mesma causa* em parte falha.

É incorrecto autonomizar um efeito de *extinção* do direito deste efeito geral do caso julgado, que, aliás, não extingue, mas *preclude*. Por isso, não é correcto distinguir desistência do pedido e desistência da instância no campo das providências cautelares. Na providência cautelar não se pede a declaração do direito, mas a emissão duma medida processual que o acautela, no pressuposto da sua futura declaração. Por isso, a desistência nunca nela configura um negócio de direito substantivo, não podendo gerar caso julgado material ou extinguir direitos substantivos.

3. A desistência da providência cautelar não tem o efeito de impedir o requerimento de nova providência para acautelar o mesmo direito, seja ela idêntica ou não à anterior. O art. 387.º-1 CPC só se aplica aos casos nele indicados, isto é, quando a providência for *julgada injustificada* (ao que não equivale a homologação da desistência) ou *caducar*, quer (obviamente) quanto à responsabilidade do requerente, quer quanto à repetição da providência. A ideia é que os inconvenientes decorrentes da providência para o requerido, com base num juízo provisório sobre o direito a acautelar, deixam de se justificar quando o tribunal já anteriormente tenha deixado de dar razão ao requerente, quando o direito deste se extinguir ou quando ele tiver um comportamento negligente, o que não acontece no caso de desistência. Mesmo assim, sob pena de inconstitucionalidade da proibição da repetição quando o pedido ou a causa de pedir não coincide nos dois casos ou as circunstâncias de facto sofrem alteração, o preceito do art. 387.º-1 só se aplica aos casos de identidade de sujeitos e de objecto (pedido e causa de pedir) nas duas providências, como tem entendido o Supremo Tribunal de Justiça.

4. Só parcialmente coincidem a causa de pedir do procedimento cautelar de 1990 e a do procedimento de 1993, que é mais ampla. Logo, nunca poderia, por via do caso julgado, ser *totalmente* afastada a possibilidade de emissão da segunda providência,

ainda que o direito a acautelar seja fundamentalmente o mesmo em ambas as providências.

Este é o meu parecer.

Lisboa, Junho de 1993