

ANOTAÇÃO(*)

Revisitando a estabilidade e a modificação
do caso julgado arbitral:
quando o futuro desmente a prognose

Relatores: Paula Costa e Silva
Nuno Trigo dos Reis

1. Em 22 de setembro foi proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça o Acórdão objeto da anotação que se seguirá. Conforme afirmação do próprio Supremo, tratou-se do primeiro caso em que foi requerida a anulação de um acórdão arbitral que procedera à modificação de acórdão pretérito e que transitara em julgado. No presente contexto, não releva a circunstância de estar em causa a anulação de um acórdão arbitral. Aquilo que nos interessa é o facto de ter sido considerada admissível, quer pelo tribunal arbitral que julgou a ação modificativa do caso julgado formado por acórdão arbitral anterior, quer pelos tribunais estaduais que sobre este juízo de admissibilidade vieram a pronunciar-se, a modificação do caso julgado arbitral. Tanto o tribunal arbitral que julgou a ação modificativa, como os tribunais estaduais enfrentaram um problema que, no contexto em que foi colocado, é novo. Meio de alteração de uma decisão pouco conhecido no contexto da arbitragem voluntária⁽¹⁾, a

(*) Anotação ao Acórdão Processo n.º 660/15.8YLSB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça.

(1) Sobre esta matéria, cf. o nosso *Acção modificativa do caso julgado arbitral* —

modificação do caso julgado encontra previsão expressa no contexto da impugnação das decisões proferidas por tribunais estaduais (cf. art. 619.º, CPC). Este seria já motivo bastante para a presente anotação que visa chamar a atenção para este enorme avanço da nossa jurisprudência numa matéria central: a da tensão entre a estabilidade da decisão e a erosão dos seus fundamentos⁽²⁾.

2. O caso e a solução que as diversas instâncias lhe deram são singulares e compreendem-se perante uma peculiaridade do direito positivo português da responsabilidade. Numa regra de verdadeira antecipação de tutela por adjudicação imediata de uma indemnização por danos a verificar no futuro (cf. art. 564.º, n.º 2, CC), o direito português permite, de forma expressa, que o tribunal condene o lesante na indemnização imediata desses danos, desde que prováveis⁽³⁾. Fazendo o tempo do processo correr em benefício do lesado — porque o direito material escolhe ser *imediatamente exigível a indemnização de danos ainda não verificados*, o lesante não precisa aguardar pela respetiva consumação para, através de nova ação, os demonstrar e liquidar, aí conseguindo obter nova condenação do lesante —, a condenação em dano futuro acaba por compartilhar do fundamento de modificação de uma composição heterónoma tendencialmente imutável, apesar de escapar à respetiva previsão legal, o já referido art. 619.º, CPC). Na verdade, o sistema não prevê, *expressis verbis*, a modificação do caso julgado quando, tendo havido condenação em indemnização de dano futuro, o tempo venha a revelar o desacerto desta condenação. Perceba-se, não porque o dano, apesar de futuro, fosse de verificação improvável aquando da condenação: nesta hipótese, a decisão modificando padeceria de *error in iudicando* porquanto, movimentando-se fora dos parâmetros e, mais grave, das razões materiais de atribuição imediata de uma prestação a que só no

um meio de impugnação esquecido, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74 (2014), II, pp. 425-441.

⁽²⁾ Sobre este problema, cf. o nosso *Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar*, in Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, volume II, Almedina, 2012.

⁽³⁾ V. o nosso *Acção modificativa...*, *cit.*, p. 426.

futuro se saberá ter o credor efetivamente direito, teria afinal aplicado a norma do art. 564.º, n.º 2, CC, a casos não análogos àqueles que justificam aquela regra. O conjunto de hipóteses que nos interessa e no contexto do qual foi proferida a decisão do Supremo que agora se anota é distinto: trata-se de situações em que, aquando da condenação, o dano podia ser qualificado como provável ou, dito de outro modo, todos os elementos do processo denotavam a probabilidade da sua verificação. Mas *tempus rerum imperator!* A previsão pode falhar, o que se pensou ser provável quanto à sua verificação pode verificar-se insuscetível de ocorrer. Como fazer nestes casos? Manter uma decisão que condenou a parte a indemnizar a outra por dano futuro que afinal se vem a saber insuscetível? Mas nesta hipótese não há qualquer indemnização porque não há nenhum dano; quando muito, haverá um empobrecimento do lesante em benefício do lesado. Mas qual seria a causa possível de tal atribuição patrimonial? Material, será difícil de identificar. Será esta causa estritamente processual? Será, afinal, a atribuição patrimonial justificada por uma decisão que, prevendo o que não veio a suceder, atribui ao lesado um direito em que o direito material o não encabeça? Terá o caso julgado eficácia constitutiva de situações jurídicas ausentes de pressupostos materiais?

Foi este o universo de questões enfrentadas na decisão arbitral de que acaba por emergir o acórdão do Supremo que comentaremos. Mas, atrás de si, este aresto tem uma longa história. Será revelada porquanto demonstra como *a necessidade aguça o engenho* e como *a justiça tarda mas não falha*.

3. O caso que agora culmina com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 2016, começou em julho de 2009. Aquela que, no acórdão sob anotação, é a parte recorrida, fora demandada em ação arbitral. Contra ela era proferida, naquela data (julho de 2009) acórdão que a condenava no pagamento de uma indemnização. Até aqui, nenhuma particularidade. Esta surge na medida em que o tribunal arbitral não apenas lhe impôs o pagamento de indemnização por danos verificados à data do encerramento da instrução, como ainda a condenou no pagamento de danos futuros. Estes correspondiam ao lucro expectado pela venda

na sequência de urbanização de dois lotes de um determinado prédio. A frustração da parte demandante de poder beneficiar, por conduta então imputada à demandada, do produto da venda, determinou a condenação desta na indemnização por um dano futuro, aquele que, no entender do tribunal arbitral, se verificaria quando viessem a ocorrer a urbanização e a venda. A demandada entendia não ser possível considerar o dano futuro em cuja indemnização fora condenada como provável; porém, porque havia renunciado ao recurso, consultados sobre este caso afirmámos que a decisão, porque insuscetível de impugnação com fundamento em *error in iudicando*, deveria manter-se.

Se bem que, na época, nada se pudesse fazer, o caso nunca deixou de estar no nosso horizonte. Impressionava a possibilidade de a parte ter de suportar o pagamento imediato de uma indemnização no valor de dezenas de milhões de euros, quando o dano ainda não se havia consumado. E mais, na posse da decisão arbitral, a demandante instaurara execução, na qual pedia a agressão do património da demandada em € 5 milhões, correspondentes ao valor da cláusula penas inserta no contrato originário. Diversos factos, todos eles desfavoráveis à demandada, se foram sucedendo no tempo. O primeiro, a declaração de nulidade do loteamento pelos tribunais estaduais competentes. O segundo, a anulação da hasta pública através da qual a demandada adquirira um dos lotes a urbanizar. Nulidade do loteamento e anulação da aquisição, factos que, na sua aparência, se revelavam totalmente desfavoráveis à demandada, acabavam por determinar uma consequência: o fundamento de que partira o tribunal arbitral para condenar a demandada em indemnização por dano futuro era, naquele preciso momento, de verificação juridicamente impossível. Isto porque a urbanização e a venda pressupunham o encabeçamento da demandada no direito de propriedade, encabeçamento que, por invalidade dos títulos de aquisição, afinal não ocorrera. O dano futuro, ainda que pudesse considerar-se provável, mostrou-se naquela data juridicamente impossível.

4. Perante este estado de coisas, tem aplicação o provérbio: *a necessidade aguça o engenho*.

Quando a demandada nos relata que fora anulada a hasta pública, perguntando-se como poderia suportar uma indenização que pressupunha o que ela afinal não tinha como fazer (urbanizar e vender o que, juridicamente, se declarou não lhe pertencer), a resposta emergiu: seria injusto que a indenização tivesse de ser suportada com fundamento na decisão arbitral condenatória uma vez que esta pressupunha uma razão — a urbanização e a venda com certo lucro estimado — que se concluía não poder verificar-se. Porém, numa análise *prima facie*, a barreira do caso julgado parecia impedir a reposição do equilíbrio: a decisão arbitral condenatória tornara-se imutável. Mas logo avultava nova pergunta: sendo certo que o efeito constitutivo do caso julgado não pode ser desconsiderado, aceitaria o Sistema uma solução tão injusta quanto aquela que impunha a indenização de um dano que se sabia, na altura e perante o estado de coisas então existente, não poder verificar-se? A resposta surgiu-nos como evidente: o Sistema repudiava esta solução. E permitia a correção do resultado flagrantemente injusto através da modificação do caso julgado. Instituto relativamente pouco conhecido mesmo na área da jurisdição estadual, tinha aqui plena aplicação. Ou, pelo menos, assim nos pareceu desde o primeiro instante: a falta de previsão legal quanto à modificabilidade do caso julgado em situações como aquela que fora submetida à nossa apreciação — a disposição normativa apenas parece prever a modificação nos casos em que o réu tenha sido condenado a prestar alimentos ou à realização de prestações dependentes, na sua medida e duração, de circunstâncias especiais — não podia impedir a força da metodologia, nomeadamente no que respeitava ao raciocínio — ou argumento, se assim se preferir — analógico. O nosso caso, não sendo externamente em nada igual a nenhum dos outros em que a lei admite a modificação, era-lhes em tudo semelhante, de um ponto de vista valorativo: o que justificava a modificabilidade nas hipóteses cobertas pelos arts. 619.º, n.º 2, CPC, e 282.º, n.º 2, CPC, eram exatamente os mesmos índices críticos que estavam presentes no nosso caso. Deste modo, resolvê-lo de modo equivalente colocava-nos *intra ius*. Com todos os riscos apontados às soluções que rompem com os limites decorrentes dos enunciados normativos a fim de atribuir coerência axio-

lógica ao sistema⁽⁴⁾, havia que alargar o âmbito de aplicação literal das regras pois casos idênticos haverão de ser resolvidos pela mesma norma. Neste sentido emitimos a nossa posição junto da então demandada, agora recorrida. A relativa segurança com que então lhe enunciámos a solução para o problema posto — criação de um estado jurídico de coisas que impossibilitava a verificação do dano futuro em cuja indemnização a demandada havia sido condenada cinco anos antes —, quanto à ação a propor e à pretensão a formular — ação modificativa do caso julgado arbitral, com necessária alegação dos factos essenciais de que dependia a decisão préterita e do modo como estes vieram a verificar-se no tempo —, foi sendo adquirida ao longo do tempo.

5. Dois marcos foram fundamentais na construção e na consolidação do nosso pensamento: o primeiro, a integração de um dos autores do presente texto em júri de provas de doutoramento da Doutora Isabel Alexandre, ocorridas em final de janeiro de 2012, ou seja, perto de seis meses depois de termos tomado contacto com o acórdão arbitral. Apresentando-se a provas com uma tese muito interessante sobre *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, a então candidata retomava um tema que, em tese de doutoramento, havíamos deixado relativamente em suspenso: o impacto da alteração das circunstâncias nos negócios processuais entretanto homologados por decisão transitada em julgado⁽⁵⁾.

Praticamente em simultâneo com a preparação da arguição da Doutora Isabel Alexandre, trabalhámos o problema da *Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar*, destinado a integrar nos Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, datados de 2012. Tudo confluía num mesmo sentido: a busca

⁽⁴⁾ Por último, entre nós, sobre os problemas da subdeterminação deontica e da inconsistência, concluindo pela inadmissibilidade de decisões *contra legem* justificada pela coerência axiológica do sistema, assente numa *ratio iuris* constituída por princípios e valores fundamentais e baseada em critérios indeterminados, JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, Almedina, 2016, §5.º [p. 130].

⁽⁵⁾ PAULA COSTA E SILVA, *Ato e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 617 e segs., onde nos ocupámos da ligação entre os atos postulativos e a alteração de circunstâncias.

de uma resposta para os casos em que a decisão pressupõe *circunstâncias* — termo que, aqui, usamos com ambiguidade já que foi tratado no estudo acabado de referir — que, ao longo do seu tempo de provocação de efeitos, se alteram.

Adquirida a resposta a dar ao entrosamento entre o caso julgado e a obrigação de indemnizar, pelos anotações de que dispomos *já em 2012 comunicámos ao então consulente, o demandado e agora recorrido, que estava aberta a via da modificação do caso julgado caso se verificassem factos que pudessem determinar a erosão dos fundamentos da sua condenação em indemnização de danos futuros.*

6. E tais factos adversos ao demandado/recorrido vieram efetivamente a ocorrer ao longo do tempo que se seguiu. Neste contexto, apresentámos definitivamente a solução do caso ao consulente: havia que instaurar uma ação modificativa do caso julgado no momento em que as decisões de declaração de nulidade do loteamento e de anulação da hasta pública adquiriram estabilidade. Não obstante as resistências iniciais — que não podem deixar de se compreender atendendo à circunstância de ter sido, porquanto pudemos apurar na altura, entre nós pela primeira vez trilhado o caminho da modificação do caso julgado arbitral por meio de ação própria — o então demandado aceitou o parecer que lhe demos: instaurou a ação modificativa, fundada nos factos que havíamos identificado como factos essenciais.

O tempo veio a dar-lhe razão: tanto o tribunal arbitral, quanto os tribunais estaduais que sobre o caso se pronunciaram, julgaram admissível a modificação do caso julgado arbitral. Estava fundamentado o segundo provérbio: *a justiça tarda mas não falha.*

7. No *interim*, publicámos o estudo *Ação modificativa do caso julgado arbitral — um meio de impugnação esquecido*, datado de 2014. Este mais não era do que a transposição, para um só texto, de todas as conclusões que havíamos até então alcançado quanto à modificabilidade do caso julgado, com uma pequena expansão: se a modificação do caso julgado foi, desde sempre, aceite como meio de adaptação de decisões estaduais à conforma-

ção futura do estado de coisas pressuposto, seria este meio aplicável à decisão arbitral? A pergunta parece tão espúria que mal se justificaria o texto. Mas havia que lhe dar resposta direta já que, pela primeira vez, se desafiava, também, o aparente fechamento dos meios de impugnação de decisões arbitrais. Para não falar já no corte de amarras que o direito da arbitragem, como todos os direitos que visam autonomizar-se⁽⁶⁾, pretende operar face à teoria geral do processo, construída sobre as formas de realização da justiça por intermédio de órgãos estaduais. Como veremos, o facto de se ter afirmado, logo em 2014, que não haveria razão para excluir a pretensão modificativa quando o suporte fosse, não uma decisão estadual, mas sim uma decisão arbitral, revelou-se crucial: os tribunais estaduais que tiveram de se pronunciar acerca da admissibilidade deste meio fundaram esta valoração na equivalência entre decisão de tribunal arbitral e decisão de tribunal estadual.

8. Feita a arqueologia, passemos, então, ao passado recente. O que nos vai interessar, em primeiro lugar, é o *iter* que liga a decisão modificativa do caso julgado ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em setembro de 2016. Mas, para a exata compreensão do caso, é essencial que se tenham presentes os factos que arrumámos sob a nossa descrição arqueológica. Ocorre pensar que a palavra verdade tinha, em grego clássico, dois termos de expressão: transliterados, *aletheia* e *mnemosine*. Sem memória ou com memória adulterada, a realidade permanece velada, sendo a verdade — ou, talvez com maior rigor, o juízo de verdade — congenitamente intangível.

9. Inconformado com a decisão arbitral, datada de 2014, que determinou a modificação do *quantum respondeatur* em que havia sido condenada pela decisão arbitral de 2009, o então demandado requereu a anulação do acórdão arbitral. Como era

⁽⁶⁾ Sobre os métodos de que se socorrem os juristas sempre que pretendem criar ramos ou áreas no Direito, assim justificando a emergência de novos atores, cf. PAULA COSTA E SILVA, *Ato e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 123 e ss., quanto à autonomização do contencioso administrativo.

expectável⁽⁷⁾, a então demandante invocou, entre outros, a inadmissibilidade da ação modificativa como meio de impugnação da decisão arbitral, a violação do caso julgado da decisão anteriormente proferida e a não inclusão da pretensão anulatória no conteúdo da convenção de arbitragem. O Tribunal da Relação julgou improcedente o pedido de anulação⁽⁸⁾, considerando justificada uma *«ação modificativa de uma decisão arbitral anterior, fundada na superveniência de alguns factos que alteraram os pressupostos da verificação do dano reconhecido na primeira decisão»*. Não haveria, assim, qualquer violação do caso julgado, porquanto a decisão arbitral se movimentava *«entre a análise do sentido e alcance da primeira decisão, proferida no ano de 2009, e a valoração dos factos supervenientes que foram invocados para fundar a modificação do decidido»*. Os factos essenciais de que dependia a procedência da primeira ação, nomeadamente, a verificação de certos danos — os lucros cessantes futuros que proviriam da promoção do empreendimento imobiliário previsto realizar nos terrenos da Feira Popular, ou subsidiariamente, nos terrenos do Parque Mayer —, haviam sido primeiramente julgados como assentes. A prova de tais factos permanecia indiscutida: de facto, na ação modificativa, o tribunal arbitral não procedera à correção do juízo de prognose do primeiro decisor acerca da verificação futura do dano que estava em causa, limitando-se a apreciar, de forma individualizada e criteriosa, *«os factos considerados supervenientes, em que assentou a conclusão de que a pena se tinha tornado excessiva, à luz da própria decisão arbitral»*. O Tribunal da Relação considerou que a demarcação do alcance do caso julgado da sentença arbitral não poderia deixar de fazer-se de acordo com o disposto no art. 621.º do CPC, uma vez que a decisão arbitral é funcionalmente equiparável à decisão proferida por um tribunal estadual

(7) Os fundamentos em que a agora recorrente estribou a anulação foram alguns dos obstáculos que o então consulente e aqui recorrido opunha ao sentido da opinião que lhe veiculámos quando ocorreu a preparação da ação modificativa. Por esta razão dizemos que a sua dedução era expectável.

(8) V. Ac. do TRLX. de 28-Jan.-2016 (FARINHA ALVES), Proc. n.º 660/15.8YRLSB-2, disponível em <www.dgsi.pt>.

(art. 42.º, n.º 7 da LAV): a sentença arbitral constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga, não obstante à dedução de um novo pedido, fundado em factos essenciais ocorridos em momento ulterior à fixação definitiva do objeto do processo.

10. Considerando ser aquela a primeira vez que se confrontava com a questão da relevância dos factos supervenientes ao trânsito em julgado da ação condenatória no pagamento de uma indemnização por um dano futuro, concluiu o Tribunal que não via *«como poderia ser recusada a possibilidade de uma decisão jurisdicional ser modificada se os factos em que assentou vierem a sofrer alteração relevante posterior, designadamente, deixando de se verificar»*, sendo *«evidente que o trânsito em julgado da decisão não tem a virtualidade de conformar a realidade ao que nela foi pressuposto»*. A invocabilidade dos factos ulteriores ao trânsito em julgado da decisão que afectarem os seus pressupostos seria, na substância, comparável à invocabilidade da *«alteração relevante, verificada na pendência da causa»*, a qual deve ser atendida na decisão a proferir, se for oportunamente invocada pela parte interessada: ambas as situações seriam, portanto, manifestações da relevância processual da superveniência dos factos essenciais à apreciação do mérito da pretensão. A possibilidade de invocar os factos supervenientes ao trânsito em julgado a fim de requerer a modificação ou a adaptação dos efeitos da decisão transitada ao novo enquadramento fáctico, talqualmente ele se apresenta no presente, encontra-se, de resto, materialmente ancorada no direito à tutela jurisdicional: *«[...] é apodíctico que tal situação é merecedora de tutela jurisdicional e, por conseguinte, não deve deixar de ser reconhecido o correspondente direito de ação»*.

11. Uma vez mais inconformada com a decisão que julgou improcedente o pedido de anulação da decisão arbitral modificativa⁽⁹⁾,

⁽⁹⁾ Chamando a atenção para esta decisão e acentuando os riscos de uma aceitação da ação modificativa do caso julgado arbitral, DUARTE G. HENRIQUES, *Arbitral Awards modifying Arbitral Awards? The Principle of "Equilibrium" of arbitral awards*, publicado em *European International Arbitration Review*, 2016, vol. 4.2., pp. 59-68.

a então autora da ação de anulação — recorde-se, demandante na ação arbitral cujo acórdão foi proferido em 2009 — dela interpôs recurso.

O Supremo Tribunal de Justiça, através do acórdão que agora se anota, veio a julgar improcedente o recurso, reafirmando a inexistência de quaisquer vícios do acórdão arbitral que justificassem a sua anulação. O Supremo não se limitou, no entanto, a reconhecer a admissibilidade da ação modificativa do caso julgado: foi mais longe, a ponto de afirmar que a tese contrária, ao restringir injustificadamente o direito de ação, se afigura como uma interpretação das normas sobre o alcance do caso julgado *desconforme com a Constituição*, afirmando: «*a autora questiona fundamentalmente, a admissibilidade da ação modificativa de anterior decisão transitada. Mas, com todo o respeito, inconstitucional seria não admitir a possibilidade dessa ação, uma vez assente que determinado segmento da anterior decisão assentou na pressuposição de factos futuros que acabaram por não se verificar*». Na fundamentação, não deixou de sublinhar as *especificidades do caso concreto*, traduzidas, por um lado, na circunstância de os factos supervenientes ao trânsito em julgado surgirem como factos essenciais para a procedência do pedido indemnizatório: (i) o proferimento do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul proferido na ação popular proposta em 29-Mar.-2012, e que, ao declarar a nulidade do contrato de permuta do Parque Mayer e dos terrenos da Feira Popular, teria inevitavelmente inviabilizado a realização do projeto imobiliário perspectivado pelas partes, «*abalando decisiva e consequencialmente a existência de lucros cessantes futuros, tidos por prováveis na primeira arbitragem realizada*»; (ii) a atuação do Município de Lisboa, consubstanciada na aprovação de um novo Plano de Pormenor para o Parque Mayer, o qual, «*ao prever uma utilização daquele espaço orientada, em larga medida, para fins de interesse público, teria identicamente inviabilizado qualquer hipótese de exploração privada de um empreendimento imobiliário, objeto de permuta*». A verificação, cumulativa, destes factos implicava a impossibilidade de verificação do dano futuro. Por outro lado, tais factos supervenientes — uma decisão jurisdicional, transitada em julgado, e um ato normativo de natureza regulamentar —

eram facilmente demonstráveis no processo: eles eram suscetíveis de prova documental e encontravam-se, na verdade, provados por documento autêntico junto aos autos da ação modificativa.

12. Os três acórdãos a que nos referimos, nos seus aspetos essenciais, não podem deixar de merecer a nossa inteira concordância. Neles encontramos confirmada a justeza da nossa construção, que expusemos em momento anterior ao proferimento da decisão arbitral modificativa. No direito português, a obrigação de indemnização compreende os danos que o lesado vier a sofrer em momento ulterior ao momento da definitiva estabilização do objeto processual (ao termo da audiência de discussão e julgamento), *vg.*, os danos futuros (danos emergentes ou lucros cessantes), conquanto a sua verificação se mostre *ex ante* como um facto *previsível* para o decisor, ainda que tais não sejam já determináveis (art. 564.º, n.º 2 do CC). A decisão condenatória na indemnização do dano futuro, assente no juízo de prognose, uma vez transitada em julgado, torna indiscutível entre as partes o acerto do juízo de prognose quanto à probabilidade de verificação futura do dano. Como sucede em qualquer ação, os efeitos do caso julgado limitam-se aos pressupostos fácticos essenciais da decisão, mais precisamente, aos factos essenciais que, constando do objeto do processo, puderam ser alegados pelas partes num contexto de plena contraditoriedade. A verificação de factos ulteriores com incidência no crédito indemnizatório, seja no sentido de um agravamento dos danos face ao que era previsível, seja no sentido do impedimento da sua verificação, devem poder ser invocados ulteriormente, por duas ordens de razão.

13. A invocabilidade dos factos supervenientes que agravem, diminuam ou impeçam a ocorrência do dano futuro, impõem-se como única solução compatível com os dados do *direito substantivo*: a manutenção dos efeitos da decisão transitada significaria a violação do princípio da compensação, na sua expressão positiva — o princípio do ressarcimento integral dos danos — quando a evolução ulterior dos acontecimentos revelasse que a situação real do lesado era afinal mais desfavorável do que o previsto, ou na sua

expressão negativa — o princípio da proibição do enriquecimento do lesado — quando a situação real do lesado fosse mais favorável do que o previsto, no limite, quando ela ilustrasse que o dano futuro, afinal, não se verificara⁽¹⁰⁾.

Era esta última hipótese que se verificava no caso concreto.

Na parte em que exceda o valor do dano real e comprovadamente suportado pelo lesado, a obrigação perde o sentido de uma indemnização, por colocá-lo numa situação melhor do que aquela em que ele se encontraria se o evento não se tivesse verificado, traduzindo-se num enriquecimento injustificado para o lesante. Cabe, assim, concluir que os benefícios da intangibilidade da decisão sobre o crédito indemnizatório e o valor da paz jurídica que a concentração dos juízos possíveis sobre o dever de indemnizar num único momento pretende assegurar devem ser articulados e conciliados com outros princípios relevantes do direito da indemnização. É justamente o mais relevante desses princípios na escala de valorações da ordem jurídica — o princípio do ressarcimento integral dos danos ou da realização da finalidade ressarcitória da responsabilidade —, que justifica a possibilidade de condenação do devedor na indemnização de um dano futuro. Mas este não permite sacrificar a natureza estritamente ressarcitória dessa mesma responsabilidade, o que equivale a afirmar que à parte condenada a indemnizar danos futuros tem de ser reconhecida a possibilidade de demonstrar que, em concreto, a situação real do lesado diverge da previsão anterior⁽¹¹⁾.

De resto, a invocabilidade de factos supervenientes, relevantes para o apuramento do dano real reconduz-se a um conjunto de problemas de direito substantivo mais geral, qual seja o da *relevân-*

⁽¹⁰⁾ O sentido da norma que permite o ressarcimento dos danos futuros é, assim, apenas o atribuir ao credor o benefício da tutela indemnizatória, ao mesmo tempo que mitiga o risco da insuficiência dos meios do devedor para satisfazer o crédito indemnizatório no futuro. Neste sentido, por ex., A. VAZ SERRA, «Anotação ao Ac. do STJ de 22-05-1979», *RLJ*, 112.º, n.º 3654, pp. 328-9, «[o] tribunal não pode atender a um momento posterior ao da sentença, a não ser que o dano futuro seja previsível e possa já ser calculado no momento desta. Se não o puder ser então, pode o tribunal reservar o dano ulterior, e, de qualquer modo, pode o credor exigir nova indemnização quando o dano só depois da sentença se tiver verificado ou puder ser apreciado.

⁽¹¹⁾ De novo, «Estabilidade e caso julgado...», *cit.*, pp. 301 e ss.

cia do tempo na obrigação de indemnizar e, em especial, o momento relevante para a fixação do objeto da prestação indemnizatória⁽¹²⁾.

(12) No direito alemão, o entendimento dominante é hoje o de que o termo da audiência de discussão e julgamento, como último momento em que é admissível aduzir-se factos novos para proceder ao cômputo da indemnização, constitui um referente meramente processual, não sendo possível extrair dele uma norma material sobre o momento relevante para apurar a situação real do lesado; a posição contrária, tributária da teoria da diferença, na sua versão original, foi defendida, além de F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetschke, Braunschweig, 1855, p. 199, também por F. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, I, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1929, p. 214; H.-J. KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, Schwartz, Göttingen, 1954, p. 89, n. 53, mas encontra-se hoje ultrapassada. A estabilidade da obrigação de indemnizar apenas se atinge no momento do cumprimento da prestação indemnizatória; em consonância com isso, admite-se não apenas a possibilidade de valoração como dano de um estado de coisas anterior ao termo da audiência de discussão e julgamento, mas também a ponderação de ocorrências posteriores àquele momento, sacrificando-se a estabilidade da acção em homenagem à finalidade reparatória da obrigação de indemnização: LENT, «Welcher Zeitpunkt ist für die Bemessung des Schadensersatzes massgebend?» *DJ*, 1941, pp. 770 e ss.; STAUDINGER/*Werner*, § 249, Rdr. 23 e ss.; H. MÖLLER, *Summen- und Einzelschaden — Beiträge zur Erneuerung der Schadenslehre vom Wirtschaftsrecht*, de Gruyter, Hamburg, 1937, pp. 17 e ss.; P. DETLEFSEN, *Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile*, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe, 1969, pp. 30-40; A. ZEUNER, «Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden», *cit.*, p. 400; B. LEMHÖFER, «Die überholende Kausalität und das Gesetz», *JuS*, 1966, pp. 337 e ss. (p. 344); H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*³, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 45 e ss.; J. ESSER/E. SCHMIDT, *Schuldrecht*⁸, I/2, *cit.*, pp. 184-5; W. FIKENTSCHER/A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, *cit.*, p. 343; ALTKOMM/*Rüssmann*, Vor §§ 249-253, Rdr. 82; STAUDINGER/*Medicus*, § 249, Rdr. 240, pp. 108-9; MÜNCHKOMM/*Grunsky*, Vor § 249, Rdr. 129, p. 367; MÜNCHKOMM/*Oetker*, § 249, Rdr. 307, p. 381; STAUDINGER/*Schiemann*, Vor § 249, Rdr. 80, p. 44; SOERGEL/*Mertens*, Vor § 249, Rdr. 290, p. 314; P. GOTTWALD, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozess*, C. H. Beck, München, 1979, pp. 126 e ss.; M. SCHULTZ, «Schadensfortentwicklung und Prozessrecht», *AcP*, 191 (1991), p. 433 e ss. (455); BRIGITTE KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, L. Rohrscheid, Bonn, 1972, pp. 24 e ss. e 100 e ss.; SUSANNE WÜRTHWEIN, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001; p. 228. Na doutrina processualista: A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Springer, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1963, p. 435; MÜNCHKOMM/*ZPO/Gottwald*, § 323, Rdr. 7, p. 2055; H. ROTH, «Richterliche Prognoseentscheidung, Rechtskraftwirkung und materielle Gerechtigkeit im Fall der Abänderungsklage nach § 323 ZPO», *NJW*, 1988, pp. 1233 e ss., e WIECZOREK/*SCHUTZE/Büscher*, § 323, Rdr. 1, pp. 358-9. Entre nós, v., nesse sentido, também A. VAZ SERRA, «Obrigação de indemnização Obrigação de indemnização (Colocação). Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnização). Direito de abstenção e de remoção», *BMJ*, 84 (1959), pp. 5-303 (p. 259); P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*,

14. Em favor da suscetibilidade de modificação da decisão incidente sobre a pretensão indemnizatória depõem igualmente *ponderosas razões de ordem processual*.

Os factos supervenientes ao trânsito em julgado com relevância para o apuramento das consequências reais e concretas da lesão têm de poder ser invocados, por algum meio processual: trata-se de factos essenciais que, pela natureza das coisas, não podiam ter sido alegados pelas partes e que relevam para apreciação do mérito das suas pretensões. Neste sentido, não se pode deixar de aplaudir o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça: a admissibilidade da ação modificativa encontra justificação na perspectiva do direito de ação da parte, em termos que a prevalência de uma ideia de imunidade da decisão condenatória às superveniências que impedissem o ocorrência do dano constituiria um insuficiência de tutela daquele direito fundamental. Quer dizer, ante a inexistência *ex lege stricta* de um meio processual idóneo a fazer valer a pretensão da parte em invocar os factos supervenientes ao trânsito em julgado da decisão e que afectam os pressupostos que constituem o seu fundamento, esse meio teria de ser desenvolvido *praeter legem* pelo intérprete-aplicador, de modo a assegurar a possibilidade do exercício jurisdicional da situação jurídica material de que aquela é titular (art. 2.º do Código de Processo Civil).

15. Se é certo que não encontramos tipificada na lei processual a ação modificativa como um meio processual geral, não deixamos de encontrar no sistema indícios fortes no sentido do sua vigência. Nesse sentido depõe não apenas a norma que delimita objetivamente o caso julgado aos factos essenciais que integram o objeto da ação (art. 621.º do CPC), mas igualmente as disposições processuais que, versando sobre decisões que têm por base um estado de coisas futuro, admitem e regulam a sua modificabilidade,

Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 565-7. Mais restritivo, defendendo a ininvocabilidade da causa virtual em momento ulterior ao encerramento da discussão, de modo a que sentença corresponda ao estado de coisas existente nesse momento, ditada «por ponderosas razões de segurança jurídica», F. PEREIRA COELHO, *virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998 (Reimp.), p. 220, n. 80. V., com maior desenvolvimento, «Estabilidade e caso julgado...», *loc. cit.*, pp. 289 e ss.

após o trânsito em julgado, como aquelas que preveem a modificabilidade das decisões que condenem no cumprimento de obrigações de alimentos ou outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração (arts. 282.º, n.º 1 e 619.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), ou aquela que, com um alcance geral, determina a possibilidade de modificar a providência decretada num processo de jurisdição voluntária (art. 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil). No domínio da obrigação de indemnizar, o legislador civil admite a possibilidade de revisão do crédito indemnizatório fundada na superveniência nas situações em que indemnização tiver sido fixada sob a forma de renda (art. 567.º, n.º 2 do Código Civil)⁽¹³⁾.

16. Quando submetidas a uma interpretação integrada, as sobrecitadas disposições desvelam o acolhimento pelo sistema de um *princípio de modificabilidade* (ou de adaptabilidade) das decisões cujos efeitos, por incidirem sobre prestações duradouras ou futuras, se acham dependentes da verificação de um estado de coisas futuro⁽¹⁴⁾.

Este tipo de decisões, proferidas no âmbito de uma ação com um «*objeto processual temporalmente conformado*», comportam uma inevitável margem de incerteza quanto à sua estabilidade, pois uma alteração sensível da factualidade subjacente determina, nesse momento, a falta de justeza ou a incorreção da decisão transitada⁽¹⁵⁾. Ao contrário do que sucede tipicamente, os factos essenciais que compõem o objeto do processo não se reportam ao passado (por referência ao momento da propositura da ação); o objeto

⁽¹³⁾ O problema é aprofundado por ISABEL ALEXANDRE, *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Policopiado, 2010, pp. 531 e ss.

⁽¹⁴⁾ *Ação modificativa...*, cit., pp. 431 e ss.

⁽¹⁵⁾ O fenómeno não é, aqui, diverso da caducidade do caso julgado: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*², Lex, Lisboa, 1997, pp. 586-7: «*a decisão reporta-se à situação de facto existente no momento do encerramento da discussão (art. 663.º, n.º 1), mas não pode ser indiferente uma alteração ocorrida posteriormente. Quer dizer: também o caso julgado se encontra submetido ao princípio rebus sic stantibus e, por isso, deixa de valer quando se alteram os condicionalismos de facto em que a decisão foi proferida. [...] A caducidade do caso julgado ocorre quando deixa de se verificar a situação de facto subjacente à decisão*».

do processo tem, aqui, *a potencialidade de se projetar no futuro*, para além do momento em que a decisão deve ser proferida. Uma vez que as partes hão de poder alegar nesse processo todos os factos essenciais, e defender-se dos factos essenciais alegados pela parte contrária, a justaposição entre as fronteiras do objeto do processo e os pressupostos para a constituição das situações jurídicas processuais determina o reconhecimento da faculdade de modificar o próprio objeto processual.

17. O aspeto especial em todos os conjuntos de casos anteriormente identificados reside na circunstância de a modificação de factos essenciais ser *póstuma* ao próprio encerramento da instância em virtude do trânsito em julgado de uma decisão que haja conhecido do mérito da causa⁽¹⁶⁾. Não admitindo a lei processual a possibilidade modificar, na instância entretanto extinta, o objeto da ação com fundamento na ocorrência de factos supervenientes ao trânsito em julgado, cabe concluir que a invocabilidade de tais factos terá de ocorrer por via de uma nova ação — uma ação modificativa — cujo objeto, sendo diverso do da ação anterior, é com ele parcialmente coincidente⁽¹⁷⁾: o pedido traduz-se na modificação dos efeitos jurídicos produzidos pela decisão transitada e o objeto da ação modificativa nos factos jurídicos essenciais ocorridos após o momento em que se fixou definitivamente o objeto da primeira ação.

18. Conforme escrevemos anteriormente⁽¹⁸⁾, a natureza da jurisdição é neutra quanto à modificabilidade das decisões. Por radicar numa exigência de justiça material, a pretensão à modificação da decisão jurisdicional fundada em factos relevantes cuja verificação supera, temporalmente, o momento do proferimento da decisão deve ser reconhecida tanto na jurisdição estadual quanto na jurisdição arbitral. A celebração da convenção de arbitragem

⁽¹⁶⁾ V. o nosso «Estabilidade e caso julgado...», *cit.*, pp. 320 e ss.

⁽¹⁷⁾ *Ação modificativa...*, *cit.*, p. 432. Com desenvolvimentos, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *cit.*, pp. 770 e ss., pp. 825 e ss.

⁽¹⁸⁾ *Ação modificativa...*, *cit.*, pp. 438 e ss.

não pode ter o efeito de retirar às partes a pretensão à reposição do acerto da decisão arbitral a proferir: além de não ser esse o sentido que subjaz à vontade de vinculação à convenção, o efeito positivo desta não pode ser imune às exigências de justiça impostas pelo direito objectivo, incluindo a limitação dos efeitos das decisões jurisdicionais à regra *rebus sic stantibus*. É justamente por essa ordem de razões que, além de se admitir a modificabilidade do caso julgado arbitral, se deve partir do pressuposto de que a jurisdição competente é, à partida, a jurisdição arbitral.

19. No caso visado pelos três acórdãos, encontrava-se preenchida a *factispecies* própria da ação modificativa: o pressuposto fáctico em que assentou a decisão arbitral condenatória no pagamento de uma indemnização — a suportaçao na esfera do lesado de um dano secundário e futuro — não se verificou, tendo ao invés ocorrido após o trânsito em julgado daquela factos que, por atingirem os pressupostos da aquisição do proveito futuro pelo lesado, impossibilitavam a ocorrência do lucro cessante anteriormente julgado como provável. Tais factos conferiam ao então demandado um meio de defesa novo, que não poderia ter sido exercido no processo anterior: um facto impeditivo da suportaçao, pelo lesado, do dano futuro.

20. Se descontarmos a circunstância de, no caso concreto que fundou as decisões e o acórdão sob comentário, os factos que servem de fundamento a *exceptio* serem de fácil demonstração, por via de prova documental, ele não revela qualquer especificidade, nem reclama qualquer solução de exceção: a possibilidade de requerer a modificação da decisão, adaptando-a ao novo enquadramento fáctico essencial, é admissível sempre que o objeto processual revelar uma conformação temporal idêntica, *ie.*, sempre que se projetar para o futuro, envolvendo juízos de prognose incidentes sobre estados de coisas ainda não ocorridos.

Importa abandonar de vez o dogma da imutabilidade da decisão como suposto argumento contra a possibilidade de modificação ou de adaptação dos efeitos da decisão fundada na superveniência objetiva ao último momento em que se admite a alteração

do objeto da ação pretérita: a decisão é, na verdade, definitiva e o caso julgado imutável sempre por referência a determinado objeto, sem excluir a possibilidade de surgimento de uma nova ação, com um objeto diverso, que as partes conformam no exercício do direito fundamental à ação e no respeito pelo princípio do contraditório.

21. Não resistimos a suscitar a questão de saber se o fundamento último da pretensão à modificação ou adaptação dos efeitos da decisão radica efetivamente na circunstância de o objeto da ação envolver “factos futuros” e de a decisão pressupor um juízo de prognose, cuja falibilidade decorre da natureza das coisas e que é imediatamente intuída por todos. Na verdade, a legitimação da ação modificativa pode ser procurada alhures, numa ideia mais geral de limitação dos efeitos da decisão proferida em ambiente de incerteza, e segundo um princípio de congruência entre o nível da convicção formada sobre os factos integrantes do objeto e a imunidade dos efeitos da decisão à discussão ulterior e exauriente sobre os mesmos factos. A ser assim, o problema ultrapassa em muito a análise da recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça e o respetivo comentário.

Apesar de, uma vez mais e porque nunca deixámos de ir pensando conjugadamente o problema do tempo, da natureza dos juízos e dos efeitos da decisão, remetermos o seu desenvolvimento para um estudo autónomo, deixamos já enunciada a solução testanda: em casos como o que foi submetido à nossa consideração em 2009, vem-se dizendo que *a decisão forma caso julgado* por simpatia: se toda a decisão proferida em processo com conhecimento exauriente e contraditório forte forma caso julgado, também aquela que se projeta no futuro ou que pressupõe a realidade com uma certa configuração no futuro provoca este efeito (ou, para quem assim prefira, tem esta qualidade). Mas, se nos distanciarmos e pensarmos tudo a partir da periferia ou dos casos periféricos, percebemos que, apesar de assim se vir dizendo, não há de poder dizer-se assim. Na verdade, repudiando, por insuficientes, as justificações institucionais ou formais, aceitamos substancialmente o efeito de caso julgado porque a decisão é a melhor decisão possí-

vel, atendendo ao procedimento percorrido para a alcançarmos: um processo equitativo, com igualdade e contraditório forte e uma decisão fundada em conhecimento exauriente e proferida por um decisor que é necessariamente imparcial e neutro. Se assim é — e intuímos que assim deverá ser porquanto sempre se defendeu que as decisões proferidas em procedimentos que, não obstante subordinados aos princípios processuais fundamentais, determinavam o proferimento de decisões com base em juízos de probabilidade, não formavam, por esta razão caso julgado —, o problema do caso não era de modificação de caso julgado porque só se modifica o que preexiste. Em rigor, não há caso julgado em casos como o que foi julgado. Porque o caso julgado, tão draconianamente fatal no que dita, há de pressupor uma certeza sobre o adjudicando, incompatível com a mera prognose. Ora, porque *o futuro é incerto e a Deus pertence*, ao homem o que é do homem, a Deus o que é de Deus. Ao homem, a pretensão — ilusão ainda aceitável porque ordenada a permitir-lhe suportar a fragilidade dos seus juízos num sistema falível de acesso ao conhecimento? — de conhecer a realidade; a Deus, na parábola de BOCCACCIO, a que Urbano Tavares Rodrigues deu o título de *Trespasse de um pecador* e que bem acentua a contingência do juízo humano, o mistério⁽¹⁹⁾.

Outubro de 2016

⁽¹⁹⁾ Decameron, I.1: “(m)a per ciò che questo n’è occulto, secondo quello che ne può apparire ragiono (...)” [Na tradução de Urbano Tavares Rodrigues: “Mas isto é um mistério. Raciocino segundo as aparências (...)”].