

M 2014



ACTIO NEGATORIA

TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS

VITOR DIOGO LIMA ALVES

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO ORIENTADA PELO

PROFESSOR DOUTOR MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA

E APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO EM

CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICA

À Rita que sempre me acompanhou, com carinho e paciência, neste longo percurso e que sempre me apoiou na realização acadêmica;

à minha família que possibilitou, da mesma forma, a realização da minha formação;

ao meu orientador, Prof. Doutor Carneiro da Frada, que através das suas sugestões e seus conselhos sábios permitiu a escolha e desenvolvimento da presente tese;

a todos um sentido agradecimento.

Resumo

A *actio negatoria* consiste numa acção que visa prevenir a ocorrência de um ilícito. É uma acção que se enquadra na tutela preventiva dos direitos e que corresponde à acção intentada com o fim de conseguir do tribunal um reconhecimento do direito de abstenção e cumprimento da respectiva obrigação que nasce em cada indivíduo quando este realiza actos que, através de uma prognose, se avizinham contrários à lei.

Esta acção já se encontrava desenhada e teorizada, embora de forma mais restrita, no direito romano, sendo que a sua evolução foi algo díspar. Em alguns países permaneceu associada à acção em que o titular de um direito sobre determinada coisa peticiona ao tribunal a declaração da inexistência de outro direito concorrencial sobre a mesma coisa. Mas em outros ordenamentos, em especial nos italiano e alemão, a acção desenvolveu-se no sentido de negar comportamentos de iminente ingerência em terceiros.

O alargamento das situações típicas de tutela preventiva permitidas pelo legislador, no ordenamento jurídico português, a todos os direitos dos indivíduos faz jus à norma 20.º, em especial os n.ºs 1 e 5, da CRP e ao artigo 2.º, n.º 2, do CPC, completando lacunas do sistema.

Abstract

The *actio negatoria* consists in a proceeding that aims to prevent the occurrence of an illicit. It's a proceeding that fits itself in the preventive tutelage of rights and matches to the proceeding with the final goal of getting from the court a recognizance of the abstinence right e its corresponding obligation that born in each individual when he performs acts that, through a prognoses, looms conflicted with the law.

This proceeding already founded itself draw and theorized, although in a more restricted way, in Roman law, being its evolution somehow disparate. In some countries it remained associated to the proceeding in which the entitled righter of a thing petitions to the court the declaration of inexistence of a other concurrence right over the same thing. But in other systems, in special the Italian and German ones, the proceeding develop in a way of negate behaviours of imminent intromission on others.

For all of the foregoing, it appears to be to advocate the extension of typical situations of preventive tutelage allowed by the legislature, in the portuguese legal system, to all the rights of individuals, thus fulfilling the norm 20.º, in particular the no. 1 and 5, of the CRP and Article 2.º, no. 2, of the CPC, completing the gaps of the system.

Índice

Resumo	i
Abstract	i
Índice	1
1. Introdução	2
2. <i>Actio Negatoria</i> : evolução histórica	3
3. A <i>Actio Negatoria</i> e as Providências Cautelares.	7
4. A ligação com a Responsabilidade Civil	10
5. Afloramentos no Direito Português	12
5.1. Direitos de personalidade - artigo 70.º nº 2 do Código Civil	14
5.2. A Posse - Acção de prevenção, manutenção e restituição	18
5.3. Acção de prevenção de prejuízos.	19
5.4. O CPI	20
5.5. O artigo 56.º do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos	23
5.6. Acção inibitória	24
5.7. Jurisprudência	26
6. Alargamento da Figura	27
7. <i>Idem</i> : Abuso de Direito	32
8. <i>Idem</i> : nos direitos relativos	33
9. Pressupostos do direito material	37
10. Natureza jurídica da pretensão de abstenção	41
10.1. Construção Material.	42
10.2. Construção formal: Tutela processual específica	42
10.3. Conclusão	43
11. Sanção pecuniária compulsória na <i>Actio Negatoria</i>	45
12. <i>Idem</i> : alargamento no âmbito da <i>Actio Negatoria</i>	50
13. Conclusão	54
Bibliografia	58
Jurisprudência	60

1. Introdução

Actualmente, face às dinâmicas da vida corrente, facilmente se percebe que cada vez mais a violação de direitos assume proporções que são difíceis de quantificar, sendo que uma simples violação de um direito pode levar a uma cadeia de danos que é árdua de balizar. Nestes termos, fica o lesado, aquele que age em conformidade com o ordenamento jurídico, penalizado, pese embora venha a conseguir uma indemnização. Assim, parece que há uma crescente necessidade de tutelar, preventivamente, melhor os direitos das pessoas, sem ser apenas recorrer, num momento *a posteriori*, à responsabilidade civil.

Pense-se em especial nos direitos fundamentais que se encontram cada vez mais vulneráveis, e que da sua violação, por vezes, não há reparos/compensações que satisfaçam suficientemente as repercussões dos danos sofridos ao longo do tempo. Isto, quer por dificuldades de prova, quer por ser humanamente impossível prever ou reunir num momento temporal tudo aquilo que foi causado pelo evento ilícito e danoso.

Face ao exposto, pode-se concluir que existem três funções específicas correspondentes a três momentos em que a eficácia de um direito subjectivo carece de ser sustentada: após o comportamento contrário a um dever/obrigação, situação em que será preponderante a responsabilidade civil, durante a realização daquele, altura em que terá relevo não só a responsabilidade civil mas também uma possível tutela preventiva, e antes do comportamento ilícito, em que terá como protagonista a tutela preventiva. A *actio negatoria* integra-se nestes dois últimos momentos.

Todas as referidas tutelas contribuem para garantirem ou reporem as situações em que deveria ter existido cooperação espontânea pelos sujeitos passivos co-envolvidos. Pode-se dizer que procuram avaliar as situações juridicamente garantidas.

Assim, nesta dissertação, e para melhor se perceber a evolução e qual a tendência num futuro próximo, procurar-se-á investigar o surgimento da figura da *actio negatoria*, saber como era a mesma perspectivada na idade clássica, que direitos estão a ela associadas e que através dela se procuram efectivar, o seu desenvolvimento até aos dias de hoje, analisando as alterações e as carências que se apresentavam ao longo do tempo e a necessidade de mecanismos para as tutelar.

Isto porque hoje é assente que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos e que para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil

contra ameaças ou violações desses mesmos direitos. Como a evolução do direito é marcada por uma constante dinâmica continuada, e não marcada por cortes abruptos de mudança de institutos de direitos, pelo que a tutela preventiva (e *actio negatoria*) se tem vindo a manifestar lentamente. Para melhor perceber isto, será necessário perceber essa mesma evolução da *actio negatoria* e quais os direitos que visa esta efectivar, sendo que é igualmente importante perceber que direitos são capazes de potenciar tal necessidade. Assim, analisar-se-á a aplicabilidade da figura tanto no direito internacional como no nacional, esgrimindo-se em que estado se encontra aquela no ordenamento Português. É que não nos podemos olvidar que apesar de doutrinalmente poder ser possível esgrimir a figura em crise, na vida prática é necessário que a lei permita a aplicação daquilo que poderá resultar do desenrolar desta investigação.

Visto isto, nesta dissertação será descortinada a existência da *actio negatoria* e qual o direito a ela subjacente, qual a sua amplitude e se essa mesma amplitude se encontra no seu expoente máximo. Para tal proceder-se-á a um estudo da sua evolução histórica, de comparação com uma figura muito próxima, a saber a providencia cautelar, de afloramentos da *actio negatoria* no ordenamento jurídico português, de um possível alargamento da figura a outros direitos e qual a natureza jurídica do direito que fundamenta todo este desenvolvimento. Será, ainda, feita uma pequena abordagem à forma como deverá o tribunal proceder à cognição dos factos e respectivas provas apresentadas em juízo. Por último, será analisada a figura da sanção pecuniária compulsória e a sua relevância para a *actio* em análise.

2. *Actio Negatoria*: evolução histórica.

No ordenamento Romano, a *actio negatoria* consistia numa acção que visava pôr fim a uma situação de violação de direito real⁽¹⁾, em especial servidões⁽²⁾, visto serem as formas mais comuns de conflito com o direito propriedade. No entanto, aquela acção também possibilitava ao *dominus* a prevenção de ameaças ao seu direito de propriedade.

Como aludido, no parágrafo anterior, a *actio negatoria* tomava por base uma agressão ilícita ao direito de propriedade que o *dominus*, autor da acção, pretendia terminar, com

⁽¹⁾ “*De servitutis in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae usufructum pertinet, tam confessória quam negatoria: confessória ei quæ servitutem sibi competere contendit, negatoria domino que negat*”. Ou seja: “Em relação às servidões, à semelhança ao que corresponde ao usufruto, correspondem-nos as acções reais confessória e negatória: a confessória ao que pretende que lhe compete a servidão, a negatória ao dono que a nega”.

⁽²⁾ Esta acção era, e continua a ser nos dias de hoje (cfr. alínea *a*) do n.º 2 do artigo 4.º do CPC), intentado por quem pretende a declaração da inexistência de um direito real incompatível. Por outro lado, para quem pretendesse obter uma declaração judicial contrária, deveria peticionar uma *actio confessória*. Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direito privado romano*, vol. III, *Direitos reais*, Coimbra Editora, 1997, pág. 186.

fundamento no seu direito de propriedade. Visto isto, o réu, na veste de demandado, podia contrapor que a agressão não é ilícita, porque dispunha de uma causa que afastava a ilicitude de tal comportamento.⁽³⁾ O vencimento da acção por parte do autor implicava que ele fosse o titular do direito real por si invocado e, além disso, que a agressão a que foi sujeito seja qualificada como ilícita.

Esta acção protegia a propriedade nos casos em que havia uma lesão parcial, e, por isso, era igualmente utilizada pelo proprietário possuidor contra aqueles que violavam, ilícita e parcialmente, o seu direito real sob a alegação de possuir um direito real que onerasse a coisa (a título de exemplo, a pessoa que entra no terreno da outra alegando que possui o direito decorrente de uma servidão de passagem).⁽⁴⁾

A final, de forma a garantir o cumprimento da *actio negatoria* (ou, pelo menos, tentar dissuadir o incumprimento) e a prevenir futuros comportamentos ilícitos, o demandado deveria, caso assim *praetor* o entendesse, prestar a *cautio de aplus non turbando*.⁽⁵⁾

Semelhante processo ocorria para proteger a posse do possuidor que se sentisse ameaçado ou que já tivera sido esbulhado. Tal procedimento era denominado de *interdicta retinendae possessionis*.⁽⁶⁾ Inicialmente subdividiam-se conforme se tratasse de *res* imóveis ou móveis⁽⁷⁾, vindo posteriormente, com o passar dos tempos, o segundo a ser absorvido pela *interdicta* correspondente aos imóveis.

Saltando no tempo, já na época moderna, qualifica-se apenas de “negatória” a acção real que visava a declaração, por parte do Tribunal, de inexistência de um outro direito real concorrencial sobre determinada coisa. De facto, ao “titular de um direito real que seja, por qualquer forma, posto em dúvida, quer quanto à sua existência e natureza, quer quanto aos seus limites, pode sempre dirigir-se ao tribunal e conseguir uma sentença que esclareça a existência do seu direito ou a inexistência de direitos adversos. Podemos inserir aqui a acção negatória, que não mereceu expressa referência no nosso ordenamento legislado e pela qual o

⁽³⁾ Em tal eventualidade, o réu não extravasava o pedido formulado pelo autor ao contra-argumentar com a licitude do seu comportamento, meramente excepciona o carácter ilícito da agressão.

⁽⁴⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...* *op. cit.*, pág. 104. Ainda hoje se apresenta como solução possível a casos semelhantes.

⁽⁵⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direito privado...*, *op. cit.*, pág. 116.

⁽⁶⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direito privado...*, *op. cit.*, pág. 166 e ss..

⁽⁷⁾ Respectivamente, *interdicta retinendae possessionis uti possidetis* e *interdicta retinendae possessionis utrobi*.

titular de um direito sobre determinada coisa consegue que seja judicialmente declarada a inexistência de outro direito concorrencial sobre a mesma coisa”⁽⁸⁾.⁽⁹⁾

É esta a noção clássica que maioritariamente, em Portugal, acompanha a terminologia aqui em estudo, e que impede a figura de confusões com a responsabilidade civil. A terminologia tem, contudo, evoluído, alargando-se as situações que albergam, mais concretamente, a negação de comportamentos de iminente ingerência⁽¹⁰⁾ em terceiros.⁽¹¹⁾ A terminologia tem sido particularmente discutida na Alemanha⁽¹²⁾, onde o termo é mais frutuoso, e que permitiu o alargamento do tema a disposições como as dos artigos 70.º n.º 2, 1276.º e 1278.º do CC ou dos artigos 56.º CDADC e 101.º n.º 2 CPI. De facto, autores alemães, como HOHLOCH, falam do juiz, através da acção enunciada, fixar limites à liberdade de actuação do sujeito transgressor.⁽¹³⁾

No entanto, em Portugal, esta acção não está expressamente prevista de forma genérica, sendo possível encontrar, apenas, previsões avulsas referentes a determinados direitos ou interesses legalmente protegidos no ordenamento jurídico Português. Na verdade, até ao fim da Segunda Grande Guerra (1945), era dominante o pensamento que não cabia ao Estado resolver estas questões, sendo que a sua intervenção apenas devia cingir-se a questões retributivas ou ressarcitórias.⁽¹⁴⁾

Posteriormente, com a alteração do papel do Estado, começou a assistir-se a um alargamento da figura, albergando, apenas, no seu escopo situações de repetição, ou seja, era possível recorrer a esta figura quando a lesão já tivesse sido consumada e existia receio de que a mesma se pudesse repetir.⁽¹⁵⁾ Previa-se, assim, o uso desta figura para o perigo de repetição de lesão, presumindo-se, quando tal fosse possível, o perigo de uma repetição, por outras palavras, “*quando ela possa ser repetida nasce (...) como que uma presunção do perigo dessa*

⁽⁸⁾ Cfr. CORDEIRO, MENEZES, *Direitos Reais*, 1979, Lex-Edições Jurídicas, 1993, pág. 594.

⁽⁹⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direitos Reais*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 282.

⁽¹⁰⁾ “*Utiliza-se o termo ingerência no sentido técnico correspondente à situação do sujeito que cria ou mantém uma situação de perigo para certo bem jurídico (e que se constitui por isso na obrigação de remover esse perigo)*” – FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, 1994, pág. 172, nota n.º 359.

⁽¹¹⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...* op. cit., pág. 104.

⁽¹²⁾ Cfr. PEREIRA, MARIA DE LURDES / MÚRIAS, PEDRO, *Obrigação primária e obrigação de indemnizar*, para *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, disponível em <http://muriassjuridico.no.sapo.pt>.

⁽¹³⁾ HOHLOCH, *Die negatorische anspruche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht*, Frankfurt a. M., Metzner, 1976, pág. 126.

⁽¹⁴⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2009, págs. 347.

⁽¹⁵⁾ *Idem, ibidem*.

repetição”⁽¹⁶⁾. Surgia a faculdade de o ameaçado exigir a inibição desse comportamento futuro, que estará na base da acção inibitória.

Este requisito foi, entretanto, afastado, sendo algo incongruente, até, a sua previsão, já que pretendia-se prevenir um comportamento ilícito futuro e para tal era necessário àquele que pretendesse usar este meio processual esperar que fosse lesado para, depois, dele fazer uso. Olvidavam-se as situações, inclusive, em que, pela sua natureza, o bem ou o interesse legalmente protegido não pudesse ser ameaçado outra vez. Existia um “re-desaproveitamento” da potencialidade protectora da acção negatória. O recurso a esta acção destinada a afastar uma primeira lesão iminente será a visão mais correcta.⁽¹⁷⁾

Será ainda perceptível que a acção negatória, o que advém já dos tempos clássicos⁽¹⁸⁾, nomeadamente do Direito Romano, poderá incluir duas situações que a doutrina distingue: em primeiro, uma acção destinada a prevenir uma ameaça através da adopção de medidas idóneas a interromper o nexo de causalidade e, em segundo, uma acção destinada a terminar com um estado de desconformidade⁽¹⁹⁾, ou seja, a terminar “*um evento ilícito que ainda não se tenha exaurido por completo*”⁽²⁰⁾.

Em Portugal, e tomando esta evolução terminológica aqui descrita⁽²¹⁾, a lei apenas consagra textualmente duas situações: acções preventivas do ilícito, que correspondem às acções inibitórias⁽²²⁾, e acções preventivas do dano, isto é, as providências cautelares.⁽²³⁾ Esta tutela preventiva contra o perigo de comportamento ilícito seria sempre garantida pelo artigo 20.º n.º 1 CRP, mesmo que não houvesse lentidão processual, essa sim, fonte de *periculum in mora*.⁽²⁴⁾ Nesta fase desta dissertação, está-se perante uma acção negatória que se destina a afastar fontes de perigo de lesão de direitos absolutos. A situação mais modelar desta acção é a denominada acção de prevenção⁽²⁵⁾, relativa à da posse. Trata-se de uma faculdade com carácter preventivo que permite ao possuidor reagir contra ameaças de lesão.

⁽¹⁶⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, 2002, página 262.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 104.

⁽¹⁸⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 380 e ss..

⁽¹⁹⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 371 e ss..

⁽²⁰⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 376.

⁽²¹⁾ Evolução essa mais característica da Alemanha. Em Portugal, tal como supra-mencionado, a acção negatória ficou-se pela acção simples apreciação negativa relativa à existência de um direito real incompatível com o do autor.

⁽²²⁾ Cfr ponto 5..

⁽²³⁾ Embora parece ser possível afirmar que “a tutela inibitória parece integrar o campo de aplicação da tutela cautelar, pois qualquer perigo de dano é, por inerência e salvo excepções legais, um perigo de ilícito” - PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 465.

⁽²⁴⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 541.

⁽²⁵⁾ Cfr. artigo 1276.º do CC.

No direito anglo-saxónico as *injunctions*, que terão correspondência com as acções preventivas aqui descritas, não distinguem entre prevenção de ilícito e prevenção de dano na sua causa de pedir. Nestas acções, o juiz impõe uma abstenção (*injunction*) ou um comando de actuação (*mandatory injunction*). Este comando, positivo ou negativo, tanto poderá pôr fim a uma situação anterior à violação como pôr termo a uma actual.⁽²⁶⁾

De notar que existe, também, esta *divisio* nos mecanismos utilizados nos sistemas romano-germânicos. Ou seja, ao lado da *actio* foi-se desenvolvendo o *interdictum* do pretor, que se veio a consolidar com os tempos. Razões pelas quais existe, hoje, a oposição entre a *Actio Negatoria* e a Acção Cautelar.⁽²⁷⁾

3. A *Actio Negatoria* e as Providências Cautelares.

Importa aqui uma referência a esta figura do Direito. Face a tudo aquilo que foi aqui descrito, parece que estas providências apresentam uma grande similitude com a acção até aqui em destaque. Sem dúvida que ambas, perante uma situação de perigo de lesão oferecem uma protecção quase idêntica. Na verdade, a função preventiva de uma será sempre semelhante ao da outra⁽²⁸⁾, assim como a sua ocorrência temporal, isto é, ambas terão lugar numa linha temporalmente anterior ao (possível) evento que se visa prevenir.⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾ No entanto, nada impede que uma seja mais ampla que a outra ou, se quisermos, mais restrita que a outra. Isto porque, como escreve TEIXEIRA DE SOUSA, na “*acção principal há que apreciar os factos constitutivos da situação jurídica alegada; no procedimento cautelar (...) importa averiguar os fundamentos da necessidade de composição provisória*”⁽³¹⁾. É por estas razões que uma providência cautelar não faz caso julgado⁽³²⁾ em relação à acção principal, nem há litispendência entre ambas, seja qual for a ordem da sua pendência. Mesmo numa providência cautelar antecipatória, apesar de haver uma aparente identidade no pedido deduzido ou vantagem concreta, não se gera litispendência para uma actual ou futura acção principal, sendo que o inverso também é verdadeiro.⁽³³⁾

⁽²⁶⁾ Mesmo é dizer, como daqui é dedutível, terminar ou prevenir uma situação de desconformidade.

⁽²⁷⁾ *Idem*, pág. 541, nota 2186.

⁽²⁸⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 125.

⁽²⁹⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 599 e ss., nota 703.

⁽³⁰⁾ Sem prejuízo de o objectivo ser terminar repetições ou estados contínuos de lesões.

⁽³¹⁾ SOUSA, TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, 1997, pág. 232.

⁽³²⁾ Desconsidera-se aqui o artigo 16.º do RCPE e toda a problemática que o envolve.

⁽³³⁾ PINTO, RUI, *Critérios judiciais de convalidação não homogênea pelo art. 16º do Regime Processual Civil Experimental*, in *Colectânea de estudos de processo civil*, Coimbra Editora, 2013, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt>.

Há vários aspectos que ligam esta acção com a *actio negatoria*. Na verdade, o *jus* (direito) de que se pede o *fumus* (aparência) é o mesmo na providência cautelar e na *actio negatoria*, ou seja, na acção principal. Portanto, haverá uma coincidência parcial entre as duas causas de pedir (cautelares e principal), respeitante ao direito que é objecto de cada uma das tutelas. Alguns autores⁽³⁴⁾, em especial na Itália, chegam mesmo a afirmar que a diferença estaria no facto de que na providência cautelar a cognição do caso é sumária e cisar-se-á uma tutela provisória, ao passo que na acção final a cognição é plena e estar-se-á perante uma tutela definitiva.

No entanto perfilha-se, aqui, que a causa de pedir cautelar e a causa de pedir da acção principal são diferentes mas, ao mesmo tempo, comungam de certos elementos constitutivos.

Efectivamente, no requerimento de uma providência urgente para perigo de dano têm de ser alegados, e posteriormente provados, dois grupos de factos. No que diz respeito ao primeiro terão de ser expostos os factos comuns aos invocados na acção principal: factos relativos à titularidade de um direito ou “*situação subjectiva para a qual se requer a cautela*”⁽³⁵⁾.

A exigência da demonstração destes factos estrutura os sistemas cautelares sob a designação de *fumus boni iuris* ou de *Arrest-* ou *Verfügungsgrund*.

Na verdade, a expressão latina contém dois enunciados: um enunciado relativo à prova — basta um *fumus*, *Glaubhaftigkeit* ou juízo de verosimilhança — e um enunciado relativo ao objecto dessa prova — um *bonus ius*, ou seja um direito ou situação jurídica merecedores de tutela nos termos gerais do artigo 20.º, n.º 1 da CRP. Esses factos constitutivos da titularidade do direito devem ser alegados e demonstrados à semelhança do que sucederá na eventual acção futura relativa ao mesmo direito. A única e significativa diferença é, como se sabe, o modo sumário ou *summaria cognito* com que essa actividade tem lugar nos procedimentos cautelares.

O segundo grupo são factos diferentes dos invocados na acção principal: factos integrativos do perigo e idóneos, segundo um critério de causalidade, a provocar um dano para esse mesmo direito, dano que é futuro.

O dano 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

⁽³⁴⁾ Cfr. CECHELLA, *Il processo cautelare. Comentario*, Giappichelli, 1997, 94 ss

⁽³⁵⁾ CARPI, *La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, RDP 40/1, 1985, pág. 707.

produzir dano ou continuará a produzir dano - por exemplo, uma venda de património, uma gestão ruínosa, o estado de saúde precário.

Estes factos são relevados em cumulação funcional com os primeiros, como um *periculum* dito *in mora* ou *Arrest-* ou *Verfügungsgrund*. Não basta alegar um *bonus ius* sem se alegar perigo para o mesmo, tal como não basta alegar um *periculum in mora* sem se alegar um direito sobre o qual este recaia.

A necessidade da alegação e demonstração do segundo grupo de factos é claramente o elemento distintivo da tutela cautelar, já que este está arredado da causa de pedir da acção principal seja esta plena ou antecipatória, ao contrário do *bonus ius*.

Há aqui uma semelhança de factos a provar, dos quais apenas o *periculum in mora* não relevará na acção final.

As duas grandes diferenças entre estas acções serão que as negatórias são autónomas, ou seja, não dependem de uma acção que venha a ser intentada posteriormente, tal como é necessário nas providências cautelares, e tem por objecto a prevenção da ocorrência do ilícito, ao passo que as providências cautelares visam a consequência danosa adveniente desse ilícito. Com efeito, só assim se poderia também acautelar definitivamente uma situação de potencial perigo. Imagine-se aquele que mina no seu terreno. Este fá-lo-á nos seus poderes de domínio sobre a coisa. Uma providência cautelar seria possível, e desejável. Contudo, uma acção independente, como se afigura a *actio negatoria*, terá de se seguir, sob pena de os efeitos pretendidos não surtirem efeito útil, apenas adiando a continuação da actividade ameaçadora.⁽³⁶⁾ É uma solução similar à existente na Itália.⁽³⁷⁾

“A esta luz, a acção principal é qualquer acção em que se realiza a própria afectação do bem jurídico em termos subjectivos: na definição de SCHWONBERG, um “processo legalmente reconhecido” capaz de produzir uma “decisão autónoma e independente” e em que a “pretensão existente possa ser realizada”. Por seu lado, acção cautelar é aquela em que realiza a obrigação de não ingerência que seja *conditio sine qua non* daquela mesma realização. Entre uma e outra há uma instrumentalidade de normas e de efeitos de tutela”⁽³⁸⁾.

A importância desta possibilidade de cumulação de providência cautelar e *actio negatoria* é evidente. Sem a primeira, o titular do direito ameaçado veria o seu direito a ser lesado, ainda que intentasse contra o lesante uma acção negatória com vista à decretação de

⁽³⁶⁾ PINTO, RUI, *Critérios...*, *op. cit.*.

⁽³⁷⁾ Cfr. CECHELLA, *Il processo...*, *op. cit.*, págs. 94 ss..

⁽³⁸⁾ PINTO, RUI, *Critérios ...*, *op. cit.*.

inibição de tal comportamento. Esta acção viria inclusive a terminar por inutilidade superveniente⁽³⁹⁾, caso o comportamento ilícito se exaure instantaneamente.

Quanto à providência cautelar a adoptar, ela poderá assumir a forma de especificada ou não especificada, conforme o fim visado seja alcançado com as providências existentes no código ou haja necessidade de outras, cabendo ao tribunal tal juízo.⁽⁴⁰⁾

4. A ligação com a Responsabilidade Civil.

A responsabilidade civil, independentemente de quem a perspectiva de forma unitária ou diversificada, pode desempenhar várias funções⁽⁴¹⁾, como, por exemplo, a ressarcitória, a retributiva, a preventiva e/ou a (re)distributiva. Aquela que se apresenta como a mais importante das *“funções da responsabilidade civil é a ressarcitória, destinada a eliminar um dano, ora mediante a restauração natural, ora através de um equivalente indemnizatório, ora, nos danos não patrimoniais, por via (stricto sensu) compensatória”* ⁽⁴²⁾.⁽⁴³⁾

Pese embora a função ressarcitória se afirmar como a principal função da responsabilidade civil, deve-se, em todo o caso, ter em atenção as outras funções. Por exemplo, o sentido de uma função retributiva⁽⁴⁴⁾, ligada à violação de *regulae agendi*, onde a indemnização poderá extravasar o mero ressarcimento do dano, visando assim punir o lesante. A função social (re)distributiva que se articula com o mecanismo do seguro. E, principalmente

⁽³⁹⁾ Cfr. artigos 362.º, 364.º e 369.º do CPC.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. artigo 362.º e 376.º e ss. do CPC.

⁽⁴¹⁾ Cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Almedina, 2010, pág. 64.

⁽⁴²⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁴³⁾ Veja-se ainda a este propósito, PESSOA, JORGE, *Ensaio Sobre Os Pressupostos Da Responsabilidade Civil*, pág. 52, onde afirma *“A função primária da responsabilidade civil é reparadora”*, justificando que *“a existência de prejuízos apresenta-se como pressuposto indispensável e, mesmo nos casos em que na graduação da indemnização se atende à gravidade do ilícito, nunca tal graduação vai ao ponto de determinar indemnização superior aos prejuízos sofridos; também esta preocupação de evitar que a indemnização determine um enriquecimento da vítima, se encontra no instituto da compensatio lucri cum damno”*.

⁽⁴⁴⁾ A finalidade retributiva/punitiva, cujas fronteiras em relação à preventiva são inseguras, assinala CARNEIRO DA FRADA, muito em resumo, que, em tese, *“só haverá motivo para uma rejeição liminar de indemnizações punitivas dentro do pressuposto de que o fim da norma cuja infracção é sancionada com a indemnização se esgota em permitir ou desencadear a função reparatória da responsabilidade”* ⁽⁴⁴⁾. Mas, acrescenta, a perspectiva *“de que a responsabilidade civil se encontra ao serviço da protecção dos bens em geral, desejavelmente eficiente, abre-lhe espaço”* – FRADA, CARNEIRO DA, *Direito Civil... op. cit.*, pág. 66.

Sobretudo quando o impacto danoso da acção ilícita nas esferas individuais é ínfimo ou inexistente – pense-se na tutela de certos interesses colectivos ou difusos – e se verifica que tais interesses se revelam insuficientemente acautelados, quer pelo direito penal, quer, por exemplo, por mecanismos não individuais de defesa (por exemplo, atribuindo a associações representativas de tais interesses legitimidade para a sua defesa), urgindo por isso reforçar a sua protecção. No entanto, o reconhecimento de uma função punitiva pode abrir uma caixa de Pandora. Deste modo, ele só deveria discutir-se dentro de pressupostos e termos devidamente definidos: uma função punitiva é, à partida, estranha ao direito positivo português (cfr. o teor do art. 483 n.º 1 e do art. 798 do CC).

ao que nesta dissertação interessa, a função de prevenção, que aflora em algumas soluções legais, mormente nas que consagram a existência de responsabilidade civil por infracção de regras de agir.

De relevo, e para o que aqui interessa, afigura o seguinte: a forma como estas funções da responsabilidade civil interagem, assim como o modo como elas se configurem e harmonizem, tem directo impacto na determinação do montante indemnizatório. De acordo com a visão tradicional, a função preventiva não pode suplantar a função ressarcitória, movendo-se dentro dos limites (máximos) que esta última consente. *“No entanto, dentro de um entendimento da responsabilidade civil como instituto dirigido à protecção dos bens atribuídos pelo Direito, não se pode justificar axiomáticamente a restrição da indemnização ao espaço consentido pela finalidade reparatória. Essa finalidade tem de coordenar-se, afinal, com outros objectivos da ordem jurídica como sejam o respeito efectivo da liberdade individual, o funcionamento do mercado, etc.. As consequências jurídicas moldar-se-ão em conformidade. Será uma tutela adequada dos bens a determinar as consequências jurídicas, quer nos seus pressupostos, quer no seu conteúdo (quanto ao montante indemnizatório)”*⁽⁴⁵⁾.

Relativamente à finalidade preventiva, é certo que esta não chega por si para justificar a indemnização, já que o risco de perigo ou a ameaça de um direito não desencadeia por si essa obrigação – razão pela qual a dimensão preventiva da responsabilidade civil se subordina, para efeitos indemnizatórios, aos requisitos gerais da responsabilidade civil –, porém a autonomização da função preventiva relativamente à ressarcitória, ou reparadora, permite o desenvolvimento da tutela que a responsabilidade civil proporciona no sentido da admissibilidade genérica de pretensões destinadas a evitar o dano antes que ele ocorra, perante a ameaça séria de lesão de uma posição ou interesse juridicamente protegido.

Na Alemanha, alguns autores tomam a opção de nos seus manuais inserir no capítulo da responsabilidade civil a matéria das pretensões negatórias, sucessoras da *actio negatoria* romana.⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ Estas respeitam aos deveres primários. Os autores que não a afastam da responsabilidade civil, de qualquer modo, prescindem do requisito da culpa na negatória e afirmam que se trata aqui, essencialmente, de afastar a fonte primária de perturbação. Notemos que já não se cuida de reagir a um dano, portanto de responsabilidade civil. A única ligação com a responsabilidade civil resulta dos direitos subjectivos que se visam proteger serem os

⁽⁴⁵⁾ Cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Direito Civil... op. cit.*, pág. 65.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direito privado...*, *op. cit.*, pág. 116.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito civil. Reais*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 1993, págs. 432 a 434.

mesmos. Existe, por isso, a visão de que para cada disposição de responsabilidade civil haverá, igualmente, uma pretensão de abstenção/inibitória.⁽⁴⁸⁾ Afirmava-se que o sujeito que tivesse iniciado uma acção danosa estaria igualmente obrigado a não continuá-la. A reparação de danos e a não realização de actos ilícitos andariam sempre próximos, enquanto direitos obrigacionais.⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

Na França, semelhante raciocínio se faz, invocando-se o artigo 1382.º do CC francês⁽⁵¹⁾ como fonte de pretensões inibitórias, quer *ab initio* quer a situações de desconformidade.⁽⁵²⁾

Em Inglaterra, as *injunctions*, na vertente em que aqui se descreve a *actio negatoria*, funcionam como um *remedy* a par da responsabilidade civil (*damages*).⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾

Mas como já se foi deixando pistado, a ligação com a responsabilidade civil é óbvia, há um ponto comum que são os direitos e interesses juridicamente protegidos, mas não passa disso. A integração da pretensão inibitória que surge destas situações absolutamente protegidas na tutela da responsabilidade civil não parece correcta. Estas pretensões encontram-se num plano prévio à responsabilidade civil, num plano onde ainda não há dano nem se procura obter um ressarcimento.⁽⁵⁵⁾

Há, isso sim, um elemento comum que é a ilicitude. A norma de responsabilidade civil associa aos actos ilícitos um dever de indemnizar, exprimindo também um princípio de proibição desse acto. Daqui retira-se a exigência de abstenção da prática de tais actos, relevando, portanto, a ilicitude, de forma autónoma dos requisitos de responsabilidade civil, como proibição de ingerência ilícita na esfera alheia.⁽⁵⁶⁾

5. Afloramentos no Direito Português.

Actualmente, e face ao Direito Português vigente, não existe uma acção negatória, nos termos aqui tratados, que abranja todos os direitos absolutos. De facto, apenas é possível retirar expressamente de alguns preceitos uma faculdade de exigir determinados comportamentos

⁽⁴⁸⁾ CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, 13.ª Edição, Beck, 1994, págs. 673 e ss..

⁽⁴⁹⁾ Acórdão do Reichsgericht (Supremo Tribunal Imperial Alemão) de 11 de Abril de 1901.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 443.

⁽⁵¹⁾ “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” (“Qualquer facto oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar esse dano” – tradução livre).

⁽⁵²⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 443.

⁽⁵³⁾ Cfr. BEAN, DAVID, *Injunctions*, Thomson/Sweet & Mawell, 2004, pág. 4.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 443.

⁽⁵⁵⁾ *Idem*, pág. 444.

⁽⁵⁶⁾ *Idem*, pág. 445.

numa situação em que somente existe uma ameaça. Por vezes só em determinadas situações concretas existe essa possibilidade.

Casos característicos, e exemplificativos, são os artigos 70.º n.º 2, 1276.º, 1278.º, 1346.º, 1347.º e 1348.º do CC, 101.º n.º 2, 258.º, 304.º-N do CPI, 56.º do CDADC, a directiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho⁽⁵⁷⁾, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro⁽⁵⁸⁾ e o artigo 389.º n.º 1 alínea b) do

⁽⁵⁷⁾ A referida lei, também conhecida como lei da defesa do consumidor, assegura o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas que lesem os consumidores. A lei, posteriormente elenca alguns pontos de particular relevo, como a saúde e segurança física do consumidor, a prevenção de cláusulas gerais proibidas (pese embora esta esteja também abrangida pela lei discutida no ponto posterior) e condutas que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

Determina ainda a lei em apreço que “a decisão especificará o âmbito da abstenção ou correcção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta”. A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

Após o trânsito em julgado, deve a decisão condenatória ser publicitada e registada para que possa ser conhecida por todos os consumidores, já que a todos interessará.

Por fim, a lei remete a questão das cláusulas contratuais gerais para o diploma próprio.

⁽⁵⁸⁾ O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, trata do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Este diploma mantém-se em vigor até hoje, embora com alterações. São cláusulas gerais aquelas que são “*previamente redigidas por uma das partes (ou até por terceiro), sem que a outra parte possa alterá-las*”⁽⁵⁸⁾ e são “*são previamente redigidas para um número indeterminado de pessoas*” – Cfr MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*, in ROA – Ano 62 – Vol. I, 2002, disponível em www.oa.pt. Como estes contratos colocam o aderente (assim denominado a contraparte, uma vez que esta não possui capacidade para alterar tais cláusulas gerais, apenas podendo a elas aderir) numa posição muito vulnerável, veio o legislador criar este regime jurídico para “nivelar” as partes intervenientes em contratos com cláusulas deste tipo.

No vasto leque de normas destinadas àquele fim, o legislador prevê, no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro uma acção inibitória, que, tal como afirma PINTO MONTEIRO, tem finalidades preventivas.– “*O legislador consagrou, igualmente, como forma complementar de tutela do aderente, uma acção inibitória (no capítulo dedicado às disposições processuais) com finalidades preventivas (hoje, arts. 25.º e ss).*” – MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *O novo regime...*, op. cit. e cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág. 474, nota 890.

Da norma percebe-se que tem legitimidade activa para a interposição destas acções associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos e o Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado – artigo 26.º n.º 1. Parece que esta medida é algo restritiva, já que o particular, que se encontra numa posição frágil, é fragilizado ainda mais ao não poder agir preventivamente, pese embora se possa afirmar que é-lhe possível actuar, só que por intermédio de um terceiro. Note-se que o interesse em jogo é um interesse de toda a comunidade, sendo que como o particular integra esta. Assim, à semelhança da acção popular, deveria também ser possível aos particulares terem a iniciativa processual, ainda que beneficie outros. Note-se, a este respeito, a incoerência da lei que afirma que as entidades com legitimidade activa (na acção inibitória tal como regulada pelo diploma em mote) fazem valer um direito alheio pertencente aos consumidores – artigo 26.º n.º 2. Parece que melhor seria se a legitimidade activa estivesse também entregue aos consumidores. Relativamente à legitimidade passiva, a acção pode ser intentada contra quem proponha contratos que predisponham de cláusulas contratuais gerais, que as incluam ou aceitem propostas feitas nos seus termos e contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros. Importante ainda é o facto de a acção poder ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que utilizem as mesmas, ou idênticas, cláusulas contratuais gerais – artigo 27.º.

Aspectos importantes há a ter em consideração no que cabe à decisão final. São eles os seguintes: a possibilidade de o autor requerer a publicidade a dar à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, a possibilidade de proibições provisórias que segue termos semelhantes aos dos procedimentos cautelares não especificados e, por fim, a possibilidade de ao demandado ser-lhe aplicado uma sanção pecuniária

CT⁽⁵⁹⁾.⁽⁶⁰⁾ Contudo, nesta dissertação apenas será dado espaço aos preceitos mais relevantes para o estudo que se propôs a realizar.

5.1. Direitos de personalidade - artigo 70.º n.º 2 do Código Civil.

No artigo 70.º n.º 2 do CC está prevista a possibilidade para quem, seja ela pessoa singular ou colectiva, se sinta ameaçada ou ofendida nos seus direitos de personalidade requerer as providências preventivas adequadas às circunstâncias. O fim será o de evitar a consumação da ameaça, a prática de um acto ilícito⁽⁶¹⁾, ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, independentemente de indemnização civil.

Ora, o que interessa aqui, essencialmente, é prevenir a lesão. Está incita uma ideia de prevenção, de uma função preventiva do Direito Civil, nos direitos de personalidade, sendo facilmente observável uma prevalência da função preventiva, em detrimento da ressarcitória. É que a lesão de direitos de personalidade *“acarreta danos que, pela sua natureza não*

compulsória. Neste último caso, importantíssimo como adiante se verá, a sanção ser-lhe-á aplicável por cada vez que o demandado vencido infringir a obrigação de se abster de utilizar, ou de recomendar, cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição por decisão judicial – artigo 27.º.

Nos termos do artigo 32.º, a decisão aproveita terceiros que se encontrem perante cláusulas contratuais gerais em tudo análogas, isto *“porque o interesse social deste tipo de acções transcende o mero interesse do caso litigado para poder ser invocado por terceiros; de outro modo, pouco seria o alcance de uma acção que visa a protecção indeterminada de consumidores/aderentes que possam ser afectados pela utilização das ccg que se pretendem eliminar”* – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 2011, processo n.º 854/10.2TJPR.T.S1..

⁽⁵⁹⁾ O artigo 389.º n.º 1 alínea b) do CT prevê a possibilidade de um trabalhador ilicitamente despedido reintegrar o estabelecimento em que o mesmo laborava (contudo o artigo 391.º do CT permite ao trabalhador optar entre a reintegração ou a substituição da mesma por uma indemnização. O mesmo é previsto para o empregador, ou seja, o empregador pode igualmente peticionar o pagamento de uma indemnização ao trabalhador em detrimento da sua reintegração - artigo 392.º do CT). Através de uma leitura do preceito, conclui-se estar-se perante uma situação em que o Direito expressamente denota a existência de um estado de desconformidade, pretendendo pôr fim ao mesmo. Assim, o trabalhador ilicitamente despedido pode ver o tribunal a condenar o empregador (conforme o peticionado) a reintegrá-lo, ou seja, a pôr um fim a um estado de desconformidade, de ilícito contínuo, que fere o contrato celebrado entre aquelas partes. Em última análise, o Tribunal reconhece a validade do contrato celebrado no sentido de que os efeitos nele previstos ainda perduram, ainda vinculam as partes e a lei laboral. É por isso que se obriga o empregador *“a consentir e a tolerar a reentrada do trabalhador na empresa”*, sendo que *“a reintegração visa não só a cessação, no primeiro dia, do ilícito cometido, pelo empregador, como também a sua não renovação ou repetição no(s) dia(s) seguinte(s), salvo se tiverem surgido, entretanto, factos novos”* – SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág. 491.

⁽⁶⁰⁾ No Direito Administrativo é possível perceber como o legislador se preocupa com a prevenção de ilícitos, tutelando preventivamente os direitos. No artigo 109.º e ss. do CPTA está prevista, no título dos processos urgentes, uma intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias em que o tribunal deve decidir de forma célere a questão colocada, sendo que (e caso se venham a verificar os respectivos pressupostos de procedência) deverá condenar a Administração na *“adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia”* – 109.º n.º 1 do CPTA – sendo que a *“intimação também pode ser dirigida contra particulares, designadamente concessionários, nomeadamente para suprir a omissão, por parte da Administração, das providências adequadas a prevenir ou reprimir condutas lesivas dos direitos, liberdades e garantias do interessado”* – 109.º n.º 2 do CPTA. É assim claro que a preocupação de tutelar preventivamente os direitos é algo comum aos vários ramos do Direito.

⁽⁶¹⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume I, Coimbra Editora, 2000, pág. 87.

patrimonial, são compensáveis mas não indemnizáveis, assim acentuando a idoneidade da tutela ressarcitória deste ilícito. (...) E porque os direitos de personalidade são direitos pessoais, de conteúdo e função não patrimonial, a sua adequada e eficaz tutela passa pela prevenção do acto ilícito lesivo e não pela repressão e remedeio da violação. Por isso, é imprescindível a condenação inibitória...”⁽⁶²⁾.

O texto do código não ilustra quais as providências que se podem tomar, mas o Código Processo Civil prevê um processo especial⁽⁶³⁾ dedicado à tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial. Embora sejam poucos os artigos destinados a concretizar as ditas providências, deles se pode extrair a mesma ideia preventiva. De facto, é possível intentar tal acção de forma a impedir o uso prejudicial do nome e evitar a consumação de qualquer ameaça à personalidade física ou moral.

Permitem as ditas normas do CPC concluir que sempre que se queira prevenir a ameaça de consumação ou atenuar a concretização de uma lesão a direitos de personalidade, o procedimento a seguir será o das providências previstas na parte jurisdição voluntária do CPC, nomeadamente a prevista nos artigos 878.º e 879.º⁽⁶⁴⁾. Por outro lado, quando se procure “lançar mão dos mecanismos próprios da responsabilidade delitual”⁽⁶⁵⁾ tal “*implica o uso da via do processo ordinário*”⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾.

Num acórdão do STJ⁽⁶⁸⁾, veio este Tribunal afirmar o seguinte: “*Sempre se dirá ainda o seguinte: para que tais “providências” pudessem ser decretadas, nos limites substantivos e adjectivos traçados, nunca se poderia abdicar da verificação do elemento “dano”. Como este não ficou provado, a ser respeitado o ritual processual referido, nunca as mesmas poderiam ser decretadas*”. Este excerto parece apenas coadunar-se com parte dos artigos mencionados. Com efeito, a vertente preventiva das normas é incompatível com a existência de dano. O que se pretende com as providências cautelares, nesta vertente da norma, é prevenir o ilícito, daí que considerar um requisito de procedência a prova de um dano é incoerente. Já assim não o será se se exigir a prova de um comportamento (ou falta dele) capaz de produzir (ou evitar) tal

⁽⁶²⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1995, pág. 465 e ss...

⁽⁶³⁾ Anteriormente o referido processo integrava os procedimentos de jurisdição voluntária. Ora, tendo em conta a definição dada a estes procedimentos, parece que agora a sistematização deste mecanismo é bem melhor, já que não parece ser de integrar este na ideia de ambas as partes procuram o mesmo fim. (confirmar)

⁽⁶⁴⁾ Correspondem aos antigos artigos 1474.º e 1475.º do CPC

⁽⁶⁵⁾ Cfr. NETO, ABÍLIO, *Código Processo Civil Anotado*, 23.º Edição, Ediforum, 2011, pág. 1481.

⁽⁶⁶⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ Em certos casos o processo a usar poderá corresponder ao denominado processual experimental (cfr. Decreto-Lei n.º 108/2006 de 8 de Junho).

⁽⁶⁸⁾ Acórdão do STJ de 20 de Junho de 2007, processo n.º 07A2022.

dano, já que este, normalmente, segue-se da prática de um ilícito (todavia tal pode não acontecer, já que pode existir dano sem ilícito e vice-versa). Contudo este aspecto traz à colação outro problema: a causalidade como probabilidade ou possibilidade. Tema que será posteriormente debatido.

É precisamente esta linha de pensamento que encontramos na doutrina. Na verdade, “o recurso às providências de protecção fundamenta-se na ilicitude da conduta e é independente da alegação e prova em juízo de culpa do recorrido”⁽⁶⁹⁾. Como conclui ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “as referidas providências são autónomas e não dependem, portanto, de uma acção principal, como sucede com as providências cautelares”⁽⁷⁰⁾. Devem ainda considerar-se dentro do espírito destas providências de protecção aquelas que visem pôr fim a uma ofensa actual e contínua, ou seja, a estados de desconformidade.⁽⁷¹⁾

A título de exemplo de acções de prevenção total podem-se enumerar as seguintes: apreensão de documento ou ficheiro, proibição de acesso a ficheiro, documento ou base de dados, proibição de publicação de documentos, ficheiros, cartas ou outro escrito confidencial e/ou privado, condenação na abstenção de publicação ou divulgação de factos, supressão de passagens em livros, filmes e outros documentos, etc.. Todos os exemplos aqui dados são idóneos a prevenir totalmente a ofensa a estes direitos, mas alguns são também capazes de atenuar ofensas já perpetradas. Caso da supressão de passagens em livros, filmes, notícias e outros documentos, retracção pública, proibição de obras nocturnas devido ao ruído⁽⁷²⁾, etc., são todas medidas capazes de atenuar lesões efectuadas mas que ainda assim não são capazes de impedir que o comportamento ilícito continue, que cesse por completo. Neste sentido pode-se dizer que também incorporam a vertente preventiva aqui em estudo. Ainda, e por fim, é de notar que o legislador permite, aqui, ao julgador aquilo que OLIVEIRA ASCENSÃO⁽⁷³⁾ denominou como “*autorização em branco*” na escolha das providências. Ou seja, as providências aqui enumeradas são alguma das possíveis, mas será lícito que o julgador use outras, mesmo quando em geral elas só são restritivamente admitidas (como a sanção pecuniária compulsória).

Um aspecto ainda não focado mas de extrema relevância é a palavra “*adequadas*” que encontramos no texto da lei. Há, portanto, uma referência clara ao princípio da

⁽⁶⁹⁾ Cfr. ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil: (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, pág. 71.

⁽⁷⁰⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁷¹⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil...*, volume I, *op. cit.*, pág. 88.

⁽⁷²⁾ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Março de 1960, in *Jurisprudência de Relações*, 6.º, 225. Importante ressaltar aqui que esta preocupação em evitar, ou interromper, práticas ilícitas já remonta aos anos 60.

⁽⁷³⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil...*, volume I, *op. cit.*, pág. 88.

proporcionalidade. A providência a tomar terá de ser proporcional ao objectivo a alcançar, determinado perante as circunstâncias do caso concreto.⁽⁷⁴⁾ Assim, àquele que apresenta comportamentos que ameaçam a protecção conferida a cartas confidenciais não deve ser impedido de consultar todos os dados públicos relativos àquela pessoa, como, por exemplo, a obtenção certidão registo civil. Mais, a acção negatória deverá ser substituída por outra acção no caso de esta se apresentar mais adequada a atingir o fim pretendido, ainda que o fim seja prevenir um comportamento ilícito. Imagine-se que para o caso concreto uma acção de simples apreciação⁽⁷⁵⁾ negativa se apresenta idónea ao fim supra ilustrado.⁽⁷⁶⁾ De facto, em várias situações a simples declaração do direito é idónea para afastar um comportamento ameaçador trazido pela incerteza da existência/titularidade do direito.⁽⁷⁷⁾

Com esta acção, que é autónoma, é possível, para casos de urgência, que são a maioria dos casos, intentar uma providência cautelar. Teremos aqui duas acções similares mas com fins diferentes: a prevenção de danos e a prevenção do ilícito. A diferença será o carácter instrumental da providência cautelar em relação à *actio negatoria*, que será a principal. De notar que as providências cautelares que aqui se podem intentar não têm de ser não especificadas. De facto, se aquilo que se pretende couber numa providência cautelar especificada, deverá essa ser utilizada. Por exemplo, imagine-se aquele que possui uma carta confidencial que não lhe pertence e que se prepara para a divulgar ou noticiar – a providência cautelar de restituição provisória da posse⁽⁷⁸⁾ será idónea para o fim pretendido. Ainda a suspensão de deliberações sociais contrárias às disposições legais reguladoras de direitos de personalidade⁽⁷⁹⁾.

Com a acção negatória poderá ser cumulada uma acção de indemnização.⁽⁸⁰⁾ Há quem defenda que neste ponto a acção a intentar apenas poderá ser ou de atenuação da lesão e de indemnização por factos ilícitos⁽⁸¹⁾.⁽⁸²⁾ No entanto, não parece fazer sentido tal entendimento

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil...*, volume I, *op. cit.*, pág. 87.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. artigo 4.º n.ºs 1 e 2 alínea a) do CPC. Neste tipo de acções é pedido ao tribunal a declaração de existência ou inexistência dum direito (como se é ou não proprietário de determinado prédio) ou dum facto jurídico (celebração válida ou inválida de determinado contrato) - cfr. FREITAS, LEBRE DE / PINTO, RUI / REDINHA, JOÃO, *Código Processo...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos...*, *op. cit.*, pág. 73.

⁽⁷⁷⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 365 e ss.. Afirma o autor, e bem, que este tipo de acção é também idónea a desempenhar uma função preventiva, e desta feita a afastar perigos de ingerência.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. artigos 393.º a 395.º do CPC.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. artigos 396.º a 398.º do CPC.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...* *op. cit.*, pág. 102, nota n.º 4.

⁽⁸¹⁾ Cfr. artigos 70.º n.º1 e 483.º n.º 1 ambos do CC.

⁽⁸²⁾ Embora haja posições discordantes de TIAGO SOARES DA FONSECA, que afirma, em *Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um Olhar Sobre a Jurisprudência*, in ROA, Ano 66, 2006, pág. 231 e ss., a “impossibilidade de cumulação entre um pedido indemnizatório por responsabilidade civil e uma providência preventiva ou atenuante”.

face ao ordenamento jurídico Português, sendo que inclusive tal possibilidade parece natural e lógica.

5.2. A Posse - Acção de prevenção, manutenção e restituição.

O artigo 1276.º do CC, na esteira da ideia de prevenção da consumação de uma ameaça, vem prever a possibilidade de o possuidor defender a sua posse mediante intimação a quem o ameace, ou seja, para que este se abstenha de praticar actos que ponham em causa a posse. Essa intimação seria realizada através de uma Acção de Prevenção, dominação da epígrafe do artigo. É, portanto, uma acção judicial que visa a manutenção da posse (*retinendae possessionis*), fundada num receio da sua futura perturbação ou esbulho.

Para se poder recorrer a uma acção deste género, tal como MENEZES CORDEIRO⁽⁸³⁾ descreve, será necessário, por um lado, que a posse ainda não tenha sido lesada e, por outro lado, que o possuidor tenha fundadas razões para crer que há uma ameaça real sobre ela.⁽⁸⁴⁾ Ou seja, terá de haver, por parte do possuidor, um justo e sério receio de ser perturbado ou esbulhado.⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾

Tal como anteriormente afirmado e defendido, mesmo contra aquilo que pareceu ser o entendimento quanto aos requisitos de prosseguimento de uma providência cautelar que vise prevenir potenciais lesões a direitos de personalidade, aqui é necessário que haja um facto que pode não se apresentar, ainda, como ilícito, mas que seja capaz de lesar o direito do possuidor. Há portanto uma prevenção, uma acção voltada para o futuro e que, através de uma linha de pensamento baseado em probabilidade, é adequado a produzir o ilícito que se pretende afastar.

⁽⁸³⁾ Cfr. CORDEIRO, MENEZES, *Direitos Reais... op. cit.*, pág. 583.

⁽⁸⁴⁾ Como se pode ler no Acórdão do STJ de 09 de Fevereiro de 2010, processo n.º 284/06.0TBFND.C1.S1, “O autor propôs a presente acção de prevenção de posse, com vista a que, na qualidade de possuidor perturbado pela ré, esta seja intimada a abster-se de praticar qualquer acto ofensivo da sua posse, nos termos e para os efeitos do disposto pelo artigo 1276º, do CC.(...) Efectivamente, em todos os casos de tradição da coisa, operada pelo promitente vendedor, a ocupação, uso e fruição da mesma, pelo promitente comprador, é lícita e legítima, na falta de termo especial, até à resolução do contrato-promessa ou à celebração do contrato prometido, podendo, consequentemente, a posse ser defendida pelos meios de tutela possessória facultados pelos artigos 1276º a 1279º, do CC”.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direitos Reais*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 205.

⁽⁸⁶⁾ Esta acção é igualmente apta para fazer frente a perturbações ou esbulhos futuros do Estado ou qualquer outro ente colectivo público.

Há esta ameaça quando o acto perturbador à posse se baseia num “1. *acto material (não jurídico) que diminui, altera ou modifica o gozo ou o modo de o exercer*; 2. *pretensão contrária à posse; e conservação da posse*”⁽⁸⁷⁾.⁽⁸⁸⁾

Esta é, portanto, uma acção que se destina a satisfazer uma necessidade anterior à sentida pelos artigos 1278.º. Nada preclui uma providência cautelar comum para assegurar, durante o decurso do processo, a abstenção do comportamento indesejado.⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

Relativamente ao artigo 1278.º do CC (acção de manutenção e restituição) pode-se, tal como nos anteriores, extrair dele uma vertente preventiva. De facto, é aqui possibilitado ao possuidor, agora já não ameaçado mas perturbado na sua posse, uma acção de manutenção da posse. Ora, daqui facilmente se depreende que o possuir ainda está a exercer o seu direito e que dele ainda não foi esbulhado, mas como forma de prevenção contra uma contínua perturbação, de desconformidade, a lei permite ao possuidor manter a posse da coisa enquanto o Tribunal não for convencido da questão da titularidade do direito.

Caso o possuidor tenha sido esbulhado, solução igual é dada, embora aqui haja restituição da posse ao despossado, sendo que aqui entrar-se-á já num campo em que a prevenção acontece sob a eliminação de um estado de desconformidade.

5.3. Acção de prevenção de prejuízos.⁽⁹¹⁾

Ao longo do Código Civil, e como já se tem vindo aqui a explanar, são vários os preceitos em que se encontra esta vertente preventiva. Mas também é possível verificar que, por vezes, o direito ou interesse legalmente protegido não é abstractamente tutelado preventivamente, sendo-o apenas em situações concretas.

Assim, por exemplo, pode o titular de um prédio intentar contra seu vizinho uma acção deste género de forma a evitar a emissão de fumo, fuligem, cheiros, calor ou ruídos, trepidações e outros factos semelhantes, construção de obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas que possam ter sobre o seu prédio efeitos nocivos, a abertura de minas

⁽⁸⁷⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direitos...*, *op. cit.*, pág. 206.

⁽⁸⁸⁾ O autor citado chama a atenção para a importância da conservação da posse. Tal como para a acção de manutenção, se a posse não for conservada deixará de fazer sentido a acção em estudo, de prevenção, passando a ser necessária uma de restituição.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direitos...*, *op. cit.*, pág. 208.

⁽⁹⁰⁾ A providência cautelar terá de ser não especificada – cfr. artigo 395.º do CPC. Uma vez que a esta providência é meramente instrumental, deverá ser, se ainda não o tiver sido, intentada a acção principal que poderá vir a ter, *mutatis mutandis*, o mesmo objecto – cfr., *supra*, ponto 3..

⁽⁹¹⁾ Denominação atribuída por SANTOS JUSTO, e que vai ao encontro daquilo que se pretende neste esboço demonstrar – cfr. o seu *Direitos...*, *op. cit.*, pág. 283.

ou poços e escavações susceptíveis de provocarem desmoronamentos ou deslocações de terra que atinjam o seu prédio.⁽⁹²⁾

Pese embora haja estas situações pontuais positivadas, não há uma norma geral que permita a defesa preventiva de direitos reais (ou outros) em geral.

5.4. O CPI.

O Código Propriedade Industrial contém, também, vários preceitos dos quais se consegue extrair uma vertente preventiva atribuída aos seus titulares. De facto, além do texto presente nas definições e direitos de defesa dos titulares de patentes⁽⁹³⁾, marcas⁽⁹⁴⁾, logótipo⁽⁹⁵⁾, está sempre presente uma possibilidade de adoptar medidas⁽⁹⁶⁾ que visem impedir o uso por

⁽⁹²⁾ Cfr. artigos 1346.º, 1347.º e 1348.º do CC. Cfr, ainda, JUSTO, SANTOS, *Direitos...*, *op. cit.*, pág. 283.

⁽⁹³⁾ As patentes vem reguladas no artigo 101.º n.º 2 do CPI. Este artigo possibilita a quem é titular de uma patente, impedir terceiros, que sem o seu consentimento, procuram fabricar, oferecer, armazenar, introduzir no comércio, utilizar um produto objecto de patente, importar ou possuir o mesmo. Ou seja, o direito atribuí ao titular de uma patente a possibilidade de agir de forma preventiva contra a lesão de um direito absoluto ou interesse legalmente protegido seu.

Repare-se que, tal como nas outras acções já aqui referidas, o titular da patente pode de facto, já estar a ser lesado mas nada o impede de intentar contra o infractor uma acção com vista a pôr fim a esta lesão, impedindo-o de continuar a praticar tal acto ilícito, ou seja, a terminar com a situação de desconformidade.

De notar que as patentes são protegidas, por remissão, pelo regime do direito de propriedade, isto é, a sua protecção é, *mutatis mutandis*, igual à conferida à propriedade – Cfr. artigos 316.º do CPI e 1303.º n.º 2, 1311.º CC.

⁽⁹⁴⁾ A marca, tal como a patente, aufer de uma semelhante protecção. De facto ela é susceptível de acções preventivas por parte do seu proprietário. Na verdade, resulta do artigo 258.º do CPI que a marca, *rectius*, o direito à marca é violado sempre que um comportamento afecte a função principal daquela: a distinção da proveniência de determinada marca ou serviço.

Assiste, por isso, ao titular do registo da marca o direito de impedir a usurpação da sua marca, bem como que a marca seja contrafeita ou imitada ou seja usada no exercício de actividades comerciais em produtos ou serviços – é o chamado dano directo. Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, volume I, 2.º Edição, Almedina, 2005, págs. 130 e ss..

Ao titular do direito assiste, ainda, a possibilidade de prevenir comportamentos ilícitos já não relacionados com a ligação marca e agente económico produtor dos bens ou serviços, mas advenientes de comportamentos susceptíveis de lesar economicamente a marca – É o chamado dano indirecto. Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade...*, *op. cit.*, págs. 134 e ss..

De notar que o direito à marca goza de protecção, *mutatis mutandis*, como um direito de propriedade, via remissão legal – Cfr. nota n.º 93.

⁽⁹⁵⁾ O logótipo é uma figura que vem regulada e protegida no CPI, no seu artigo 304.º-N. Na verdade, ela é protegida, *mutatis mutandis*, por remissão para regime de propriedade do CC. Tal remissão é efectuada pelo texto presente no preceito 316.º do CPI. O que significa que a acção negatória, tal como descrita nesta tese, é uma das acções capazes de proteger o titular do direito. Esta será a acção a intentar caso alguém se arrogue de um direito incompatível com o direito de propriedade do titular colocado em dúvida – Cfr ponto 2. da presente dissertação.

⁽⁹⁶⁾ O CPI, no seu artigo 338.º-N, prevê a possibilidade de aplicação de medidas inibitórias. Neste artigo, pode-se ler, no seu n.º 1, que “a decisão judicial de mérito pode igualmente impor ao infractor uma medida destinada a inibir a continuação da infracção verificada”. Parece resultar daqui que a ofensa já existe, e que periga continuar, pelo que esta sentença terá uma vertente preventiva, de impedir a sua continuação, de término da situação de desconformidade. No entanto, parece que não será de todo estranho que seja possível que esta declaração aconteça, não após a consumação, mas num estágio prévio, ou seja, no momento temporal em que se afigure existir uma ameaça séria e fundada de lesão aos direitos protegidos – mais uma vez, esta ameaça não tem

quem não se encontre legitimado, quer por lei quer por outro mecanismo legalmente previsto, como um contrato, a usufruir dos direitos conferidos no referido código. Mas, neste código, o que assume particular relevância para a tese em desenvolvimento, assume particular relevância a concorrência desleal. Vejamos.

“A concorrência caracteriza-se pela possibilidade de flutuação de escolha por parte dos consumidores e representa competição entre vários agentes económicos com vista a atingirem a supremacia no mercado em relação aos demais”⁽⁹⁷⁾.

Ora, a escolha pelos consumidores por um agente económico significa que todos os outros foram preteridos neste processo. Desta forma, o agente económico que consiga ser a escolha dos consumidores incrementará a sua actividade, já os preteridos verão a sua diminuir, pondo em causa a sua subsistência.⁽⁹⁸⁾

Neste sentido, é importante que esta concorrência não se reja de forma anárquica e desmensurada. Por estas razões que se reprova, não o desvio de clientela, mas a forma como se a desvia, quando esta seja prosseguida de forma desleal. Tal comportamento é susceptível de causar lesões aos agentes económicos visados por aquela mesma conduta.⁽⁹⁹⁾ Estes têm direito a uma abstenção daquele, à abstenção de tal comportamento desleal, ilícito.⁽¹⁰⁰⁾

Na verdade, *“a repressão da concorrência desleal configura-se como a reacção da lei contra a inobservância de um dever geral de proceder honesta e correctamente na luta mercantil, não atribuindo aos empresários qualquer direito subjectivo, nem carácter patrimonial, nem pessoal”⁽¹⁰¹⁾. “A tutela está sempre associada à existência de um acto de concorrência (...) ou à possibilidade séria da sua concorrência”⁽¹⁰²⁾.*

Mas *“a repressão da concorrência desleal (...) visa satisfazer os interesses de todos quantos a um determinado mercado tenham acesso, quer como produtores e vendedores, quer como consumidores”⁽¹⁰³⁾.*

de ser directamente praticada. Pode ela ser praticada por intermédio de outrem, inclusive aquele cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial.

No n.º 4, do mesmo ditame, vem previsto um instituto característico da condenação deste tipo: a possibilidade de o tribunal aplicar uma sanção pecuniária compulsória destinada a assegurar o cumprimento da decisão.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade...*, op. cit., pág. 245.

⁽⁹⁸⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁹⁹⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, op. cit., pág. 102.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade...*, op. cit., págs. 247 e ss..

⁽¹⁰¹⁾ *Idem*, págs. 257 e ss..

⁽¹⁰²⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, op. cit., pág. 99.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade...*, op. cit., pág. 295.

Quando este acesso é negado nestas condições de lealdade, honestidade e rectidão, ficam lesados os direitos de criar e expandir a clientela, e com elas, o lucro. É com base nesta premissa que se justifica a possibilidade de intentar uma acção que vise prevenir tal comportamento ilícito.

Pode-se, nesta linha de raciocínio, identificar três pretensões judiciais: de abstenção, de cessação da conduta lesiva e eliminação das coisas que constituem o estado de desconformidade.

Todas podem assumir forma preventiva, à semelhança, respectivamente, das providências preventivas e atenuantes constantes nos artigos 70.º n.º 2, 1276.º e 1278.º do CC. De facto, tal como já enunciado, estas pretensões são possíveis porque estes preceitos afiguram-se normas de protecção dos indivíduos já supra-mencionados, pelo que possibilita estes a pretensões indemnizatórias quando aquelas normas são violadas, resultando-lhes daí danos. Daí, e como já se está a começar a figurar, a aceitação da existência de pretensões preventivas façam todo o sentido. De facto, “*a concorrência desleal pressupõe conceptualmente um dano efectivo ou potencial*”⁽¹⁰⁴⁾, um “*dano concorrencial*”⁽¹⁰⁵⁾.

Não há, no entanto, uma norma que expressamente preveja tal pretensão de forma geral e abstracta. Ora, “*na ausência de previsão substantiva específica que permita a actuação do concorrente no sentido de inibir um acto desconforme surgirá uma lacuna. Esta lacuna deverá ser preenchida através do estabelecimento de uma analogia com as regras do direito de exclusão, que permitem actuações preventivas. Tal como o proprietário pode impedir um acto futuro lesivo do seu direito de propriedade, também o concorrente pode prevenir a prática futura de actos contrários à regras da leal concorrência*”⁽¹⁰⁶⁾.

Para que a acção possa vir a lograr em instância judicial, deverá esta preencher os seguintes pressupostos: uma conduta que permita um desvio de clientela ou justifique um benefício que o ameaçador não obterá se não praticar um acto ilícito e desleal.⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾ Mais, da verificação de uma actuação violadora das regras da concorrência desleal “*quando ela possa*

⁽¹⁰⁴⁾ *Idem*, pág. 296.

⁽¹⁰⁵⁾ *Idem, ibidem*.

⁽¹⁰⁶⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 108.

⁽¹⁰⁷⁾ Nestas situações pode ser difícil perceber o limite do dano provocado pela conduta ilícita que preencheria o conceito concorrência desleal. Este esforço e cuidado devem ser efectuados pelo intérprete e, se for o caso, julgador.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. OLAVO, CARLOS, *Propriedade...*, *op. cit.*, pág. 297. O autor enuncia aqui que tal critério é o utilizado pela jurisprudência alemã, e que tal solução tem total cabimento no ordenamento jurídico português, remetendo para PAULA COSTA E SILVA, *Meios de Reacção Civil à Concorrência Desleal*, in *Concorrência Desleal* [autores vários], Almedina, 1997.

ser repetida nasce (...) como que uma presunção do perigo dessa repetição”⁽¹⁰⁹⁾ pelo que se torna necessário, não só cessar a violação, caso ela ainda perdure, como impedir futuras lesões. Parece que quanto ao perigo será desnecessária prova, uma vez provada a existência de lesão em pretérito próximo.

5.5. O artigo 56.º do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos.

Na esteira daquilo que vem a ser enunciado, o texto da norma em mote ilustra vigorosamente os direitos do autor face à sua criação. A força premida no texto da lei é claro quanto a este tópico, de tal forma que possibilita ao seu titular o direito de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma. Mais, permite ainda ao autor prevenir (ou fazer cessar) todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor.⁽¹¹⁰⁾

A lei apresenta-se vigorosa neste texto, possibilitando uma intimação, peticionando junto de um tribunal, a qualquer pessoa, individual ou colectiva, para que interrompa ou se abstenha de praticar actos lesivos aos direitos mencionados.

Esta vertente preventiva está presente na Directiva 2004/48/CE, nomeadamente no seu artigo 9.º, à qual a lei dá corpo no ordenamento interno. De facto, no n.º 1 alínea *a*) do preceito enunciado está prevista a possibilidade de o juiz aplicar uma sanção pecuniária compulsória, com vista a persuadir aquele que age ameaçadoramente⁽¹¹¹⁾ a terminar o mesmo. Mais, pode ainda ordenar a apreensão ou entrega dos bens que perigam os direitos em questão.⁽¹¹²⁾

Ora, estes direitos, quando violados, podem servir precisamente para fundamentar uma acção negatória com vista a impedir a consumação da violação dos direitos reconhecidos ao autor. Se por um lado a acção negatória é suficiente para cabalmente prevenir as lesões supramencionadas, por outro lado, tal solução só poderá ser útil se a reacção judicial foi rápida. Pensa-se aqui em espectáculos cuja realização e preparação se pode prolongar entre várias semanas a anos.⁽¹¹³⁾ Ora aquelas dificilmente são acauteladas se a decisão do tribunal for superior a esse tempo, pelo que uma acção destas ou terá de ser de rápido trâmite ou, como naturalmente será a melhor solução face ao estado actual da justiça judicial e legislação em

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Concorrência...*, *op. cit.*, página 262.

⁽¹¹⁰⁾ Por exemplo, uso ilícito do nome literário, científica ou artístico. Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, *op. cit.*, pág. 465, nota 866.

⁽¹¹¹⁾ Esta acção pode ser produzida por intermédio de terceiro.

⁽¹¹²⁾ Cfr. artigos 210.º-J e 227.º do CDADC e 11.º da Directiva 2004/48/CE.

⁽¹¹³⁾ Em períodos menores, torna-se patente a necessidade de que este tipo de processos necessita de uma tramitação urgente, no sentido de dar efeito útil à sentença.

vigor, deverá ser copulada por uma providência cautelar⁽¹¹⁴⁾. De notar que aqui há uma espécie de dupla prevenção pois a própria providência cautelar tem, como o próprio nome indicia, finalidade preventiva (pese embora, e tal como se supra expôs, esta visa prevenir o dano, enquanto a *Actio Negatoria* visa prevenir o ilícito).

5.6. Acção inibitória.

No ordenamento jurídico português existem alguns diplomas legais que consagram a figura da “*acção inibitória*”. Assim, por exemplo, a Directiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro e a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.⁽¹¹⁵⁾ Estes diplomas têm em comum o facto de visarem proteger o consumidor nos desequilíbrios de factos que ocorrem com a dinâmica da vida, tendo em conta que, em geral, os agentes económicos que vendem os seus produtos têm uma capacidade de negociação superior.

Assim, “*A acção inibitória tem uma vertente cívico/social, um fim dissuasor, o seu regime acautela interesses difusos de consumidores (...) que muitas vezes toleram a lesão dos seus direitos por estarem em causa individualmente valores de pouca monta que não justificam o incómodo de acções judiciais, mas que num somatório de contraentes (...) é da maior relevância*” o uso da acção inibitória “*como meio de defesa dos consumidores, parte mais fraca em tal relação jurídico-contratual*”⁽¹¹⁶⁾.

A Directiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009⁽¹¹⁷⁾ regula, de forma uniformizada, as acções inibitórias, aplicáveis a inúmeras outras directivas⁽¹¹⁸⁾. Decidiu o legislador europeu “*por razões de clareza e racionalidade*” codificar

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. artigos 209.º, 210.º-G, 210.º-H e 227.º do CDADC e 9.º n.º 2 da Directiva 2004/48/CE

⁽¹¹⁵⁾ Quanto ao decreto-lei e lei enunciadas ver, respectivamente, notas 58 e 57.

⁽¹¹⁶⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 2011, processo n.º 854/10.2TJPR.TS1.

⁽¹¹⁷⁾ Esta directiva teve uma antecessora, a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998. Por esta ter sido “*por diversas vezes alterada de modo substancial*”, decidiu o Legislador europeu proceder à codificação da mesma - cfr. considerando 1 -, resultando na directiva em mote no actual ponto em desenvolvimento.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro 1989, Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009.

uma acção comum a todas aquelas directivas, ou seja, a acção inibitória.⁽¹¹⁹⁾ Esta acção surge de uma preocupação, ou seja, da existência de um instrumento próprio para afastar práticas de ilícitas e de permitir o bom funcionamento do mercado interno e de garantir a confiança dos consumidores no mesmo, o que levou o legislador europeu a definir mecanismos, a nível nacional e comunitário, para assegurar o cumprimento das várias directivas que versavam sobre o consumo. Isto porque nem sempre estas directivas, por si, permitem que se ponha termo atempadamente às infracções lesivas dos interesses colectivos dos consumidores. Ou seja, o simples facto de prever direitos significa que a sua violação, e até consequente ressarcimentos pelos danos advenientes, caso existam, são susceptíveis de gerar uma confiança no mercado interno, que o impossibilita (ou dificulta) ser dinâmico, como pretende a União Europeia.

Afirma, ainda, a directiva em mote que os Estados-Membros poderão exigir ao requerente, ou seja, àquele que pretenda intentar uma acção inibitória, que este tenha dado a possibilidade ao requerido de cessar a infracção.⁽¹²⁰⁾

Tendo os Estados-Membros determinado tal procedimento, no qual o requerido terá um prazo de duas semanas, no termo do qual, se não tiver conseguindo pôr termo à infracção, o requerente terá o direito de recorrer imediatamente ao tribunal competente (ou à autoridade administrativa se o Estado Membro assim o determinar).⁽¹²¹⁾

Nesta acção, devem os tribunais (ou as autoridades administrativas, conforme o caso) competentes para conhecer das acções e recursos intentados tomar uma decisão, com a devida brevidade, mediante um processo expedito, com vista à cessação ou proibição de qualquer infracção; devem ainda determinar medidas acessórias com vista a dar maior visibilidade e, quiçá, a prevenir situações semelhantes, através, por exemplo, de uma publicação integral ou parcial da decisão e/ou a publicação de uma declaração rectificativa, tendo em vista eliminar os efeitos persistentes da infracção; e em caso de não cumprimento da decisão no prazo fixado pelos tribunais (ou pelas autoridades administrativas), deve o requerido ser condenado a pagar um montante fixo por cada dia de atraso ou qualquer outro montante previsto na legislação nacional para garantir a execução das decisões⁽¹²²⁾.⁽¹²³⁾

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. ponto 1 dos considerandos da directiva em discussão.

⁽¹²⁰⁾ Afirmado que o objecto do litígio é, precisamente, a infracção, o ilícito.

⁽¹²¹⁾ Cfr. considerando 15 e artigo 5.º da Directiva 2009/22/CE, de 23 de Abril de 2009.

⁽¹²²⁾ Parece que claramente se refere aqui a Sanção Pecuniária Compulsória, que de resto é tratado nesta dissertação no ponto 11..

⁽¹²³⁾ Cfr. artigo 2.º da Directiva 2009/22/CE, de 23 de Abril de 2009.

5.7. Jurisprudência.

Em Portugal, a jurisprudência tem reconhecido, embora não o diga expressamente, a existência de uma pretensão à abstenção, à remoção do perigo de ilícito. Assim, é possível observar alguns acórdãos onde constam condenações com conteúdo preventivo.

Por exemplo, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05 de Novembro 2009, processo n.º 661/08.2YYLSB-B.L1-2. Este acórdão resulta de um recurso relacionado com uma acção declarativa cujo pedido era, resumidamente, que fosse declarado que um determinado logradouro não fazia parte do contrato de arrendamento celebrado entre as partes no processo, que os réus fossem condenados a não utilizarem abusivamente o logradouro com passagem comum para o 3º andar do prédio propriedade das autoras, *“nomeadamente sendo proibidos de ali soltarem os cães e de impedirem, por qualquer modo, a passagem das AA. e terceiros que aí legitimamente se desloquem”*, sendo que ainda foi peticionado o pagamento das rendas em atraso, rendas mensais vincendas e respectivos juros de mora. Ora, face ao exposto, é perceptível que o que foi peticionado, na primeira parte do exposto, teve por base o direito à abstenção da prática de um ilícito. Neste caso, na prática de um ilícito que se vinha a repetir constantemente. Ao peticionarem que os réus não utilizassem abusivamente o logradouro, a não impedirem o acesso das autoras, de pessoas por estas autorizadas, ou outros arrendatários a este logradouro, e que não soltassem os cães, que ameaçam a integridade física de quem por ali passava, os autores da acção basearam-se na obrigação que nasceu no esfera jurídica dos réus quando estes se preparavam para adoptar aqueles comportamentos, que indicam a prática de um ilícito, a prática da violação de um direito. Isto porque viam os Autores os seus direitos ameaçados constantemente e, baseando-se na experiência passada, afirmaram, num juízo de prognose, de que tal ameaça se iria consumir no futuro, sendo que pretendiam, pôr fim, a tal situação desconforme. O facto de em crise estarem situações absolutamente protegidas torna correcto afirmar que os autores viram nascer, na sua esfera jurídica, o direito a exigir a abstenção dos réus⁽¹²⁴⁾ de determinados comportamentos potenciadores da prática de um ilícito.

Assim, a acção intentada, foi julgada procedente em primeira instância, por sentença datada de 25 de Março de 2008, pelo que consta na sentença o seguinte: *“declarado que o logradouro do prédio sito na R. ... não está integrado no arrendamento do 2º andar deste imóvel, celebrado com a 1ª R.; condenados os RR. a não soltarem os cães da sua pertença no logradouro ou acessos a este, bem como a não impedirem o acesso das AA., de pessoas por*

⁽¹²⁴⁾ Que, tal como já se expôs, pode ser um comportamento negativo ou positivo.

estas autorizadas, ou outros arrendatários a este logradouro; condenados os RR. a pagarem às AA., a título de indemnização pelo não arrendamento do 3º andar, a quantia de € 7.000,00, acrescida dos juros vencidos e vincendos.”

Juntamente com a acção principal, foi intentada uma providência cautelar com o fim de impedir aqueles comportamentos supra descritos, sendo que a mesma foi procedente e condenou os réus no pagamento de uma sanção compulsória pecuniária por cada infracção.

Nada disto foi posto em causa pelo dito acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, sendo que se denota que há uma preocupação com a prevenção de ilícito, ou seja, há uma sensibilidade para a tutela preventiva dos direitos, pese embora não se faça uma referência expressa aos mesmos.⁽¹²⁵⁾

6. Alargamento da Figura.

A grande questão coloca-se em saber se se deve alargar a figura de forma a proteger outros direitos, além dos já mencionados, ou seja, da tutela possessória, direitos de personalidade, direitos de propriedade, dos direitos previstos no CPI, etc., ou se se deve manter esta possibilidade apenas quanto às figuras referidas, uma vez que o legislador apenas para estas previu tal possibilidade preventiva.

A responsabilidade civil tutela os direitos aqui em discussão. Mas actua como um remédio e como tal apresenta limites e insuficiências. A responsabilidade civil é um mecanismo que actua após a prática de um ilícito, ou seja, actua após a lesão de um direito. Através de mecanismos preventivos seria possível a defesa perante ameaças de intervenção numa esfera jurídica de um sujeito, prevenindo a lesão. Proteger-se-á melhor, assim, os direitos, uma vez que depois de lesados poderá ser impossível, devido à natureza do direito, a sua reparação *in natura*. A função da responsabilidade civil deverá ser, como já enunciado em texto anterior, ressarcitória, mas acrescenta-se agora, subsidiária. Apenas quando todos os outros mecanismos que visam a protecção de bens jurídicos falharem deverá esta ser chamada a intervir.⁽¹²⁶⁾⁽¹²⁷⁾

⁽¹²⁵⁾ Outros acórdãos existem, como o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio 2011, proc. n.º 1593.08.0TJLSB.LL.S1 relativo à acção inibitórias relativa às cláusulas contratuais gerais, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31 de Outubro de 2013, proc. n.º 981/09.9TYVNG.P1., relativo às abstenção do uso de marcas, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de Abril de 2011, proc. n.º 419/06.3TCFUN.L1.S1. e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Outubro de 2010, proc. n.º 18645/10.9T2SNT.L1-2. ambos relativos a direitos de personalidade.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 346 e ss..

⁽¹²⁷⁾ Há, no entanto, correntes que divergem desta visão. Assim há quem defenda que uma tutela preventiva apenas deverá intervir quando a responsabilidade civil não conseguir dar uma resposta cabal ao dano ocorrido, ou seja, efectuar uma reparação *in natura*. Para mais desenvolvimentos cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 348 e ss..

Parece assim de admitir que existe um direito à abstenção e consequentemente que a *actio negatoria* será a acção correspondente. Até porque a negação daquela acção seria uma incoerência do sistema normativo. Como já foi possível observar, uma acção de simples apreciação é capaz de desenvolver uma tutela preventiva. Além disto, nada impede a cumulação com uma acção de condenação de abstenção (uma *actio negatoria*), de determinado comportamento, com uma providência cautelar inibitória com o mesmo objecto. Seria, portanto, incoerente.⁽¹²⁸⁾

Imagine-se o vizinho que se prepara para queimar plásticos no Verão, empilhados durante o Inverno, na sua lareira. Tal levaria à emanção pela chaminé de um fumo muito negro. Através do alargamento desta figura seria possível intimar o vizinho para a abstenção desta sua actuação contrária ao direito (ilícita) e que se afigura como potencialmente ilícito. Ou, outro exemplo, o vizinho que mina seu terreno pondo em perigo os contíguos. Seria possível intimá-lo que o parasse de fazer, ou, pelo menos, que o fizesse garantido a segurança daqueles.⁽¹²⁹⁾

De facto, se estas situações merecem tutela similar às que anteriormente foram ilustradas, parece ser idóneo defender que os direitos absolutos são em geral e abstractamente merecedores de uma maior tutela. Significa isto, que os direitos absolutos são tutelados pela responsabilidade civil, especificamente pela responsabilidade civil extra-contratual. Mas parece que os direitos não abrangidos pelo abrigo desta tutela preventiva são igualmente dignos de tal protecção.

Na verdade, parece que merecem da mesma protecção, podendo proteger os seus direitos, de forma preventiva, tanto aquele que realizou uma obra intelectual e se sente ameaçado por determinada sociedade poder publicar sua obra sem consentimento, como aquele que é proprietário de uma quinta e se sente ameaçado pelo vizinho que se prepara para fazer uma fogueira no prédio contíguo, ameaçando a destruição de toda a colheita do ano.

Ambos são titulares de direitos absolutos. Neste sentido, parece insensato não integrar este leque de direitos na amálgama preventiva concedida a alguns.

No direito italiano, este caminho já foi trilhado, tendo sido esgrimidos vários argumentos com vista a alargar a figura a outras situações absolutamente protegidas. De facto, e mediante interpretação analógica das normas que previam mecanismos inibitórios para a protecção de determinados direitos absolutos, tem-se defendido que os direitos pertencentes a

⁽¹²⁸⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., pág. 374, nota n.º 1728.

⁽¹²⁹⁾ O que é possível actualmente no ordenamento português, visto que tal direito está expressamente previsto no artigo 1346.º do CC.

esta categoria poderiam e deveriam ser tutelados através de estruturas inibitórios, ainda que atípicos. Partindo-se da premissa de que os direitos que são comumente tutelados pela inibitória são absolutos, pretendeu-se estender para os outros direitos absolutos esta forma de tutela.⁽¹³⁰⁾ Mais, vários autores, como FRIGNANI⁽¹³¹⁾⁽¹³²⁾, afirmavam que a existência de uma norma que garante uma tutela inibitória atípica provisória, fundada num princípio geral de prevenção, é suficiente para garantir a tutela inibitória atípica definitiva. Argumentam que seria ilógico admitir-se a inibição de um comportamento com base em cognição sumária (reporta-se aqui às providências cautelares) e, após verificada plenamente a necessidade de prevenção, negar-se a tutela inibitória final ao demandante.

Na Alemanha, e no seguimento do já aqui escrito, há um entendimento geral de que cada um deve tomar as diligências necessárias de forma a evitar a ingerência em posição jurídica alheia. Embora, tal como em Portugal, Itália, França, entre outros, não haja uma norma que preveja textualmente tal situação, a tutela preventiva encontra-se mais desenvolvida. Ela parte do § 1004 do BGB, conjugado com § 823/II do mesmo código, relativa à propriedade mas do qual se retira um princípio geral de não ingerência em situações absolutamente protegidas (*allgemeine Unterlassungsklage*). O preceito afirma “*se a propriedade for atingida por outras maneiras para além do esbulho ou turbação da posse pode o proprietário exigir a eliminação do acto de turbação. Em caso de receio de novas violações pode o proprietário requerer a sua omissão*”⁽¹³³⁾. Este entendimento tem apoio jurisprudencial desde 1901, que afirma “*onde a lei garanta um direito ou imponha um dever deve existir uma acção inibitória*”⁽¹³⁴⁾.

No ordenamento Português, a própria constituição aponta, também, no sentido deste alargamento. De facto, ao afirmar que a “*todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*”⁽¹³⁵⁾ o legislador não diferencia as defesas possíveis, não estando impedida quer a tutela ressarcitória quer a preventiva. E para concretizar, o próprio CPC⁽¹³⁶⁾ expõe no seu texto esta mesma ideia, quando

⁽¹³⁰⁾ Cfr. ALPA, GUIDO, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Giuffrè, 1975, págs. 467 a 468, e, ainda, RAPISARDA, CRISTINA/ARUFFO, MICHELE, *Inibitoria*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume 17, pág. 7.

⁽¹³¹⁾ Cfr. FRIGNANI, ALDO, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, 1974, págs. 457 e ss..

⁽¹³²⁾ Torna-se necessário ressaltar que o autor adopta uma posição monista da função preventiva do processo. Cfr., neste aspecto, FRIGNANI, ALDO, *Inibitoria (azione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, volume 21, 1971, págs. 563 e ss..

⁽¹³³⁾ Tradução de RUI PINTO em *A Questão...*, op. cit., págs. 375, nota n.º 1731.

⁽¹³⁴⁾ Acórdão do Reichsgericht (Supremo Tribunal Imperial Alemão) de 11 de Abril de 1901.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. artigo 20.º n.º 1 do CRP.

⁽¹³⁶⁾ O artigo permaneceu inalterado com a entrada do novo CPC, sendo a redacção do mesmo igual.

no seu artigo 2.º n.º 2 afirma que *“A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção”*. Ideia esta que já estava presente no CPC de 1939⁽¹³⁷⁾. Mais, este código no seu artigo 4.º alínea c) previa acções conservatórias. Estas podiam ser providências cautelares como podiam ser acções autónomas⁽¹³⁸⁾, destinadas à prevenção de violações legais, de um perigo genérico de dano ou ilícito.⁽¹³⁹⁾ Ainda, o Estado, ao proibir, por regra geral, a autotutela privada e assumir o monopólio protecção dos direitos, assumiu também o dever de tutelar de forma efectiva todas as situações de conflito concretas. No CPC actual, no artigo 10.º n.º 3 alínea b), relativo às espécies de acções, consoante o seu fim, pode-se ler *“As de condenação, exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevendo a violação de um direito”*. É possível extrair daqui que uma acção de condenação basta-se com a previsão da violação de um direito, não sendo condição de procedência a violação efectiva deste, ou seja, a existência de um ilícito.

E mais, prevê este mesmo código, no seu artigo 1.º, que *“A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.”*. Ora os casos excepcionais mais flagrantes, declarados na lei, são o da legítima defesa⁽¹⁴⁰⁾ e acção directa⁽¹⁴¹⁾. Nestas figuras é permitido a determinada pessoa agir de forma a prevenir que lhe seja cometido um ilícito sobre si ou sobre os seus bens. Como a lei, quanto à legítima defesa, expressamente prevê *“Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão”*, ou seja, é permitido agir contra terceiros, ou seu património, de forma a prevenir um ilícito. Isto parece natural, e tal tem em si uma lógica preventiva, pelo que daqui parece decorrer que existe um direito que assiste às pessoas em se defender perante ameaças. Há, sem dúvidas, uma protecção preventiva cuja realização é permitida através da autotutela dos direitos. No entanto, a regra é a inversa, ou seja, a heterotutela dos direitos. Ora, por maioria de razão, se é permitida, excepcionalmente,

⁽¹³⁷⁾ Dita o artigo 2.º deste código o seguinte: *“A todo o direito corresponde uma acção, destinada a fazê-lo acautelar ou reconhecer em juízo e a torná-lo efectivo, excepto quando a lei expressamente determinar o contrário”*.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil anotado*, volume I, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1948, pág. 23.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 498.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. artigo 337.º do CC.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. artigo 336.º do CC.

a autotutela dos direitos no sentido de prevenir a ilicitude, parece que deverá entender-se ser permitida a prevenção da violação de direitos, em geral e abstractamente, através da heterotutela.

Mais, este procedimento preventivo não se deve apenas estender a situações em que se prevê um ilícito através de uma acção. O Código Civil é, neste campo, claro. A responsabilidade civil é igualmente desencadeada por quem não atende aos seus deveres no tráfego jurídico.⁽¹⁴²⁾ Assim, aquele que esteja obrigado a agir quer porque detêm ou tira proveito de uma situação, especialmente perigosa e por ele criada⁽¹⁴³⁾, quer porque se encontra adstrito a deveres de vigilância, quer ainda por contrato, deve precaver e acautelar a consumação de lesões. Desta forma, o alargamento destas acções a estes casos possibilitaria àqueles que vêem os seus direitos ameaçados a lançar mão de uma acção negatória com o fim de impedir tal comportamento (obrigando o visado a tomar as diligências adequadas para tal ou, então, a inibir-se de criar as situações perigosas enquanto não apresentar condições suficientes para acautelar a lesão)⁽¹⁴⁴⁾, enquanto a pessoa sujeita a essa obrigação se apresentar omissa na prática daqueles deveres. Imagine-se aqui aquele que, à semelhança ao exemplo já proferido, procura no seu terreno encontrar uma fonte de água, minando-o, portanto, de forma imprudente, arriscando o derrubamento de terras (visto que sabe que estas estão pesadas devido às chuvas que se sentiram, o que consubstancia um risco sério de tais aluírem), o que poderia significar a destruição de imóveis vizinhos, ou até a deformação ruínosa dos mesmos.

De notar que tem de existir uma obrigação de agir, e esta não pode ser imposta pela moral ou pelos usos ou convenções sociais.⁽¹⁴⁵⁾

No entanto, a tutela preventiva não deverá proteger todas as situações⁽¹⁴⁶⁾, apenas deverá actuar contra actuações ilícitas, de forma a não restringir em demasia o direito de liberdade das pessoas, sendo que esta visão coaduna-se igualmente com outros aspectos que apenas têm resposta na responsabilidade civil, como por exemplo responsabilidade civil por actos lícitos.

Pelo já enunciado parece ser verosímil um alargamento da tutela preventiva, a fazer valer via *actio negatoria*, das previsões avulsas a todas as situações jurídicas absolutamente protegidas, evitando um acto ilícito “antes que ele ocorra (por exemplo, removendo uma fonte

⁽¹⁴²⁾ Cfr. artigos 483.º e 486.º do CC.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, págs. 489 e ss..

⁽¹⁴⁴⁾ O STJ, num seu acórdão de 2 de Junho de 1977 (cfr. *BMJ*, n.º 268, págs. 268 e ss.) decidiu que os danos resultantes de omissão não existe quando, de acordo com o critério do bom pai de família e do homem médio, ao acto omitido tenham sido tomadas outras precauções igualmente idóneas na prevenção do dano.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 488.

⁽¹⁴⁶⁾ *Idem*, pág. 346.

de perigo), perante a simples ameaça de lesão de uma posição ou interesse juridicamente protegido. Teremos então acções de inibição, intimações de abstenção ou, ainda, tomando pretexto da sua origem na *actio negatoria romana*, acções negatórias”⁽¹⁴⁷⁾. No entanto, além das posições absolutas, poucas referências se fizeram a outras situações, como as obrigacionais ou até a outros institutos como o abuso de direito. Fazer-se-lhes-á agora uma pequena referência.

7. *Idem*: Abuso de Direito

Hoje é amplamente reconhecido quer pela doutrina quer pela jurisprudência que o exercício ilegítimo de um direito que venha a produzir danos é passível da obrigação de indemnização.⁽¹⁴⁸⁾ Ora, face a esta figura, será possível recorrer à acção em apreço para conseguir uma condenação de inibição ao uso ilegítimo do direito?

Vejamos um exemplo. Um individuo prepara-se para construir uma chaminé na sua casa. Tal será construída frente a uma janela do vizinho. É sabido que a chaminé será supérflua às necessidades do primeiro, e, inclusive, o seu destino será mesmo arrelhar o vizinho, tapando a paisagem que este tem com a construção da dita chaminé. Ora, este exemplo é uma situação clássica de abuso de direito. Terá o vizinho que esperar que a chaminé seja construída para depois pedir a sua remoção e/ou indemnização? Ou poderá, assim que se figurar credível e séria a intenção de construir, intentar uma acção com vista a obter a abstenção dessa construção?

Parece ser de filiar por uma resposta positiva, mas não nos devemos olvidar que *actio negatoria* visa a prevenção do ilícito. Ora, de forma a existir coerência é necessário verificar se o abuso de direito consubstancia um ilícito, já que na sua previsão a lei refere que “É ilegítimo...”. Contudo tal dificuldade parece ser de fácil ultrapassagem, conforme ensina MENEZES CORDEIRO⁽¹⁴⁹⁾, já que é bastante natural apercebermo-nos de que quis o legislador proibir tais comportamentos, tornar ilícito aquele que age em ofensa ao direito.

⁽¹⁴⁷⁾ FRADA, CARNEIRO DA, *Direito Civil...*, op. cit., pág. 65.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil...*, op. cit., págs. 487 e ss..

⁽¹⁴⁹⁾ “O preceito começa pela estatuição: é ilegítimo o exercício (...). A ilegitimidade tem no Direito civil, um sentido técnico: exprime, no sujeito exercente, a falta de uma específica qualidade que o habilite a agir no âmbito de certo direito. No presente caso, isso obrigaria a perguntar se o sujeito em causa, uma vez autorizado ou, a qualquer outro título, “legitimado”, já poderia exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito em causa. A resposta é, obviamente, negativa: nem ele, nem ninguém. “Ilegítimo” não está, pois, usado em sentido técnico. O legislador pretendeu dizer “é ilícito” ou “não é permitido”. Todavia, para não tomar posição quanto ao dilema (hoje ultrapassado) de saber se, no abuso, ainda há direito, optou pela fórmula ambígua da ilegitimidade.” – CORDEIRO, MENEZES, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas in ROA ano 65 volume II*, 2005, disponível em www.oa.pt.

Assim, dúvidas não parecem restar quanto a se ter de pugnar por uma resposta afirmativa à questão supra colocada.

8. *Idem*: nos direitos relativos.

Se “qualquer pessoa deve actuar de molde a não ofender os direitos subjectivos de outrem (...), também o devedor está sujeito ao dever geral de diligencia, tendo de assumir os comportamentos necessários para evitar que, no momento do vencimento, se dê a impossibilidade”⁽¹⁵⁰⁾. Parece ser assim de defender que também nas obrigações é possível quer ao credor quer ao devedor exigir a abstenção de comportamentos ilícitos. Este entendimento coaduna-se na perfeição com o já citado acórdão da jurisprudência alemã⁽¹⁵¹⁾, que afirma “onde a lei garanta um direito ou imponha um dever deve existir uma acção inibitória”. Como ainda afirma aquele autor, a “diligência normativa no campo das obrigações também é definida pelo objectivo de evitar lesar o direito subjectivo do credor e não directamente em função dos prejuízos que possa sofrer com tal lesão”⁽¹⁵²⁾. Tal como em todos outros aspectos do direito, a sua não violação é sempre preferível ao inverso. Ou seja, a não verificação do ilícito, que acarreta na sua maior parte das vezes danos, permite que a vida se desenvolva conforme aquilo que se acordou e devia ser. Contudo, existindo o referido ilícito e danos, a proporção destes nem sempre é devidamente calculada. Melhor dizendo, os prejuízos que resultam de um ilícito podem ter repercussões ao longo do tempo, tornando-se difícil (ou até impossível) balizar os mesmos, pelo que aquilo que o lesado deixou de obter pode, na verdade, ser consideravelmente superior àquilo que se aferiu naquele momento.⁽¹⁵³⁾⁽¹⁵⁴⁾

Assim, e como exemplo, a cantora que se obrigou a dar um concerto deve garantir que no dia se encontra em condições de o fazer ao seu melhor nível, evitando situações que possam impedir tal cumprimento (como sair para uma festa que se realiza num lugar frio e durante a noite anterior).⁽¹⁵⁵⁾

A diligência exigida no campo das obrigações é definida pelo objectivo de evitar lesar o direito subjectivo do credor e não directamente em função dos prejuízos que este possa sofrer

⁽¹⁵⁰⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos... op. cit.*, pág. 84.

⁽¹⁵¹⁾ Acórdão do Reichsgericht (Supremo Tribunal Imperial Alemão) de 11 de Abril de 1901.

⁽¹⁵²⁾ *Idem*, pág. 86.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, *op. cit.*, págs. 146 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Veja-se a este propósito o caso Facebook, que, pese embora se enquadra em direitos absolutos, o raciocínio quanto à dificuldade no apuramento dos prejuízos é o mesmo. Neste caso em concreto, os irmãos Winklevoss, à data, receberam 65 milhões de dólares. Destarte, hoje o Facebook ultrapassa o valor de 100 biliões de dólares.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos... op. cit.*, pág. 78.

com tal lesão.⁽¹⁵⁶⁾ Assim, aquele que se obrigar a guardar uma jóia de valor elevado deverá fazê-lo num cofre seguro (ou em lugar igualmente idóneo), especialmente se em regime de depósito oneroso. Se se preparar para o fazer em condições precárias, poderá ser intimado para adoptar comportamento diligente ao caso.

Não se olvide que, em certa medida, a acção para prevenir a prática de um ilícito futuro neste campo de obrigações já existe (contudo, é prevista de forma a interromper um estado de desconformidade), embora dissimulada numa outra denominação. Na verdade, uma acção de cumprimento nada mais é do que uma acção que visa pôr fim a um estado de desconformidade. Neste tipo de acção o Tribunal será chamado a condenar o devedor a cumprir, por forma a pôr fim ao ilícito que este pratica. Neste campo, a acção de cumprimento propriamente dita⁽¹⁵⁷⁾ não tem como pressuposto, para proceder, a existência de culpa.⁽¹⁵⁸⁾ Ou seja, nestes casos é visível o estado de desconformidade com o direito e a acção negatória a que se comumente se chama acção de cumprimento. Ora, tal situação evidencia que se o direito pretende interromper este estado, quando o credor ainda tenha interesse no cumprimento, por maioria de razão, o direito também permitirá interpor uma acção que vise impedir chegar sequer à situação de

⁽¹⁵⁶⁾ *Idem*, pág. 86.

⁽¹⁵⁷⁾ Já que genericamente nesta acção são cumulados pedidos de cumprimento e ressarcimento: pretende-se, aqui, apenas focar o primeiro pedido.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção ...*, op. cit., págs. 148 e ss.. O autor, na pág. 149, afirma o seguinte: “O direito do credor de exigir o cumprimento da obrigação, perseguindo a legítima satisfação do seu interesse pela realização possível, em espécie, da prestação devida, é independente da culpa do devedor”. Sendo que posteriormente, na pág. 155, transmite o seguinte: “Na acção de cumprimento actua-se sobre o ilícito em si mesmo (violação do direito do credor), procurando pôr-lhe termo, mesmo que não seja danoso”.

desconformidade – aquilo a que aqui se tem vindo a denominar como *actio negatoria*.⁽¹⁵⁹⁾
(160)(161)(162)

⁽¹⁵⁹⁾ Contudo é preciso ter em nota que não nunca se tratará de uma condenação *in futurum*. Estas condenações visam estabelecer um comando que deverá ser tido em conta aquando o incumprimento. A *actio negatoria* visa estipular um comando que deve ser cumprimento de imediato, uma vez que o seu cumprimento prevenirá o ilícito.

⁽¹⁶⁰⁾ Situação ainda mais complexa seria a possibilidade de intentar tal acção com vista à prevenção de ilícitos resultantes de relações especiais (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, pág. 750 e ss. e 751 nota n.º 830. O autor explica que por vezes a relação especial pode ser entendido também de forma objectiva, ou seja, independente da consciência ou da vontade de assumir essa relação), de maior proximidade entre indivíduos, como as obrigacionais. É, hoje, amplamente entendido que estas relações mais próximas implicam um conjunto especial de deveres de prestação, de conduta e ainda poderes potestativos que assistem e oneram os indivíduos participantes (cfr. LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, 8.ª Edição, Almedina, 2010, pág. 86 e ss., em que o autor especialmente destaca o entendimento de KARL LARENZ sobre a obrigação complexa. Cfr., ainda, FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança...*, *op. cit.*, pág. 750, nota n.º 829). Esta panóplia de deveres de prestação e conduta visam, essencialmente, evitar a produção de danos que podem ocorrer no pendor desta relação. São as denominadas relações obrigacionais sem deveres primários de prestação (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, *op. cit.*, págs. 92 e ss., 258 e ss. e 274 e ss., e, do mesmo autor, *Teoria da Confiança...*, *op. cit.*, pág. 752 e ss.). Ora, tais deveres de prestação de conduta parecem ser igualmente exigíveis ao devedor, sendo possível exigir o seu cumprimento judicialmente (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, *op. cit.*, págs. 39, nota n.º 67.), quer no sentido de remover uma situação de desconformidade, quer, e será este o ponto mais relevante para o tema aqui em desenvolvimento, para “condenar outrem à inibição de uma conduta” – FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança...*, *op. cit.*, pág. 629 nota n.º 675 – ameaçadora.

De facto, muitos deveres de protecção somente surgem mediante contacto social especial, no desenrolar de determinadas relações, em especial entre sujeitos em relações contratuais ou pré-contratuais, ligações correntes de negócio, curadoria de interesses entre o autor da promessa e terceiro, etc. (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança...*, *op. cit.*, pág. 748, nota n.º 827), cuja relação parece demandar uma maior salvaguarda por parte dos intervenientes (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, *op. cit.*, págs. 36 e ss.). Por exemplo, o segredo de determinada informação sensível, guarda diligente de uma coisa, omissão de certos actos prejudiciais ou, até, comportamento leal. A adopção de determinados comportamentos parecem só surgir nestes casos, com fundamento numa relação destas, já que se nos afastássemos de tal proximidade, tal dever não seria exigível ou, até, existente (FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, *op. cit.*, págs. 165). Surgem como um “*plus relativamente aos deveres genéricos de respeito contrapostos aos direitos absolutos*” – FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros Ilustração de uma problemática*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, 2006, pág. 154. O facto de “...tais adstrições só se definirem muitas vezes com o desenrolar da relação obrigacional e apenas se consciencializarem para o seu beneficiário, consumada já a sua violação, com a percepção dos danos que dela fluíram, confere um particular releve a pretensões indemnizatórias. Mas nada depõe à partida contra acções destinadas a exigir o seu cumprimento de modo a prevenir prejuízos: quer para condenar outrem à inibição de uma conduta, quer com o fim de remover uma situação de desconformidade já existente com o comportamento que é reclamado” – FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da...*, *op. cit.*, pág. 629 nota n.º 675.

Estas ligações especiais poderão inclusive alargar o número de sujeitos passivos ou activos destas pretensões (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, *op. cit.*, págs. 43 e ss.). Assim, imagine-se aquele que contrata com outro a guarda de determinado bem. Este sabe que o bem será para vender. Ora, será possível aos potenciais credores intentar uma acção negatória com o fim de prevenir danos a esse bem, quando sobre o bem nenhum direito lhes assiste? Não seria estranho que cada um, por si só, ou ligados, pudessem intentar tal acção. Mas para tal seria necessário saber, face ao direito Português, se tal é possível perante aqueles que se encontram obrigados a deveres de protecção por via de relações especiais.

Ainda neste aspecto, aparece-nos a figura da *culpa in contrahendo*, que acarreta consigo um conjunto de deveres e condutas impostas pela boa-fé. Será possível, em situações de negociações longas interpor uma acção deste género para que determinado sujeito se abstenha de lesar o outro, nos termos do artigo 227.º do CC.

⁽¹⁶¹⁾ Vejamos a problemática até aqui desenvolvida, mas agora virada para situações em que o dano que poderá vir a atingir o ameaçado seja um dano patrimonial puro. Ou seja, procura-se agora ver se é possível alargar esta figura a casos em que não há violação de uma posição absolutamente protegida, quer isto dizer, da conduta apenas resulta um dano meramente económico, ou seja, há apenas um perda económica (ou patrimonial) – cfr.

FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 153 e 155 nota n.º 5 (Aqui os autores chamam atenção para uma diferença no uso dos termos danos *patrimoniais* puros e danos *económicos* puros. No primeiro estão ainda incluído direitos de propriedade e ou personalidade. Já nos segundos, estes dois direitos estariam excluídos, o que representa melhor a realidade que aqui, neste ponto, se pretende prestar atenção).

Ora, este tipo de danos são totalmente tutelados em sede responsabilidade civil obrigacional. Assim, preenchidos os pressupostos desta responsabilidade civil, os danos serão reparados. Parece, assim, lógico que seja possível admitir uma tutela preventiva no decorrer de uma relação obrigacional um meio processual possível para inibir a contra parte de comportamentos que criem um risco sério de lesão. Mais difícil apresentam-se aqueles casos em que a lesão sofrida por um terceiro, que em principio é um dano não ressarcível. Ora, parece difícil conceber uma pretensão, que subjaza a uma acção, que vise a prevenção de um dano que se viesse a consumir, não viesse a ser ressarcido ou daí não nascesse uma pretensão indemnizatória, por via das normas relativas à responsabilidade civil. Até porque a acção tal como aqui foi desenhada não visa os danos, visa a ilicitude.

Parece abonar a favor, assim de responder negativamente nestes casos o facto de existir por parte do legislador, no que toca aos danos puramente económicos, uma exigência especial na sua ressarcibilidade. Procura o legislador salvaguardar a liberdade de actuação dos sujeitos. Na verdade, uma protecção indiscriminada do património em sede responsabilidade delitual levaria a uma imensidão de pretensões indemnizatórias e um constante alerta sobre cada movimento dado por um individuo no seu quotidiano. É que por via de uma protecção demasiado ampla, qualquer acto de um individuo podia desencadear uma pretensão indemnizatória contra ele. Mais, muitos destes interesses puramente económicos não tem presença social, aspecto considerado pelo legislador na consagração da amplitude da tutela aquiliana (cfr. FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da...*, op. cit., págs. 238 e 251).

Parece que quando seja possível admitir, no caso concreto, existirem razões para concluir pela existência de uma pretensão indemnizatória, deveremos sem dúvidas admitir a possibilidade de uma acção negatória que vise inibir uma actuação lesante, se o comportamento se apresentar como ilícito (cfr. FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 158.).

Vejam os casos ainda outra solução. Os casos em que determinado espectáculo é agendado. O artista principal contrata com determinado hotel a sua estadia. O director do espectáculo vem a saber que o quarto destinado ao artista é um quarto que no passado prejudicou gravemente a voz dos artistas, não sendo possível a estes actuar nas melhores condições. Este no entanto é terceiro à relação artista hotel. Ser-lhe-á possível, num sistema como o Português em que se rejeita a eficácia externa das obrigações, e que nenhum direito absoluto seu está a ser ameaçado, intentar uma *actio negatoria* com o fim de o hotel se abster de destinar tal quarto ao artista?

Outro exemplo será a fábrica que veja como perigosas determinadas construções e que poderão lesar o seu crédito ao fornecimento de energia eléctrica. Daquela actuação poderiam advir prejuízos puramente económicos, face aos quais a fábrica não poderá obter ressarcimento face aos trabalhadores daquela construção. É que não assiste à fábrica qualquer direito absoluto. Há apenas uma frustração de crédito, que não é uma posição absolutamente protegida no ordenamento português – cfr. FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 159 e ss.

Parece que face a terceiros que ameacem direitos de crédito não nasce qualquer pretensão de não ingerência (cfr. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10ª edição..., pág. 621 e FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da...*, op. cit., pág. 744 nota n.º 820), pelo que só o titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado gozará desta pretensão – cfr. FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 161.

Seria, apenas, concebível o nascimento de tal pretensão se se advogasse por uma teoria de eficácia externa das obrigações. Aqui, o respeito devido possibilitaria o uso de tal acção, já que haveria uma pretensão que lhe subjazeria (cfr. FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 161.) Mas, e como já foi supra textualizado, esta visão da eficácia externa das obrigações é de rejeitar já que nela aceita-se “*invariavelmente uma restrição à (...) liberdade de actuação sempre que esta possa prejudicar relações contratuais alheias*” – FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 161.

A mesma justificação dada aqui, no sentido de refutar a tese da eficácia externa das obrigações, serve para rejeitar o aparecimento de uma pretensão a afastar uma ameaça, já que não só ainda o individuo não consumou nenhum dano, como atingiria a “*orientação de princípio segundo a qual a liberdade de actuação dos sujeitos apenas deve ser restringida para salvaguarda de posições jurídicas absolutamente protegidas*” – FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros...*, op. cit., pág. 162.

⁽¹⁶²⁾ A prestação de alimentos, prevista nos artigos 2003.º e seguintes do CC, configura uma matéria sensível importante, em especial quando em causa estão menores, sendo que a prevenção do seu incumprimento é

9. Pressupostos do direito material.

A existência de um direito e consequentemente de procedência de uma *actio negatoria* terá de obedecer a vários requisitos para que possa ser admitida. Assim, um facto que potencialmente poderá configurar-se como ilícito. Ora, ilícito será em primeiro lugar aquela conduta que provocou ou poderia ter evitado a lesão.⁽¹⁶³⁾ Tal como aponta ZEUNER⁽¹⁶⁴⁾, e já foi supra mencionado, na causa das acções inibitórias está a proibição de ingerências ilícitas (*Vergehensverbot*) nos direitos e bens jurídicos legalmente protegidos, que deve ser conhecido e declarado pelo tribunal. A ingerência que se visa acautelar é realizada tendo por base factos passados⁽¹⁶⁵⁾ dos quais se realiza um juízo de prognose de ilícito, ou seja, de verosimilhança da ocorrência futura de um facto ilícito.⁽¹⁶⁶⁾ Este juízo de prognose desempenha um papel fulcral. “É a possibilidade de lesão, pois, que define o dever de diligência”⁽¹⁶⁷⁾. Esta previsibilidade é importante, já que só será de admitir o dever de evitar aquilo que for razoável prever.⁽¹⁶⁸⁾ Assim, “só há o dever de evitar a lesão que atinja certo grau de previsibilidade, de forma que, segundo as regras da experiencia, seja razoável prevê-la”⁽¹⁶⁹⁾. Conclui-se, desta feita, que deverá agir

de maior relevância. O incumprimento desta obrigação pode ter consequências penosas para aquele que dela beneficia, já que esta obrigação gera-se no sentido de providenciar subsistência mínima.

Ora, a possibilidade de lançar mão a uma acção deste tipo poderia evitar o incumprimento previsível e provável da obrigação. Uma condenação à abstenção, com a possibilidade de aplicação dos mecanismos que daqui podem resultar (aplicação de sanção pecuniária compulsória – cfr. ponto 11 e 12 desta dissertação. Ainda, cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., págs. 494 e ss..) ou a possibilidade de execução da sentença) podem, por si, ser suficientes para afastar a ilicitude. As consequências evitariam situações de falta de sustento, vestuário, habitação, educação e conflitos (ou por um extrapolar do conflito) que destas situações advêm. São situações que podem pôr em causa o desenvolvimento de uma criança ou, igualmente, um viver no limiar mínimo de um progenitor que necessita de ajuda dos seus.

Parece que a ampliação da figura a estes, e outros, casos faz todo o sentido e é, de resto, aconselhável. Conseguir-se-ia, inclusive, acentuar o carácter subsidiário do Direito Penal, já que quando o fizesse, já se estaria numa situação em que o obrigado se colocou num circunstancialismo onde é, realmente, necessária a sua punição criminal.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, op. cit., págs. 100 e 108.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. ZEUNER, ALBRECHT, *Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage*, Mohr (Siebeck), 1963, pág. 304.

⁽¹⁶⁵⁾ O que integrará a matéria de facto sendo, por isso e naturalmente, necessária a sua prova em juízo.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 483 e ss..

⁽¹⁶⁷⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos...* op. cit., pág. 86.

⁽¹⁶⁸⁾ No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 2011, processo n.º 1593.08.0TJLSB.LL. S1, este tribunal afirmou que “a medida de proibição de uso de uma evocada cláusula geral contrária à boa-fé deixa de ter sentido se, muito embora seja passível de exame de objectiva suspeição, ela não está efectivamente a ser praticada nem há motivo para recear que seja posta em execução”. É assim que devem os Tribunais, de facto, se orientar. É necessário ter em conta que tem de existir algo mais do que uma mera suspeita, sendo necessário que hajam dados que apontem para uma probabilidade elevada de que alguém se prontifica á prática de um determinado acto. Contudo, esta questão, quando analisada no limite, é sempre susceptível de grande discussão, já que será sempre muito difícil definir o limite.

⁽¹⁶⁹⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos...* op. cit., pág. 86.

positivamente aquele que se o não fizer lesará, provavelmente, direitos alheios. Já deverá abster-se de qualquer acção aquele que por via desta provavelmente consumará um ilícito.⁽¹⁷⁰⁾

Repare-se que se nos concentrássemos nos prejuízos, ou seja, no dano, esta pretensão inibitória não surgiria naquele que *“utilizasse em proveito próprio um bem alheio sem autorização do proprietário, se tivesse a certeza de não advirem danos para este. Assim, actuaria de forma lícita quem entrasse em casa alheia apenas para passar a noite, sabendo que a casa estava desabitada, ou quem, para evitar uma volta muito grande por caminho público, saltasse a vedação e atravessasse terreno alheio, inculto ou apenas arborizado, o qual portanto não sofreria nenhum dano”*⁽¹⁷¹⁾.

Assim, a pretensão nasce quando exista uma actuação que lesa um direito subjectivo, sendo, portanto, uma actuação ilícita, podendo o titular do direito opor-se legitimamente aquele comportamento.⁽¹⁷²⁾

De notar que como se visam aqui situações prováveis, é natural que por vezes, no caso concreto, não se consume nenhuma lesão, mas que numa posição *ex ante* o comportamento fosse dado como idóneo e portanto uma pretensão à inibição nasceria daquela situação. Imagine-se o caso do indivíduo que usualmente caça em zona habitada, nunca tendo acertado em ninguém porque os cartuchos que utilizava eram defeituosos e, portanto, nunca percorreriam os metros necessários para atingir as residências vizinhas do local onde caçara e, quiçá, atingir um morador.⁽¹⁷³⁾

Quanto à adequação do meio escolhido e face ao direito processual português, parece claro e não oferecer dúvidas que a acção a intentar será, por regra⁽¹⁷⁴⁾, uma acção declarativa condenatória⁽¹⁷⁵⁾. Só através desta acção retirará uma vantagem com a procedência da acção, já que uma acção mera apreciação⁽¹⁷⁶⁾ não há nenhuma condenação em abstenção de uma lesão, não está presente na sentença um comando, apenas o reconhecimento de um direito que, se nenhuma medida vier a ser tomada, será molestado.⁽¹⁷⁷⁾

Ainda na mesma dimensão do parágrafo anterior, a acção deverá abranger o núcleo da conduta lesiva. Não será suficiente afirmar e pretender que determinado comportamento não

⁽¹⁷⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁷¹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁷²⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁷³⁾ *Idem*, pág. 87.

⁽¹⁷⁴⁾ Uma vez que, conforme já exposto, por vezes uma acção de simples apreciação poderá ser suficiente para afastar o comportamento potencialmente ilícito.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. artigo 4.º n.º 2 alínea b) do CPC.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. artigo 4.º n.º 2 alínea a) do CPC.

⁽¹⁷⁷⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 108.

nuclear provocará lesões que poderão ser evitadas com a inibição de tal conduta.⁽¹⁷⁸⁾ Por exemplo, aquele que pretende a inibição de divulgação via televisão de determinados dados pessoais. Na verdade a acção deverá ser destinada a inibir qualquer divulgação dos dados pessoais, independentemente da via. Contudo é necessário ter em atenção o seguinte: uma delimitação demasiadamente ampla poderá ter efeitos perversos. Assim, uma acção cuja amplitude abarca uma multiplicidade de situações levará a que o tribunal tenha de intervir, novamente, no sentido de esclarecer se determinada situação ainda se localiza dentro (ou fora) da condenação de inibição.⁽¹⁷⁹⁾

Deverá, por isso, ter como causa de pedir os factos constitutivos da pretensão inibitória, que nasce com a ameaça séria⁽¹⁸⁰⁾⁽¹⁸¹⁾, mas já não iminente⁽¹⁸²⁾, e que fará com que o requerido tenha de se abster e contribuir idoneamente a remover o perigo de dano a um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, ainda que por constituir.⁽¹⁸³⁾ A causa de pedir “*será a ameaça de ilícito*”⁽¹⁸⁴⁾.

Para a procedência de uma acção negatória será irrelevante a culpa. De facto, esta é absolutamente irrelevante uma vez que a situação potencial é avaliada em si mesmo, não tendo a culpa qualquer intervenção na potencialidade da ilicitude, algo que já era defendido pela jurisprudência alemã desde o início do século XX⁽¹⁸⁵⁾.⁽¹⁸⁶⁾ Inclusive, a culpa é uma apreciação da actuação que um agente teve face à que deveria ter tido. Acontece que, neste âmbito, a colocação é sempre *ex ante* já que se pretende prevenir. O pensamento não será portanto o comportamento que teve *versus* o deveria ter tido mas antes o comportamento a adoptar para atingir determinado fim, sendo este, o de evitar lesar direitos ou interesses legalmente protegidos.⁽¹⁸⁷⁾⁽¹⁸⁸⁾

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 124.

⁽¹⁷⁹⁾ *Idem*, pág. 125.

⁽¹⁸⁰⁾ Assim acontece no direito anglo-saxónico, ao que se denomina *injunction quia timet* - cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 371, nota n.º 1711.

⁽¹⁸¹⁾ Na França, de igual modo, ao se exigir uma ilicitude “*futur certain*”. Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 443, nota n.º 2021.

⁽¹⁸²⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 372 e ss.. De facto, haverá risco sério, por exemplo, de esbulho quer este aconteça passados 30 dias quer 180 dias. O que releva é que tal ameaça se configure como séria, verosímil.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 599 e ss., nota 703.

⁽¹⁸⁴⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, pág. 465.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. Acórdão do Reichsgericht (Supremo Tribunal Imperial Alemão) de 5 de Janeiro de 1905.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. PINTO, RUI, *A Questão...*, *op. cit.*, págs. 374 e ss..

⁽¹⁸⁷⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos...* *op. cit.*, pág. 89.

⁽¹⁸⁸⁾ Face aos pressupostos já enunciados, e face à tese de que tal pretensão integra os direitos subjectivos dos indivíduos, é natural, na acção correspectiva, que o Tribunal apenas deva de conhecer e valorar provas relativamente a factos e à ilicitude que dos mesmos podem vir a resultar. Ou seja, deve o Tribunal ignorar o dano e a culpa, pois não constituem objecto da cognição do juiz nesta acção, já que não são pressupostos da relação

material ao nascimento da pretensão de abstenção.

Quer isto dizer que numa *actio negatoria* não será necessária a alegação de probabilidade de dano, nem a sua prova – como viu supra, esta fará parte de uma possível providência cautelar a intentar no momento próprio.

Porém, muitos actos ilícitos provocam imediatamente um dano. Este fenómeno chega a ser até o usual. Inclusive, torna-se difícil separar cronologicamente o acto ilícito e o dano dele resultante. Nestes casos, em que temporalmente o dano e o acto ilícito são coincidentes, a probabilidade de dano evidentemente deve ser afirmada e provada. É que, nestes casos, a probabilidade de dano funciona como indicador da probabilidade da prática de um ilícito.

Contudo, não se olvide que a *actio negatoria* tem em vista a prevenção da prática de um ilícito, pelo que tal raciocínio não deve ser realizado sem cautelas, uma vez que nem sempre a probabilidade da ocorrência de um dano pressupõe um acto ilícito.

Tem ficado claro ao longo da exposição que a pretensão de abstenção surge aquando a probabilidade da prática de um acto ilícito. É assim patente que ao tribunal caberá decidir se há ou não a probabilidade da prática de um acto. Este será o ponto de partida. Será necessário aqui distinguir duas grandes situações, que o julgador deverá ter cuidado em verificar, que são as seguintes: casos em que pela primeira vez se prevê a sua realização e os casos em que se pretende o término da sua repetição ou continuidade (denominados, anteriormente, como casos de desconformidade).

Quanto aos actos anteriores, que já foram praticados, ou aqueles que continuem a sê-lo, a sua modalidade e natureza permite inferir, com grande certeza, a probabilidade da sua repetição no futuro ou continuação (cfr. FRIGNANI, ALDO, *L'injunction nella... op. cit.*, p. 429).

Relativamente aos actos em que pela primeira vez se prevêem a sua realização, surge a grande dificuldade da *actio negatoria* para o Tribunal. Poderá dizer-se que é a questão de fundo, havendo mesmo quem a apelide de *actio negatoria* “pura”. Isto porque, para o julgador, será extremamente árduo valorar *ex ante* a idoneidade dos meios utilizados como preparativos ao fim da prática do ilícito (cfr. FRIGNANI, ALDO, *L'injunction nella... op. cit.*, p. 430).

Nesta espécie de acção inibitória, em que se teme a prática de ilícito, ainda que ilícito anterior não tenha sido praticado, o autor deverá alegar factos que sejam suficientes para permitir ao juiz formar um juízo acerca da alegação de que provavelmente será praticado um acto. É fundamental, nestes casos, manejar de forma adequada e equilibrada os conceitos de facto indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, presunção e juízo. Tratando-se de *actio negatoria*, ou seja, de acção voltada para o futuro.

Assim, facto indiciário será aquele que, sendo dado como provado, servirá de base ao julgador para a formação de um juízo de procedência. Este facto corresponderá aos comportamentos que o réu demonstra ter e que culminarão com a prática do acto que se evitar. Contudo, tal facto indiciário é um mero facto e como tal necessita de prova para que o juiz profira uma decisão favorável ao autor.

Surge-nos assim a prova indiciária que, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de facto. A particularidade da prova indiciária está em recair em um facto que é, também ele, indiciário.

O raciocínio presuntivo é a forma pela qual o julgador raciocina para, a partir de um fato indiciário, chegar a uma presunção, que nada mais é do que a conclusão do raciocínio presuntivo.

Conjugando tudo que foi exposto, o juiz, a partir de uma alegação de facto (facto indiciário) e de sua prova, raciocina (de forma presuntiva) para chegar a uma conclusão (presunção).

Porém, a presunção não se confunde com o “juízo-final” (próprio da sentença), uma vez que pode haver, por exemplo, a presunção de que um acto será praticado, mas que tal acto não constitui ilícito. Nestes casos o “juízo-final” e, portanto, a sentença, serão de improcedência.

Quando supra se referiu que o facto indiciário servirá de base para a formação de um juízo de procedência, quis-se dizer que é possível que hajam sido alegados mais do que um facto indiciário. Nestes casos fica a questão de quantas presunções elaborará o julgador. Face a todos aqueles factos dever-se-á considerar que o julgador irá realizar três raciocínios presuntivos e, conseqüentemente, três presunções (conclusões)? Ou uma presunção (conclusão) formada a partir da prova dos três factos indiciários? Parece que, e face ao exposto, dever-se-á considerar que o juiz elaborou três conclusões, uma vez que cada prova de facto indiciário conduz a uma conclusão e a soma destas conclusões leva a outra final, ou seja, ao “juízo-final”, próprio da sentença.

E só assim poderia ser. É que uma única presunção, na acepção acima referida, pode não ser suficiente para afirmar que determinado acto se praticará com toda a certeza probabilística. A soma de várias presunções, ou a existência de uma só, terão de ser apreciadas pelo juiz que, através da sua livre apreciação da prova, concluirá pela procedência ou improcedência da acção. E note-se que aqui a teoria da livre apreciação da prova assume uma relevância acima do normal. É que neste processo é necessário a elaboração juízo de prognose e terá de ser o juiz, através de uma apreciação crítica das provas, a chegar a uma conclusão, através daqueles juízos, que lhe permitirá elaborar uma sentença mais próxima da realidade que ainda não aconteceu. Ou seja, estes raciocínios elaborados pelo juiz são guiados por regras lógicas, sejam “*elas princípios ou leis científicas, nomeadamente das ciências da*

10. Natureza jurídica da pretensão de abstenção.

Face ao que foi até agora exposto, cabe agora perceber qual a natureza jurídica da pretensão de abstenção. Até ao presente ponto tudo é maioritariamente aceite pela doutrina. Há, no entanto, divergências acentuadas quanto à posição jurídica do titular do direito que pretender obter a abstenção da prática de um acto por terceiro.

Neste ponto, encontramos duas grandes construções. A primeira, que é uma construção material, que entende existir uma pretensão de abstenção que integra um leque de faculdades que compõem o direito subjectivo. A segunda defende que a acção negatória corresponde a uma

natureza e das ciências físicas ou (...) princípios gerais da experiência comum das pessoas” – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03/05/2007, processo n.º 80/07-3. –, e permitirão ao juiz condenar no cumprimento de uma obrigação comportamental de forma a prevenir algo que se prevê acontecer. Além de toda a dificuldade que um juiz tem em admitir como provado factos históricos, aqui terá de elaborar um juízo final de um facto futuro (no sentido que se trata de um facto que se preveja, de forma séria, que se irá verificar), o que traz consigo um nível de exigência acrescido.

Por isso que se diz aqui, que quantos mais factos indiciários forem provados, mais raciocínios presuntísticos serão elaborados, sendo que estes possibilitarão um “juízo-final” mais acertado. Nunca esquecendo que uma pluralidade de conclusões presuntísticas poderão determinar, ainda assim, a improcedência da acção. O contrário é igualmente possível. Ou seja, a existência de apenas um raciocínio deste tipo, com uma conclusão cujo conteúdo se traduz numa certeza elevadíssima de que o acto temido se verificará, poderá determinar a procedência da acção. Simplesmente nestes casos existe a necessidade de uma apreciação crítica rigorosa, por parte do juiz, e uma fundamentação que se compagine (“*Il requisito che ha creato forse più problemi interpretativi è quello della concordanza delle presunzioni semplici. In un’accezione più ristretta e rigorosa, diretta a porre un limite a discrezionalità del giudice in materia di prova presuntiva, si è affermato che la concordanza di più presunzioni è sempre indispensabile. Di conseguenza, non basterebbe una sola presunzione semplice a fornire la prova del fatto, poichè sempre occorrerebbero più presunzioni concordanti. In un’accezione meno rigida, e più orientata a far perno sul discrezionale convincimento del giudice, si ritiene invece che la presenza di più presunzioni concordanti non sia indispensabile, e quindi che la prova del fatto possa derivare anche da una sola presunzione semplice, purché essa sia abbastanza grave e precisa*” – COMOGGIO, LUIGI PAOLO, FERRI, CORRADO e TARUFFO, MICHELE, *Lezione sul processo civile*, Pavia: Il Mulino, 1995, p. 553).

Note-se que para intentar a *actio negatoria* o seu autor apenas precisará de alegar o acto temido, não precisando de alegar nada mais. Contudo é aconselhável que alegue com este os referidos factos indiciários que, sendo realizada a sua prova, sugerem a realização do acto temido. Isto porque caso contrário, vê a probabilidade da sua acção proceder ser reduzido drasticamente.

Tem-se, assim, por claro que neste tipo de acção é necessário verificar não só a probabilidade da prática de um acto, mas também se tal acto configura um ilícito. Face à petição inicial, é possível que o réu acorde que praticará o acto, mas que se oponha à classificação de que tal acto é ilícito. Será necessário aqui distinguir, como anteriormente, duas grandes situações que o julgador deverá ter cuidado em verificar.

Numa primeira amálgama, e estando em causa uma *actio negatoria* voltada a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, basta verificar se realmente o acto anteriormente praticado, ou em prática, é ou não ilícito. Aqui a decisão será de mais fácil apreciação, já que se o que se praticou anteriormente é ilícito, o que se praticará no futuro o será também (não olvidar que a prática do acto está, neste excerto dado como provado por acordo pelo réu. Mas o mesmo se dirá caso o acto tivesse sido dado como provado pelo julgador de que o Réu o praticaria com toda a certeza).

Numa segunda amálgama, se a acção intentada visar a ilicitude do acto futuro quando acto “igual” não foi ainda praticado. Em tal hipótese, caberá ao julgador apreciar o seguinte: é ou não o acto em questão ilícito à luz do ordenamento jurídico aplicável.

O que se discutiu aqui foi um problema quanto à ilicitude do acto. O que é diferente da alegação e discussão da prática do acto ou da probabilidade de o acto, anteriormente discutida.

Quanto a todo o exposto cfr. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela... op. cit.*, pág. 115.

forma processual de tutela específica dos direitos absolutos. Tendo o que se expôs por referência, atente-se ao seguinte.

10.1. Construção Material.

Esta construção, tal como supramencionado, integra a pretensão de abstenção no leque de faculdades que compõem o direito subjectivo. Ainda dentro desta construção é possível descortinar outras subconstruções.

Desta dita, em primeiro identifica-se a subconstrução com ligações clássicas a doutrinas latinas⁽¹⁸⁹⁾, que incorpora tal faculdade no conteúdo do direito absoluto, havendo ou não lesão ou ameaça daquele. Segundo esta subconstrução, o titular do direito tem sempre o direito de exigir que ninguém interfira com a sua situação jurídica. A pretensão dirigir-se-ia contra todos, sendo que a existência de lesão ou ameaça apenas seria relevante para a aferição da admissibilidade da acção.

Num outro polo, encontra-se outra subconstrução, de essência Alemã, que, ao invés de integrar tal faculdade no conteúdo inicial do direito, entende que tal faculdade surge aquando uma ingerência de terceiro ou um perigo de lesão. A pretensão seria exclusivamente dirigida contra aquele que ameaça ou lesa o direito absoluto.⁽¹⁹⁰⁾⁽¹⁹¹⁾

10.2. Construção formal: Tutela processual específica.

Nesta construção depreende-se que a pretensão de inibição de comportamentos lesivos não integra o direito absoluto em si. São antes acções específicas que tutelam os direitos em questão.⁽¹⁹²⁾ Não há um vínculo particular entre dois sujeitos, ou seja, o titular do direito e o ameaçador, lesante ou todos os obrigados⁽¹⁹³⁾. Há sim um direito geral de proibição, razão pela qual a acção negatória não integra uma pretensão com natureza material.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume III, Coimbra Editora, 2000, págs. 39 e ss..

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 105, que remete para LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Volume II, Beck, 1986, §87.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil...*, volume III, *op. cit.*, págs. 39 e ss., pág. 89, nota n.º 138, págs. 318 e ss..

⁽¹⁹²⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, *op. cit.*, pág. 105. A autora remete para ESSER, *Schuldrecht : ein Lehrbuch*, Volume II, C. F. Müller, 1995, §113.II.4.

⁽¹⁹³⁾ Ver ponto anterior – 10.1.

10.3. Conclusão.

Estas construções não são questões puramente académicas, já que a adopção de uma delas tem um impacto diferenciado nos trâmites a seguir no processo.

Assim, quando se afirma que a pretensão integra o conteúdo do direito⁽¹⁹⁴⁾, a pretensão só poderá proceder com a existência de uma lesão ou ameaça – a pretensão existirá, uma vez que o direito é oponível contra toda a gente, mas não é actuável.

Por outro lado, a afirmação de que a pretensão apenas surge no momento da lesão, ou ameaça, leva à improcedência de acções intentadas em momento anterior à lesão ou ameaça.⁽¹⁹⁵⁾

Por fim, a acção negatória como de forma tutela processual específica traduz-se na inadmissibilidade daquela sempre que não estejam reunidos os seus pressupostos específicos, entre eles a perigo de lesão ou o perigo de repetição.

De entre estas teses representadas, parece que a pretensão de inibição aparece como uma faculdade que nasce através duma ingerência de terceiro ou via um perigo sério de lesão, cujo lado passivo seria ocupado por aquele que ameaça ou lesa o direito absoluto.⁽¹⁹⁶⁾

De facto, não se apresenta de igual modo impor uma abstenção com base em normas proibitivas ou com base em zonas de exclusão ou porque alguém se obrigou a satisfazer o direito de outrem, através de obrigação de não praticar determinado acto.

Esmiucemos as duas situações descritas no parágrafo antecessor. Nas normas proibitivas, a pretensão, no lado passivo, visa toda a gente, visto que todos estão obrigados a respeitar determinada situação ou bens jurídicos.

Nas zonas de exclusão ou de obrigação a não praticar determinado acto, o interesse é satisfeito através da abstenção, o que atribui um direito a um sujeito de exigir de outrem determinada conduta. Repare-se que aqui a afectação de um bem não satisfaz o primeiro sujeito.

A não interferência numa situação jurídica absoluta é o estado normal das coisas. Fala-se mesmo, na doutrina portuguesa⁽¹⁹⁷⁾, e em linha de pensamento com ESSER/SCHMIDT e de HOHLOCH, de um dever geral de diligência de “evitar a lesão de direitos subjectivos alheios ou de interesses de outrem legalmente tutelados”⁽¹⁹⁸⁾. Ora a ingerência apresenta-se como limite dos direitos de cada, isto é, “quando a prática de um acto, apesar de abstractamente integrado

⁽¹⁹⁴⁾ Refere-se aqui a primeira subconstrução material – cfr. ponto 10.1.

⁽¹⁹⁵⁾ Refere-se aqui a segunda subconstrução material – cfr. ponto 10.2.

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume III, Coimbra Editora, 2000, págs. 317 e ss..

⁽¹⁹⁷⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos... op. cit.*, pág. 84, n.º 57.

⁽¹⁹⁸⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos... op. cit.*, pág. 84, n.º 57.

no conteúdo do direito, possa previsivelmente lesar direitos de outrem, há o dever de abstenção”⁽¹⁹⁹⁾.

Quando exista interferência, surge para o titular do direito ou interesse legalmente protegido a possibilidade de repelir tal interferência.⁽²⁰⁰⁾ Ora, pelo já dito, quando surge a possibilidade de repelir uma interferência, significa que estamos a falar de uma zona de exclusão, de um bem cuja simples afectação não satisfaz o seu titular. Só a não interferência, a manutenção daquela zona de exclusão é capaz de o fazer. Olhamos assim para uma proibição de interferência.

De facto, o titular de um direito absoluto só goza plenamente do seu direito se ninguém interferir em tal situação jurídica.⁽²⁰¹⁾ Quando tal direito é lesado ou posto em perigo, surge uma pretensão de inibição, de que o seu titular pode fazer valer para afastar tal conduta. A lesão ou a sua ameaça despoleta a pretensão de inibição. Esse estado de perigo é o pressuposto material de um direito⁽²⁰²⁾ a impor sobre o sujeito ameaçante a conduta adequada a remover nexos causais, que, previsivelmente, é idóneo à lesão. Este perigo é decorrente da actuação que se avizinha ilícita do réu.⁽²⁰³⁾

A acção destinada a satisfazer tal pretensão será uma *actio negatoria*, um comando de inibição sobre terceiro. Esta acção será uma acção de condenação⁽²⁰⁴⁾, uma acção autónoma, em que lhe subjaz a pretensão supra indicada – que é o marco díspar de outras acções. É por isso que é possível distinguir esta acção de condenação da condenação *in futurum*. Os efeitos que se pretende extrair da acção não são futuros. Os efeitos serão imediatos, inibindo-se, imediatamente, o sujeito passivo de ter uma acção, sendo que esta ainda não aconteceu.

Este desenvolvimento coaduna-se com as construções materiais, mais concretamente com a segunda subconstrução da tese material.

⁽¹⁹⁹⁾ *Idem*, pág. 205.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria ...*, op. cit., volume III, págs. 316 e ss..

⁽²⁰¹⁾ “... a protecção erga omnes desses bens [direitos absolutos] e a definição de um espaço de competência exclusiva para o seu titular representa uma solução básica do compromisso necessário entre liberdade individual e ausência de conflito.” - FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e...*, op. cit., pág. 162.

⁽²⁰²⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 572 e ss..

⁽²⁰³⁾ *Idem*, págs. 496 e ss..

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. artigo 4.º n.ºs 1 e 2 alínea b) do CPC. Nas acções de condenação deve o tribunal não só emitir um juízo sobre a existência do direito como, e em consequência desse mesmo juízo, condenar o réu na prestação duma coisa ou dum facto (positivo ou negativo). Para tal, será necessário que haja ou tenha havido uma violação do direito reconhecido. Mas quando se faz esta referência a violação, é normal integrar neste conceito ainda os estados em que tal ainda não aconteceu, ou seja, casos em que há apenas a previsão de violação de um direito, tendo, assim, lugar uma intimação ao réu para que se abstenha de o violar (correspondente à acção conservatória autónoma do CPC de 1939) – cfr. FREITAS, LEBRE / PINTO, RUI / REDINHA, JOÃO, *Código Processo Civil Anotado*, Volume I, 2.ª Edição, Almedina, 2008, pág. 14.

11. Sanção pecuniária compulsória na *Actio Negatoria*.

A sanção pecuniária compulsória é um mecanismo jurídico que visa “*incitar o devedor ao cumprimento do decidido, sob a intimação do pagamento duma determinada quantia por cada período de atraso no cumprimento da prestação ou por cada infracção*”⁽²⁰⁵⁾. Ou seja, aquele que não cumprir com a sua obrigação fica obrigado ao pagamento de uma determinada quantia por cada dia que mantiver aquela situação, o que, no caso concreto deste estudo, se traduz no incumprimento da obrigação de abstenção. É um meio de coerção destinado a assegurar, simultaneamente, o cumprimento das obrigações e o prestígio da justiça.

Dúvidas há quanto à possibilidade da aplicação desta figura neste tipo de casos. Repare-se que o artigo 829.º-A do CC⁽²⁰⁶⁾ afirma que apenas se aplicarão a casos de obrigações de facto infungível⁽²⁰⁷⁾, sejam elas positivas ou negativas, e aos casos em que haja obrigações de pagamento em dinheiro corrente.⁽²⁰⁸⁾ Caso estejamos em prestações de facto fungíveis ou obrigações entrega de coisa certa, tem sido coerente a jurisprudência em não decidir aplicar tal sanção ao devedor.⁽²⁰⁹⁾⁽²¹⁰⁾

Significa isto que nos casos em que estejam em causa estas obrigações não é possível a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória? Ora “*de facto está, desde logo, arredada a possibilidade de condenação do executado no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso (...), na medida em que o artigo 829º-A do Código Civil se*

⁽²⁰⁵⁾ Acórdão de 15 de Setembro de 2011, do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 407/05.7TBBCL-D.G1.

⁽²⁰⁶⁾ Pode-se ler no n.º 1 deste artigo o seguinte: “*Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso*”.

⁽²⁰⁷⁾ A infungibilidade de uma obrigação pode resultar de uma estipulação contratual ou da natureza das coisas. Assim, quanto à primeira diz-se estar-se perante uma obrigação infungível convencional, quanto à segunda uma obrigação natural. Sobre este aspecto cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção ...*, op. cit., pág 367 e ss..

⁽²⁰⁸⁾ O que de resto também resulta da lei processual, em especial na área do processo executivo, onde apenas na execução das prestações de facto infungível há especial referência a tal sanção. Cfr. artigo 716.º n.º 3 e 868.º ambos do CPC.

⁽²⁰⁹⁾ “*Apenas quando se trate de prestação de facto infungível e em que, nos termos do artº 829º-A do C. Civ., haja sido estabelecida sanção pecuniária compulsória, pode o exequente cumular com o pedido de indemnização compensatória o de obtenção da quantia eventualmente devida a título de sanção compulsória, ou, quando não haja sido estabelecida esse tipo de sanção na acção declarativa, pode o exequente obter, no âmbito da própria execução por facto positivo, a condenação do executado em sanção pecuniária compulsória, sempre que se verifiquem os pressupostos estabelecidos no artº 829º-A, do C.Civ., assim se facultando ao exequente uma ampliação (objectiva) do título executivo, no âmbito da própria execução, de modo a sancionar o executado, devedor de prestação de facto infungível.*” - Acórdão de 27 de Outubro de 2009, do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 362-B/2002.C1.

⁽²¹⁰⁾ “*Na execução para prestação de facto positivo e de natureza fungível, não pode decretar-se o pagamento, por parte do executado, de qualquer quantia a título de sanção pecuniária compulsória.*” - Acórdão de 30 de Abril de 2009, do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 857/99.6TBPRD.

refere expressamente a “obrigações de prestação de facto”⁽²¹¹⁾. Torna-se, portanto, necessário distinguir as várias prestações. Para tal “*interessa determinar o objecto sobre o qual incide a acção do sujeito devedor: se o objecto da acção do sujeito devedor é um facto, a prestação é de facto; se o objecto da acção do devedor é uma coisa, a prestação é de coisa*”⁽²¹²⁾.⁽²¹³⁾⁽²¹⁴⁾ É ainda entendimento jurisprudencial que tal sanção tem carácter subsidiário.⁽²¹⁵⁾

Importante é perceber quando a obrigação é fungível ou infungível. Parece que o critério determinante passa pela “*satisfação do interesse do credor*”⁽²¹⁶⁾ em que a apreciação dos “*ditames da boa fé são da maior relevância*”⁽²¹⁷⁾. Ou seja, se a realização da prestação por terceiro satisfaz (sendo que a satisfação é avaliada objectivamente, tendo em conta os ditames da boa fé) totalmente o interesse do credor, então este não tem razões para o recusar, pelo que a obrigação terá de ser considerada fungível.⁽²¹⁸⁾ Caso contrário, a obrigação será infungível. O que significa que *a priori* não se poderá definir quais as obrigações fungíveis ou infungíveis, já que só perante o caso *sub indice* se poderá chegar a tal conclusão.⁽²¹⁹⁾

Por esta via, é-se levado a crer que quando a acção do sujeito devedor incide sobre uma coisa então, na *actio negatoria*, não será possível a aplicação da sanção pecuniária compulsória, uma vez que a obrigação de abstenção será fungível. Esta é a primeira ideia que poderá ocorrer.

⁽²¹¹⁾ Acórdão de 09 de Abril de 2013, do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 429/07.3TBTBU.C1.

⁽²¹²⁾ *Idem*.

⁽²¹³⁾ Ainda sobre este assunto, no Acórdão de 20/04/2010, do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 857/99.6TBPRD pode-se ler “*O pedido de restituição de um imóvel é uma prestação de coisa fungível, à qual não se aplica a sanção pecuniária compulsória, prevista no art.829-A nº1 do CC*”.

⁽²¹⁴⁾ Sobre este tópico, refere Antunes Varela, em *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 1980, pág. 68, o seguinte: “*Tendo principalmente em vista as obrigações com prestação de coisas, os autores costumam distinguir entre o objecto imediato e o objecto mediato da obrigação. O primeiro consiste na actividade devida (na entrega da coisa, na cedência dela, na sua restituição, etc.); o segundo, na própria coisa, em si mesma considerada*” e, em nota de rodapé, “*A distinção é menos nítida nas prestações de facto, onde apenas se poderá distinguir entre a actividade (dare, facere) ou omissão (non facere) do devedor e a actividade ou omissão abstractamente consideradas. É, todavia, nesta distinção que radica a classificação (legal e doutrinal) das prestações (de facto) fungíveis e não fungíveis*”. Continuando com este autor, agora na pág. 71, “*A principal classificação distingue entre as prestações de facto e as prestações de coisa, conforme o seu objecto se esgota num facto ou se refere a uma coisa, que constitui o objecto mediato da obrigação*”.

⁽²¹⁵⁾ Nesse sentido o Acórdão de 9 de Outubro de 2001, do Supremo Tribunal de Justiça, onde se encontra a seguinte passagem: “*Sendo o fim específico de tal previsão o de forçar o devedor a cumprir, vencendo a resistência da sua oposição ou do seu desleixo, indiferença ou negligência, constringendo-o a obedecer a decisão condenatória, assim se gerando uma nova obrigação, todavia subsidiária, o seu campo de aplicação, cingido às obrigações de prestação de facto infungível, positiva ou negativa, se estende apenas, quanto a estas últimas, às de natureza duradoura*”.

⁽²¹⁶⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág. 368.

⁽²¹⁷⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽²¹⁸⁾ A esta possibilidade de cumprimento por parte de terceiro, o autor referido, nas notas anteriores, denomina de “*equivalência funcional*”.

⁽²¹⁹⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág. 368 e ss..

Contudo, parece tal raciocínio acarretar, e sem justificação idónea para a sua manutenção, mais malefícios do que benefícios, já que sem tal possibilidade as condenações proferidas pelos tribunais neste âmbito perderiam alguma da sua força e prestígio neste tipo de acções.⁽²²⁰⁾ Pode-se sempre argumentar que parece ser objecto mediato numa pretensão de abstenção um comportamento, ou seja, um facto. Por esta via, o que se pretende evitar é a realização de um acto que seja ilícito e estaria ultrapassado o problema exposto, uma vez que o que está em causa são sempre prestações de facto. Se analisarmos bem, a pretensão de abstenção, em todos os casos já observados, visam sempre o comportamento, visam sempre um cumprimento de uma obrigação de facto que irá evitar a prática de um ilícito. Por exemplo, quando se pretende que determinada pessoa termine com a escavação que está a realizar no seu terreno, que está a ser escavada sem qualquer segurança, em especial quanto ao desabamento de terras, pondo em perigo uma moradia, será necessário condenar aquele na paragem dos trabalhos e construção das devida segurança, já que a qualquer momento (por factos naturais, imagine-se chuvas) pode a escavação ruir. Há, aqui, obrigações de facto positivo e negativo. A prestação de facto negativo leva à abstenção da continuação prática da escavação, e seria infungível, já que só aquela pessoa o poderia fazer.⁽²²¹⁾⁽²²²⁾ Neste caso seria possível uma sanção pecuniária compulsória. No caso da construção dos muros de segurança, que configura uma obrigação fungível positiva, já que a construção tanto podia ser realizada pelo obrigado como por um terceiro a quem ele incumbisse a obra, seria negada, pela própria lei, a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória. Face ao exemplo anteriormente dito, é injusto que ao término das obras seja possível a aplicação da sanção pecuniária compulsória e à construção de infra-estruturas de segurança já não. O direito de abstenção não se encontra, ainda, totalmente realizado, e a sanção apenas é aplicável a metade do conteúdo do direito referido.

Mais, a própria lei, no seu artigo 829.º-A n.º 4 do CC, prevê a aplicação desta figura para a coerção do devedor que for condenado a qualquer pagamento em dinheiro corrente.⁽²²³⁾

⁽²²⁰⁾ Cfr. Acórdão de 09 de Fevereiro de 2010, do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1506/03.5TBPBL.C1, onde se pode ler que a sanção pecuniária compulsória tem “*uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis*”.

⁽²²¹⁾ Cfr. Acórdão de 05 de Novembro de 2009, do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 661/08.2YYLSB-B.L1-2, onde se ler a seguinte: “*São essas as circunstâncias dos autos em que a sanção pecuniária compulsória que os requeridos foram condenados a pagar (a quantia diária de € 20 por cada dia de infracção) está correlacionada com a obrigação de prestação de facto infungível (de “non facere”) a que os requeridos se encontravam adstritos (não soltarem «os cães no logradouro com passagem comum para o 3º andar»)*”.

⁽²²²⁾ Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., págs. 459 e ss..

⁽²²³⁾ *Idem, ibidem.*

Há desarmonia neste preceito legal, sendo que, nas palavras de CALVÃO DA SILVA, “*A desejar manter-se o n.º 4, a harmonia jurídica reclama a alteração do n.º 1 do artigo, alargando o seu âmbito de aplicação às prestações fungíveis*”⁽²²⁴⁾. Face a esta previsão, não se percebe o porquê de à figura em apreço não ser permitida a sua actuação no âmbito das obrigações de dar e de facto fungíveis. É permitida a sua aplicação, de forma automática, às obrigações que se traduzam na entrega em dinheiro corrente quando estas são, de todas as obrigações, as que por excelência melhor se realizam através da execução específica. De facto, “*nenhuma razão válida existe para a exclusão de outras obrigações de dar e sobretudo das obrigações de prestação de facto fungível do campo da aplicação da sanção pecuniária compulsória*”⁽²²⁵⁾.

Como já dito, o juiz deve pesar qual a medida que menos delimita o direito dos indivíduos. Sem dúvida que a imposição, no exemplo dado, que menos limita a liberdade do sujeito passivo da obrigação é o da construção do sistema de segurança. Afigurar-se que, face à limitação dos direitos em obediência ao princípio da proporcionalidade ser favorável ao obrigado (uma vez que em vários casos uma conduta positiva restringirá menos a liberdade daquele), não deve o titular da pretensão de abstenção sair prejudicado, no sentido de que vê ser-lhe negada uma sanção que faz todo o sentido nestes casos. É manifestamente incoerente.

Ainda, nos casos em que a prestação de facto seja fungível, é possível que o próprio titular do direito de abstenção realize as diligências necessárias, às expensas do obrigado, para evitar que este pratique o ilícito que se pretende evitar. Contudo, esta alternativa é de todo injusta. Repare-se que se pretende que o sujeito passivo da pretensão de abstenção tome providências para não cometer um ilícito e que, no fundo, mantenha a paz jurídica. É injusto que, para manter essa mesma paz, tenham de ser aqueles que poderão ser perturbados a agir a promover diligências no sentido de o não serem. Isto não só acarreta maiores demoras, como também custos para o titular do direito, pese embora ele mais tarde se possa ressarcir do obrigado, terá sempre de financiar, inicialmente, estas despesas.⁽²²⁶⁾⁽²²⁷⁾

Assim, parece que, nestes casos de prevenção⁽²²⁸⁾, se deveria incluir na abrangência da

⁽²²⁴⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., págs. 458.

⁽²²⁵⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., págs. 452.

⁽²²⁶⁾ Cfr. artigo 375.º do CPC.

⁽²²⁷⁾ “*Porque e para quê obrigar o titular do direito a lançar mão de processo executivo – processo lento, incómodo, irritante, dispendioso –, se a sanção pecuniária compulsória tem a virtualidade de lhe proporcionar satisfação integral, induzindo ao cumprimento o obrigado, num prazo rápido, com economia de meios e sem incomodidade?*” - SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., págs. 452

⁽²²⁸⁾ Relativamente à acção inibitória consagrada no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, escreveu MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, em *O novo regime...*, op. cit., o seguinte: “*Interessa dizer, ainda, que a lei (art. 33.º, na redacção actual) consagra, como importante meio de pressão sobre a empresa vencida na acção inibitória, a fim de incentivar o respeito pela sentença, uma “sanção pecuniária compulsória”. Trata-se de uma figura que o*

norma a possibilidade dos Tribunais poderem aplicar uma sanção pecuniária compulsória por cada dia que o obrigado à abstenção mantiver a situação de perigo de ilícito. Repare-se que o perigo de ilícito manter-se-á enquanto o obrigado tiver de realizar (ou o estiver a fazer) uma obra que prevenisse o ilícito. Neste caso, a sanção apenas entrará em acção quando o obrigado ultrapassasse o prazo estipulado para regularizar a situação ou, no limiar, sempre que não estivesse a empregar esforços no sentido de realizar a obrigação sobre ele pende. Repare-se que esta situação não só inicia um mecanismo que visa compelir o devedor a cumprir como pode evitar uma execução demorada, que começa por ser de prestação de facto e que se pode transformar em pagamento quantia certa, sub-rogação ou prestação por terceiro.⁽²²⁹⁾

É o que se sucede na França. Neste ordenamento jurídico é compatível a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória no caso de estarmos perante obrigações com carácter fungível, pese embora a jurisprudência francesa tenha demonstrado uma tendência ao seu uso apenas em casos de infungibilidade.⁽²³⁰⁾ O mesmo em relação ao direito brasileiro, onde começou por ser restrito às obrigações de facto infungíveis e viu, recentemente, alargado seu âmbito de aplicação para as prestações de facto fungíveis.⁽²³¹⁾⁽²³²⁾

Nunca olvidar, esta é uma situação na qual ainda não ocorreu ilícito, e que pretende-se que tal situação se mantenha, ou que se pretende terminar e prevenir a manutenção de um estado de desconformidade. Se não se aplicarem mecanismos complementares a restabelecer a ordem, pelo momento em que se executar a sentença já será tarde demais, obrigando o autor a instaurar uma nova acção declarativa agora com o fim de ser ressarcido. Todo este atraso envolve para o autor custo e perdas de tempo que, na sua situação concreta, assumem transtornos enormes e de grande relevo na sua vida.⁽²³³⁾ Estar-se-á a prejudicar aquele a quem lhe assiste a razão e o

Código Civil já acolhera em 1983 (art. 829.º-A), na linha da “astreinte” francesa, e que o legislador de 1985 aproveitou para reforçar a eficácia da decisão tomada na acção inibitória.”

⁽²²⁹⁾ Cfr. artigo 868.º e ss. do CPC.

⁽²³⁰⁾ Cfr. CHIARLONI, SERGIO, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, A. Giuffrè, 1980, págs. 15 e ss..

⁽²³¹⁾ Cfr. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela Inibitoria*, 2006, disponível em www.academia.edu, pág. 115.

⁽²³²⁾ Pode-se ler no artigo 461.º do CPC brasileiro o seguinte: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”. No mesmo artigo, no §4, pode-se ler o seguinte: “O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”. No artigo 461.º-A pode-se ler o seguinte: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”. Por último, o parágrafo §3 deste artigo contém o seguinte: “Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.”.

⁽²³³⁾ “L’impiego di misure coercitive anche quando sia possibile l’esecuzione in forma specifica è d’altronde opportuno in quanto, operando nel senso di indurre l’obbligo all’adempimento, consente di evitare

direito no caso concreto.

Denote-se que é o que de resto acontece com as providências cautelares, que permitem sempre que necessário a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos da lei civil.⁽²³⁴⁾⁽²³⁵⁾

Assim parece que, à luz da lei actual e daquilo em que a prática jurisprudencial se tem traduzido, apenas é possível a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias quando a pretensão de abstenção se traduza na abstenção na modalidade negativa.

12. *Idem*: alargamento no âmbito da *Actio Negatoria*.

Como anteriormente se viu, a sanção pecuniária compulsória encontra-se limitada às prestações de facto infungíveis e pagamento em dinheiro corrente, tendo-se aqui defendido o seu alargamento às restantes obrigações. Contudo, também já neste trabalho se defendeu que as posições jurídicas relativas têm intrínsecas em si o direito de exigir, à contra parte, a abstenção da violação do direito relativo. Assim, já se percebeu que só quanto às obrigações de prestação de facto infungíveis e condenação no pagamento em dinheiro corrente é possível a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória. Para tanto, é indiferente que estas obrigações sejam provenientes de posições jurídicas absolutas ou relativas. Contudo, é mister perceber se o mecanismo em tópico é igualmente idóneo para compelir no cumprimento das restantes obrigações. Para tal é preciso, também, perceber porque é que o legislador decidiu deixar de fora do âmbito da norma tais prestações.

Sabe-se que a sanção pecuniária compulsória teve origem⁽²³⁶⁾ na jurisprudência francesa, pelo nome de *astreinte*.⁽²³⁷⁾ Esta, à semelhança do que acontece hoje naquele ordenamento, visava o pagamento de uma determinada soma por cada dia de atraso, por parte do devedor, no cumprimento da prestação a que se tinha obrigado. No entanto, nos primórdios desta figura, a sua finalidade era indemnizatória.⁽²³⁸⁾ Foi assim que em França, por força da sua aplicação jurisprudencial, se começou a desenvolver esta figura. Esta vertente indemnizatória

il ricorso ai procedimenti di esecuzione diretta, con le relative complicazioni e perdite di tempo” – SILVESTRI, ELISABETTA e TARUFFO, MICHELE, Esecuzione forzata. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13, p. 11.

⁽²³⁴⁾ Cfr. artigo 365.º do CPC.

⁽²³⁵⁾ Contudo, as providências cautelares encontram a sua eficácia reforçada ao estar previsto no CPC, no artigo 375.º, que a desobediência às medidas decretadas pelo tribunal façam incorrer em crime quem as incumprir.

⁽²³⁶⁾ A figura, tal como é modernamente entendida, já que mecanismos semelhantes existiram durante toda a história. Cfr. JUSTO, SANTOS, *Direito privado...*, op. cit., pág. 116.

⁽²³⁷⁾ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit. pág. 375 e ss..

⁽²³⁸⁾ Existia, por parte da doutrina e aquando o aparecimento da figura, uma grande oposição à *astreinte*. Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág. 375 e ss..

que, de resto, só foi definitivamente afastada pela lei nº 626 de 1972. No presente, este instituto que hoje assegura uma função coercitiva, e está, na França, expressamente previsto na lei nº 650, de 19 de Julho de 1991, que intencionalmente separa a aplicação da *astreinte* do cálculo da indemnização pelo não cumprimento.⁽²³⁹⁾

Assim, tem-se como ideia essencial do dito que a *astreinte* estava associada à sentença de condenação e que definia um *quantum* indemnizatório onerando o devedor, no seu património⁽²⁴⁰⁾, por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação ou por cada violação no futuro de uma norma⁽²⁴¹⁾, negativa ou positiva.⁽²⁴²⁾

Como já dito, o escopo da sanção pecuniária compulsória é compelir o devedor a cumprir, no mais reduzido espaço temporal, porque só deste modo o credor conseguirá a satisfação plena do seu interesse. Uma possível indemnização pelo incumprimento definitivo apenas atenuará a sua situação, no que se refere aos incómodos e prejuízos emergentes, pois as suas necessidades continuam por satisfazer.⁽²⁴³⁾

Se o “*fim da sanção pecuniária compulsória não é o de indemnizar os danos sofridos pelo credor com a mora, mas o de forçar o devedor a cumprir, vencendo a resistência da sua oposição ou o seu desleixo, indiferença ou negligência*”⁽²⁴⁴⁾, e face à própria exposição aqui feita, não parece haver um motivo de maior para, *a priori*, afastar a sanção em apreço das restantes obrigações que não configurem uma obrigação de facto infungível.

Inclusive, atentos aos primórdios da figura, à forma que esta tomou em França, não se esgrimam argumentos contrários ao exposto. De facto, nos seus inícios, a sua aplicação era

⁽²³⁹⁾ Recentemente, a figura da sanção pecuniária compulsória tem vindo a ganhar outra vida no ordenamento francês. Tem-se vindo a criar a figura da sanção pecuniária compulsória endoprocessual, e que figura ser um importante meio de coerção nos casos em que a parte, ou um terceiro, deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova. Pese embora o dito, não significa que a Sanção não seja aplicada a casos de incumprimento. Na verdade ela é aplicada, neste país, a todas as espécies de obrigações. Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção...*, op. cit., pág 452 e ss.

⁽²⁴⁰⁾ Em Portugal, ao contrário do que ocorre noutros sistemas jurídicos, como o alemão (através da *Zwangshaft* – contudo o juiz deve procurar aplicar em primeiro lugar a sanção pecuniária) ou Anglo-americano (*contempt of Court*, mais especificamente para a área civil, *civil contempt*), não é permitido meios de coerção sobre a pessoa em si, apenas só sobre o seu património. Ou seja, não existem sanções de prisão compulsórias.

⁽²⁴¹⁾ Nos termos do artigo 829.º-A n.º 2 do CC, o Juiz deverá fixar a sanção pecuniária compulsória de acordo com critérios de razoabilidade. Ora, parece que face a obrigações infungíveis positivas, será mais razoável e eficiente a aplicação da sanção por cada período de atraso no cumprimento da obrigação. Já quanto às obrigações infungíveis negativas, o critério da razoabilidade estará verificado se a sanção pecuniária compulsória funcionar por cada infracção praticada. Cfr., a este propósito, SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção ...*, op. cit., págs. 416 e ss..

⁽²⁴²⁾ No ordenamento argentino, existe uma particularidade interessante quanto à aplicação destas sanções, que é a seguinte: a possibilidade de serem progressivas. Assim, por cada dia que passe, verá o inadimplente o seu património a ser cada vez mais onerado, até que cumpra efectivamente com a sua obrigação.

⁽²⁴³⁾ Cfr. VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil...*, op. cit., pág. 104.

⁽²⁴⁴⁾ SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção...*, op. cit., págs. 407 e ss..

abstracta e geral, nos seus mais amplos sentidos, uma vez que não interessavam as obrigações que estivessem em causa. A sua aplicação visava apenas o cumprimento, compeler o devedor cumprimento e prevenir que, no futuro, aquando à prática do ilícito, se tivesse de recorrer a outros meios, como o ressarcitório, para providenciar uma solução cujo conteúdo fosse igual, ou o mais equivalente possível à que deveria ter sido. A aplicação da sanção pecuniária compulsória neste sentido é, inclusive, obediente à lógica do Direito, já que passaria a ser possível, antes de ocorrer o ilícito, ou até fazer cumprir a obrigação através da sua execução, pressionar o devedor, procurando o cumprimento voluntário, e só depois, em *ultima ratio*, executar a sentença de forma a obter o cumprimento.⁽²⁴⁵⁾

É o que acontece, por exemplo, no ordenamento brasileiro. Na verdade, num pretérito próximo, este ordenamento deparava-se com o mesmo problema que aqui se colocou. No entanto, este dilema foi ultrapassado, tendo o legislador sido sensível aos benefícios que uma tutela preventiva pode trazer, sendo que é necessário, para tal, que seja possível associar-lhe a possibilidade de aplicar uma sanção pecuniária compulsória. Tudo isto é conforme ao que se pode ler no artigo 287.º do CPC brasileiro⁽²⁴⁶⁾, cuja redacção é a seguinte: “*Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela*”.⁽²⁴⁷⁾

Assim, parece que o legislador brasileiro optou por adoptar a figura na sua plenitude. De facto, não há quaisquer razões doutrinárias para que tal figura não se possa aplicar a tais situações. Algumas resistências que se registam estão relacionadas com o facto de, simplesmente, não ter fundamento constranger alguém a fazer algo que se pode obter através de terceiro. Nesta esteira, há vozes que apontam para uma desproporcionalidade, por desnecessidade, de aplicar uma sanção compulsória, limitando a liberdade individual. Acontece que não parece ser desproporcional de todo aplicar uma sanção, com estas características, nestas situações em concreto, quando, por um lado e num momento anterior, o próprio indivíduo se vinculou a determinada obrigação ou, por outro lado, criou as condições necessárias para que sobre ele surgisse uma obrigação.⁽²⁴⁸⁾ Ainda, “*o credor tem interesse real na possibilidade de utilizar a sanção pecuniária compulsória no domínio das obrigações fungíveis como*

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção...*, op. cit., págs. 511 e ss..

⁽²⁴⁶⁾ Redacção dada pela Lei nº 10.444, de 7 de Maio de 2002.

⁽²⁴⁷⁾ Redacção anterior podia-se ler o seguinte: “*Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.*”.

⁽²⁴⁸⁾ Pensa-se, aqui, naquilo que também interessa ao presente estudo, situações de obrigação de abstenção.

mecanismo que, pela sua simplicidade, maleabilidade e eficácia, pode dispensar o preciso executivo, com todos os inconvenientes que lhe andam associados”⁽²⁴⁹⁾.

Por fim, a tutela inibitória, que poderá culminar na *Actio Negatoria*, fica gravemente afectada se esta figura não lhe puder ser aplicada.⁽²⁵⁰⁾ É que várias situações de perigo de ilícito impõem condutas positivas, condutas que, na sua esmagadora maioria, podem ser executadas por terceiros. Ora, para o perigado, cujo interesse último é evitar a lesão dos seus direitos, não importa se é o ameaçador, ou terceiro, que realiza o comportamento positivo necessário. O que interessa é que o comportamento se verifique. Nesse sentido, a sanção funcionará sempre como um incentivo ao cumprimento ou à certificação do cumprimento, já que o ameaçador terá sempre interesse em certificar o cumprimento da sua obrigação (incluindo quando tenha contratualizado com um terceiro o seu cumprimento). A sua inexistência priva não só o perigado de uma tutela conforme e eficaz, como limita o Tribunal e a sua autoridade, podendo ver as suas condenações a serem repetidamente ignoradas, com consequências nefastas para o perigado.

Parece, assim, que no âmbito doutrinário não há qualquer entrave ao alargamento da figura, pese embora a lei impossibilite a sua aplicação, tal como já supra exposto. Na verdade, CALVÃO DA SILVA defende também o alargamento da figura em apreço para todas as obrigações. O autor afirma mesmo que *“a sanção pecuniária compulsória deve ter um domínio de aplicação geral, por três razões fundamentais: primeiro, porque as vantagens (simplicidade, comodidade, oportunidade e eficácia) que proporciona, e que são a sua razão de ser, encontram terreno fértil de possível realização prática nos casos em que o credor tenha à sua disposição a execução in natura. Porquê e para quê obrigar o titular do direito a lançar mão de processo executivo – processo lento, incómodo, irritante, dispendioso -, se a sanção pecuniária compulsória tem a virtualidade de lhe proporcionar satisfação integral, induzindo ao cumprimento o obrigado, num prazo rápido, com economia de meios e sem incomodidade?; Segundo, porque a aplicação geral da sanção compulsória é coerente e harmoniosa com o direito ao cumprimento como princípio primário, lógico e natural, válido para toda a espécie de obrigações; Terceiro, porque a celeridade, a credibilidade e a eficácia das decisões da*

⁽²⁴⁹⁾ Cfr. SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção...*, op. cit., págs. 504.

⁽²⁵⁰⁾ Veja-se a este propósito, SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção ...*, op. cit., pág. 460. Afirma, aqui, o referido autor o seguinte: *“... sempre que a violação da obrigação negativa possa continuar ou ser repetida, impõe-se que a sentença condene o dever a cumpri-la no futuro, ordenando-lhe que cesse e/ou não renove a sua infracção. É nesta parte que a sanção pecuniária compulsória é útil, como meio de prevenir a continuação ou renovação do incumprimento, provocando a obediência do devedor à condenação inibitória e o respeito pela devida prestação originária de non facere ou de pati”*.

Justiça são justificadas e sentidas em qualquer caso, seja qual for o objecto da condenação – dare, facere, non facere ou pati”⁽²⁵¹⁾.

Desta feita, mesmo quanto às obrigações que surjam no âmbito do direito à abstenção, apenas as obrigações que sejam de facto e infungíveis são, aos olhos da lei, idóneos a receber este mecanismo compulsório de carácter privado. Contudo é necessário ter em atenção que a decisão do juiz pode cobrir os problemas acima enunciados através de uma decisão condicionada. Ou seja, pode o juiz determinar que o ameaçador se abstenha de cometer o ilícito enquanto não tomar providências que assegurem a não violação de um direito. Neste tipo de decisões teríamos duas obrigações. Uma primeira que corresponderia a uma obrigação de facto infungível, a saber, a não prática de um ilícito. Uma segunda obrigação que teria como correlação a tomada de providências para que o comportamento que estava a adoptar, ou que se preparava para adoptar, não seja idóneo para a prática de um ilícito. Nestes casos, todo este desenvolvimento deixa de ter sentido, uma vez que o grande problema colocado era de que não se conseguiria aplicar a sanção a prestações de facto fungíveis. Ultrapassado esse problema através de uma decisão condicionada, a sentença não só obedece ao princípio da proporcionalidade como permite a aplicação da sanção pecuniária compulsória.

13. Conclusão.

É por aquilo que foi escrito que parece ser de defender tal alargamento. Assim, e “*sem esquecer a sempre possível condenação in futurum, (...) a acção de prevenção prevista para a defesa da posse é naturalmente de alargar, por maioria de razão, a outros bens jurídicos (mutatis mutandis, para o caso de lesões continuadas, a acção de manutenção ou restituição da posse)*”⁽²⁵²⁾. Há aqui deveres de diligência ou de cuidado que surgem nestas relações. Estes deveres incidem, por vezes, sobre situações que já tuteladas pela responsabilidade aquiliana, o que, como se aqui se descreveu, têm em comum os mesmos bens jurídicos (ou interesses) que aqui se visa proteger. Contudo, também se viu que estes mecanismos apenas protege o interessado após a lesão dos seus direitos, sendo que a tutela preventiva actua num momento anterior.

O reverso da medalha desta figura será a limitação da liberdade dos visados quando na verdade eles ainda não provocaram qualquer tipo de lesão e poderão na verdade nunca vir a fazê-lo. Estas situações basear-se-iam em situações de probabilidade, em juízos de prognose,

⁽²⁵¹⁾ SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção...*, op. cit., págs. 510.

⁽²⁵²⁾ FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da...*, op. cit., pág. 629 nota n.º 675.

semelhante à exigida pelo procedimento das providências cautelares. De facto, “*Só faz sentido impor regulae agendi se e na medida em que por elas seja viável evitar a lesão de certos bens e os prejuízos daí decorrentes. Apenas a possibilidade de estabelecer uma causalidade desse género entre acção e o efeito indesejável permite prosseguir a função de prevenção da lesão de bens jurídicos ou interesse, e dos prejuízos daí decorrentes, que explica essas regras. Se assim não fosse seria de todo arbitrário impô-las*”⁽²⁵³⁾. Está em causa a “*aptidão objectiva desse facto de produzir o dano segundo esse paradigma [ciências empíricas físico-naturais]*”⁽²⁵⁴⁾.

Ainda, o dever de não ingerência e não lesão de direitos e interesses legalmente protegidos não implica que qualquer actividade porque poderá ser alvo de uma acção negatória. Assim, nem todas as actividades perigosas devem ser inibidas pela ordem jurídica. Imagine-se simples acto de conduzir, de passar por alguém na estrada. Abstractamente seria idóneo que tal conduta possa lesar terceiros. Daí que, nestas situações apenas se exija que o beneficiário daquela empregue e actue com a devida diligência.⁽²⁵⁵⁾

A acção negatória e o seu alargamento, face à inexistência de um preceito normativo expresso, será possível através de uma articulação jurídica que se traduzirá no seguinte: a ausência de uma previsão substantiva específica, capaz de abranger todos os direitos absolutos (assim como normas protecção ou deveres no tráfico jurídico) no seu texto, capaz de permitir a pretensão de inibição de uma actuação desconforme, apresentar-se-á como um lacuna no sistema. Esta deverá ser preenchida conforme determina a lei, ou seja, os artigos 9.º e 10.º do CC.

Estaremos perante uma lacuna quando haja uma “*situação que, sendo juridicamente relevante, não constitui objecto de nenhuma disposição legal*”⁽²⁵⁶⁾, ou seja, “*o direito consuetudinário não contém uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global*”⁽²⁵⁷⁾, mesmo é dizer, “*não contém a resposta a uma questão jurídica*”⁽²⁵⁸⁾. Perante uma lacuna, a lei manda regular a situação segundo a norma aplicável aos casos análogos. A analogia das situações “*mede-se em função das razões justificativas da solução fixada na lei, e não por obediência à mera semelhança formal das situações*”⁽²⁵⁹⁾. Assim, serão análogas as situações

⁽²⁵³⁾ *Idem*, pág. 628.

⁽²⁵⁴⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos... op. cit.*, pág. 86. Cfr. ainda, artigo 493.º n.º 2 do CC.

⁽²⁵⁶⁾ VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 59.

⁽²⁵⁷⁾ MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15.ª Reimpressão, Almedina, 2006, pág. 194.

⁽²⁵⁸⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²⁵⁹⁾ VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 59.

onde seja possível verificar “*um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante – de modo a que o critério valorativo adoptado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro*”⁽²⁶⁰⁾.

Ora, os casos análogos são os outros direitos absolutos nos quais tal preceito exista. A esse respeito existem todos aqueles anteriormente vistos. Parece ser de aplicar a direitos absolutos carentes de uma previsão substantiva específica neste sentido.⁽²⁶¹⁾ De facto, nada aponta para que devam apenas ser reconhecidas a algumas situações absolutas pretensões preventivas e a outras não. Não parece haver, por parte do legislador, nestes casos “*silêncios da lei*”⁽²⁶²⁾ significativos, isto é, que possam “*traduzir uma resposta da lei a certa questão de direito*”⁽²⁶³⁾.

A mesma solução parece ser de aplicar, *mutatis mutandis*, aos direitos ditos relativos, possibilitando a sua defesa preventiva.

A condenação obtida por via desta acção deverá ser mutável, ou seja, o caso julgado que se formará não deverá poder ser barreira à alteração da sentença, que se necessitará de adequar à realidade. Esta não é estática e, por via disso, é incompatível com decisões estáticas, decisões cuja base foi tida durante um certo período histórico que pode não corresponder ao actual. Claro que esta alteração não poderá ocorrer sem que haja motivo sério para tal (ou até que corresponda a mera mesquice de quem a proponha), sob pena de não se salvaguardar um princípio fundamental do direito: a segurança jurídica.

Este tipo de acção possui o inconveniente de, tal como outras acções declarativas condenatórias de obrigações, estar sujeita ao incumprimento por parte do réu. Não haverá mais do que “*um enunciado dirigido ao réu da existência in caus do direito a um comportamento passivo cuja titularidade o autor invoca, por verificação da subsunção dos elementos de facto a previsões normativas*”⁽²⁶⁴⁾. Em caso de incumprimento, será necessário a proposição de uma acção executiva de forma a atingir o fim pretendido. O que, como se advinha, levará a que numa situação em que o tempo seja factor importante na utilidade da acção negatória, haja mais um período temporal no qual não se consegue fazer prevalecer o direito. Face a este problema será necessária a decretação de uma providência cautelar que previna danos deste *periculum in mora*. Contudo, esta providência nem sempre será idónea a prevenir o ilícito, já que a mesma

⁽²⁶⁰⁾ MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito...*, op. cit., pág. 202.

⁽²⁶¹⁾ Cfr. SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de Reacção...*, op. cit., pág. 108.

⁽²⁶²⁾ MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito...*, op. cit., pág. 201.

⁽²⁶³⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²⁶⁴⁾ PINTO, RUI, *A Questão...*, op. cit., págs. 490.

visa o dano. Uma vez que a *actio negatoria* e as providências cautelares visam fins diferente, poderá acontecer que hajam situações onde se sente a necessidade de prevenir um ilícito mas que, por falta de dano no seu cometimento, não existirá como assegurar o direito à abstenção.

Ora, no Brasil, o legislador apercebeu-se destes problemas e procedeu à sua correcção. Neste ordenamento há a possibilidade de o tribunal antecipar os efeitos da decisão final (ao estilo de uma providencia cautelar, só que esta visaria o ilícito), de aplicar uma sanção pecuniária compulsória para estimular o cumprimento do comando emitido e, a final, executar a condenação sentenciada pelo juiz, tudo no mesmo processo. Esta parece ser uma solução que se coaduna melhor com o direito de abstenção e que melhor o satisfaz. É assim uma solução que parece merecer atenção e que o ordenamento jurídico português deverá acompanhar de perto.

Bibliografia

- ALPA, GUIDO, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Giuffrè, 1975
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil: (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, 2002
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito civil. Reais*, 5.ª Edição, Coimbra, 1993
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume I, Coimbra Editora, 2000
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume II, Coimbra Editora, 2000
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume III, Coimbra Editora, 2000
- BEAN, DAVID, *Injunctions*, Thomson/Sweet & Mawell, 2004
- CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, 13.ª Edição, Beck, 1994
- CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, RDP 40/1, 1985
- CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Giappichelli, 1997
- CHIARLONI, SERGIO, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, A. Giuffrè, 1980
- COMOGLIO, LUIGI PAOLO, FERRI, CORRADO e TARUFFO, MICHELE, *Lezione sul processo civile*, Pavia: Il Mulino, 1995
- CORDEIRO, MENEZES, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas in ROA ano 65 volume II*, 2005, disponível em www.oa.pt
- CORDEIRO, MENEZES, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, 1997
- CORDEIRO, MENEZES, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex-Edições Jurídicas, 1993
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Lições de Direitos Reais*, 4ª ed., Lisboa, 2006
- FONSECA, TIAGO SOARES DA, *Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um Olhar Sobre a Jurisprudência*, in ROA, Ano 66, 2006
- FRADA, CARNEIRO DA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, 1994
- FRADA, CARNEIRO DA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Almedina, 2010
- FRADA, CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007
- FRADA, CARNEIRO DA / VASCONCELOS, MARIA JOÃO P. DE, *Danos económicos puros Ilustração de uma problemática*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, 2006
- FREITAS, LEBRE / PINTO, RUI / REDINHA, JOÃO, *Código Processo Civil Anotado*, Volume I, 2.º Edição, Almedina, 2008
- FRIGNANI, ALDO, *Inibitoria (azione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, volume 21, 1971

- FRIGNANI, ALDO, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, 1974
- HOHLOCH, *Die negatorische anspruche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht*, Frankfurt a. M., Metzner, 1976, pág. 126
- JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999
- JUSTO, SANTOS, *Direito privado romano, vol. III, Direitos reais*, Coimbra Editora, 1997
- JUSTO, SANTOS, *Direitos Reais*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2011
- LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13.^a ed., Beck, 1994, 700. (672-717).
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, 8.^a Edição, Almedina, 2010
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito de Autor*, Almedina, 2010
- MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15.^a Reimpressão, Almedina, 2006
- MAIA, JOSÉ MOTA, *Propriedade Industrial*, volume I, Almedina, 2003
- MARKY, THOMAS, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8.^a edição, São Paulo: Saraiva, 1995
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela Inibitoria*, 2006, disponível em www.academia.edu
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*, in *ROA – Ano 62 – Vol. I*, 2002, disponível em www.oa.pt.
- NETO. ABÍLIO, *Código Processo Civil Anotado*, 23.^o Edição, Ediforum, 2011
- OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, volume I, 2.^o Edição, Almedina, 2005
- PESSOA, JORGE, *Ensaio Sobre Os Pressupostos Da Responsabilidade Civil*
- PEREIRA, MARIA DE LURDES / MÚRIAS, PEDRO, *Obrigações primária e obrigação de indemnizar*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Almedina, 2011
- PINTO, RUI, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2009
- PINTO, RUI, *Critérios judiciais de convalidação não homogénea pelo art. 16º do Regime Processual Civil Experimental*, in *Colectânea de estudos de processo civil*, Coimbra Editora, 2013
- RAPISARDA, CRISTINA/ARUFFO, MICHELE, *Inibitoria*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume 17
- REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil anotado*, volume I, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 1948

- SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1995
- SILVA, PAULA COSTA E, *Meios de reacção civil à concorrência desleal*, in *Concorrência Desleal* [autores vários], Almedina, 1997
- SILVA, PAULA COSTA E, *Posse ou posses*, Coimbra Editora, 2004
- SILVESTRI, ELISABETTA e TARUFFO, MICHELE, Esecuzione forzata. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13
- SOUSA, TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, 1997
- VARELA, ANTUNES / LIMA. PIRES DE, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 1987
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10^a edição
- ZEUNER, ALBRECHT, *Gedanken zur Unterlassungs - und negativen Feststellungsklage*, Mohr (Siebeck), 1963

Jurisprudência

Acórdãos do STJ:

- Processo n.º 284/06.0TBFND.C1.S1 de 09 de Fevereiro de 2010
- Processo n.º 359/09.4YFLSB de 10 de Setembro de 2009
- Processo n.º 1593.08.0TJLSB.LL.S1 de 12 de Maio 2011
- Processo n.º 419/06.3TCFUN.L1.S1. de 07 de Abril de 2011
- Acórdão de 9 de Outubro de 2001
- Processo n.º 854/10.2TJPRT.S1 de 31 de Maio de 2011
- Processo n.º 07A2022 de 20 de Junho de 2007
- Acórdão de 2 de Junho de 1977, *BMJ*, n.º 268, págs. 268 e ss..

Acórdãos do TRL:

- Processo n.º 661/08.2YYLSB-B.L1-2 de 05 de Novembro de 2009
- Processo n.º 18645/10.9T2SNT.L1-2. de 27 de Outubro de 2010
- Processo n.º 661/08.2YYLSB-B.L1-2 de 05 de Novembro de 2009
- Acórdão de de 2 de Março de 1960, in *Jurisprudência de Relações*, 6.º, 225.

Acórdãos do TRP:

- Processo n.º 981/09.9TYVNG.P1. de 31 de Outubro de 2013
- Processo n.º 857/99.6TBPRD de 30 de Abril de 2009
- Processo n.º 857/99.6TBPRD de 20 de Abril de 2010

Acórdãos do TRG:

- Processo n.º 407/05.7TBBCL-D.G1 de 15 de Setembro de 2011

Acórdãos do TRC:

- Processo n.º 362-B/2002.C1. de 27 de Outubro de 2009
- Processo n.º 429/07.3TBTBU.C1 de 09 de Abril de 2013
- Processo n.º 1506/03.5TBPBL.C1 de 09 de Fevereiro de 2010

Acórdãos do TRE:

- Processo n.º 80/07-3. de 03/05/2007