

DANOS FUTUROS E ARBITRAGEM. FUNDAMENTO, EXTENSÃO E LIMITES DA AÇÃO (ARBITRAL) DE MODIFICAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL

Por Maria de Lurdes Pereira()*

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 2016. **III.** A ação modificativa no confronto com outros meios de reação à sentença arbitral. **IV.** O problema. **V.** Os fundamentos dogmáticos da ação modificativa de sentença arbitral (transitada em julgado) que condene em indemnização por danos futuros. **VI.** Os desvios entre a prognose e a realidade e os seus efeitos sobre a indemnização por danos futuros. **VII.** A extensão e os limites da ação modificativa de decisão arbitral: algumas questões. *a)* Ação modificativa e agravamento do dano ou novos danos. *b)* Ação modificativa e prescrição. *c)* Ação modificativa e sentenças já executadas. *d)* Ação modificativa e preclusão do deduzido e do deduzível na ação anterior. *e)* Ação modificativa e erro de previsão.

I. Introdução

1. O Código Civil português oferece ao lesado a possibilidade de obter o imediato ressarcimento por danos que ainda não sofreu, mas que se prevê com segurança bastante que venham a ocorrer no futuro (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC). Esta via aberta pela lei coloca inevitavelmente dúvidas, entre as quais se conta a de saber se, uma vez liquidada uma indem-

(*) Professora auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Agradeço à Doutora ISABEL ALEXANDRE os esclarecimentos que se dispôs generosamente a prestar-me e que tiveram muita utilidade na redação deste artigo.

nização que tenha por objeto danos futuros por meio de decisão transitada em julgado, pode a mesma ser, num momento ulterior, reduzida ou excluída com fundamento na não verificação dos factos que estiveram na base da condenação (e que foram então tidos como futuros). Nos textos legais não se encontra uma resposta inequívoca ao problema. Se quanto ao dano futuro continuado se prevê o direito de qualquer das partes de exigir a modificação da indemnização fixada sob a forma de renda (cf. o art. 567.º, n.º 2, do CC), tal não autoriza, sem mais, uma inferência *a contrario* relativamente à (i) modificabilidade de outras indemnizações por danos futuros.

Neste estudo respondo afirmativamente à questão formulada, *i. e.*, defendo a modificabilidade da decisão de condenação numa indemnização por danos futuros em razão da não ocorrência, em parte ou na totalidade, dos factos prognosticados. Assumindo que a ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC é o meio processual adequado a fazer valer a pretensão do lesante fundada numa divergência entre o que foi prognosticado e o que veio a suceder e que, de resto, também uma sentença arbitral transitada em julgado que condene uma das partes por danos futuros está sujeita à ação modificativa, logo surgem novas interrogações. Em concreto, pergunta-se (1) se também o lesado pode lançar mão da ação modificativa como meio para reclamar uma indemnização pelo agravamento do dano ou pela ocorrência de novos danos que ainda não se tinham verificado à data da primeira ação, (2) como se articula a ação modificativa com os prazos de prescrição dos direitos do lesante ou do lesado que dela lancem mão, (3) se obsta à ação modificativa o facto de a sentença modificanda já ter sido executada, (4) se as partes poderão fazer valer na ação modificativa factos que, embora ainda não se tivessem verificado à data do encerramento da discussão na primeira ação, já fossem então inteiramente previsíveis, e (5) se a ação modificativa também é adequada para reagir a um erro de previsão em sentido estrito que tenha afetado a decisão da primeira ação. A todas estas questões se procurará dar resposta na parte final deste artigo.

II. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 2016

2. Recentemente foi colocado nos tribunais estaduais portugueses o seguinte problema: será admissível uma ação modificativa de uma decisão arbitral transitada em julgado, por efeito da aplicação, à arbitragem voluntária, do meio previsto no art. 619.º, n.º 2 do CPC? Este preceito, que surge, ao

menos aparentemente, como desvio ao «efeito obrigatório» da decisão transitada em julgado⁽¹⁾, estabelece o seguinte regime: «se o réu tiver sido condenado a prestar alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração, pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação». A sua aplicabilidade à arbitragem não suscitaria, à primeira vista, grandes hesitações, desde que se estivesse perante uma decisão arbitral com o conteúdo das sentenças tipicamente visadas na disposição, *i. e.*, uma decisão arbitral que condenasse uma das partes na prestação de alimentos ou noutra prestação suscetível de variar, quanto à sua medida e/ou à sua duração, com a evolução das circunstâncias que determinaram a condenação⁽²⁾. A sentença arbitral tem, por força do disposto no art. 42.º, n.º 7 da LAV, «o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual», estando, por isso, sujeita a meios de reação extraordinários que a lei preveja para a sentença estadual transitada em julgado, entre os quais se conta o meio previsto no art. 619.º, n.º 2, do CPC⁽³⁾ Simplesmente, a questão concreta não era assim tão simples.

No caso em apreço, tratava-se de uma decisão arbitral que havia condenado uma das partes no pagamento de determinada prestação pecuniária instantânea com o pressuposto da verificação futura de determinados danos. Decorrido algum tempo sobre o trânsito em julgado da decisão arbitral, constatou-se que o dano futuro previsto pelo tribunal arbitral era de verificação impossível. Foi esse o facto que desencadeou o início de nova arbitragem — desta feita, sob impulso da parte condenada na primeira ação — destinada à modificação da primeira decisão arbitral. Posteriormente, os tribunais estaduais foram chamados a apreciar a admissibilidade deste *modus operandi*.

(1) Acentue-se que no n.º 1 do art. 619.º do CPC se estabelece precisamente o efeito obrigatório da decisão transitada em julgado e o n.º 2 é iniciado pela conjunção adversativa «mas». No entanto, é bastante controversa a questão de saber se estamos perante um desvio à invocabilidade da exceção de caso julgado ou se, pelo contrário, não há desvio algum, porque alteração das circunstâncias que ditaram a condenação implica uma nova causa de pedir. Uma análise cuidada do estado da doutrina portuguesa sobre esta matéria encontra-se em ISABEL ALEXANDRE, *Modificação de caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Almedina, 2018, 65-83. Cf. ainda, *infra*, o texto subsequente à n. 27.

(2) No sentido da aplicabilidade da ação modificativa às sentenças arbitrais, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção modificativa de caso julgado arbitral: um meio de impugnação esquecido», ROA Abril/Junho 2014, 425-441 (438-440), e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit.* na n. 1), 404.

(3) Cf. ROBIN DE ANDRADE, *Lei da arbitragem voluntária anotada* (coord. Moura Vicente), 4.ª ed., Almedina, 2019, 153. A equiparação entre decisões arbitrais e decisões dos tribunais estaduais constitui, segundo Robin de Andrade, uma concretização da imposição constitucional de equiparação dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais.

3. Posto perante a questão da admissibilidade de modificação da decisão arbitral transitada em julgado, o Tribunal da Relação de Lisboa, em decisão de 2016, deu-lhe solução positiva, citando expressamente em abono da posição tomada estudos e pareceres doutrinários nesse sentido⁽⁴⁾. O tema, que foi apreciado por este tribunal em sede de pedido de anulação do segundo acórdão arbitral, surge no contexto de um litígio que pode ser descrito sumariamente como se segue⁽⁵⁾.

Foi celebrado entre várias sociedades um contrato-promessa de compra e venda de participações sociais de uma sociedade terceira que tinha por atividade a promoção e exploração de um empreendimento imobiliário nos terrenos da Feira Popular em Lisboa ou, em alternativa, nos terrenos do Parque Mayer, igualmente em Lisboa. O contrato-promessa, que continha uma convenção arbitral, foi aparentemente incumprido pelas promitentes-vendedoras, pelo que a promitente-compradora, pretendendo reagir contra o incumprimento, instaurou uma ação arbitral. Nessa primeira arbitragem, iniciada em 2006 e concluída em 2009, as promitentes-vendedoras foram condenadas a pagar à promitente-compradora o valor 5 milhões de euros previstos numa cláusula penal integrada no contrato. Além disso, foram ainda condenadas a indemnizar o dano remanescente que eventualmente se viesse a verificar no futuro (em consequência do incumprimento) em valor que não excedesse cerca de 10 milhões de euros. O acórdão arbitral remetia para outra ação a liquidação desse dano ulterior. Na fundamentação da decisão do tribunal arbitral, salientam-se as seguintes passagens:

«De harmonia com o que já se decidiu, a Autora alegou e provou danos no montante de €656.386,83, emergentes do incumprimento do contrato-promessa (...). Além disso, o Tribunal admitiu como muito provável que a Autora sofra outros prejuízos causados por aquele incumprimento, resultantes dos lucros cessantes futuros que podem advir da sua participação (em 52%) nos lucros que a sociedade emitente das ações que os Réus lhe prometeram vender provavelmente virá a auferir. Tais lucros serão provenientes do resultado da promoção do empreendimento imobiliário dos terrenos da Feira Popular, que a P. Mayer S. A. adquiriu por permuta com os terrenos de que era proprietária no Parque Mayer, ou da promoção destes mesmos terrenos, se a permuta ficar sem efeito. Mas o Tribunal não conseguiu apurar o montante de tais danos futuros, cujo cálculo está dependente do modo como se concretizem os vários

(4) Cf. o acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES). Do acórdão do Tribunal da Relação foi interposto recurso, posteriormente decidido pelo acórdão do STJ de 22-09-2016 (LOPES DO REGO). No entanto, a questão da admissibilidade da ação modificativa de caso julgado arbitral não voltou a ser apreciada, pois a recorrente optou por prescindir desse fundamento de recurso, concentrando-se noutros fundamentos.

(5) Baseio-me exclusivamente nas informações que colhi das decisões judiciais citadas na nota anterior.

fatores de incerteza enunciados no ponto 6.3. Com os dados disponíveis no processo, verifica-se que é altamente provável que o dano total da Autora causado pelo incumprimento dos Réus venha a atingir e a exceder o montante mínimo de indemnização estipulado na cláusula penal, visto que a diferença entre este valor (€ 5.000,000) e o montante que já é líquido (€ 656.386,83) deixa uma margem de € 4.343.612.17, que é muito inferior aos valores calculados no relatório pericial para os lucros cessantes futuros menos de metade do valor mais baixo (€ 8.777.687.80), que foi apontado pelo perito designado pelos Réus, e cerca de um quinto do valor mais alto (€ 21.548.017,40), que foi subscrito pelos dois peritos com a opinião maioritária. Não há, pois, risco sério de o valor da cláusula penal ultrapassar o valor do prejuízo resultante do incumprimento (cf. art. 811.º, n.º 3). Assim, o Tribunal julga procedente o pedido de indemnização na parte em que conduz à condenação imediata dos Réus no pagamento em regime de solidariedade do montante de cinco milhões de euros, contemplados na cláusula penal (nos quais já se incluem os danos emergentes de € 656.386,83). Além disso, nos termos dos arts. 564.º, n.º 2, e 565.º do Código Civil, e do art. 661.º, n.º 2, do Processo Civil (seguindo de resto a sugestão das alegações de direito da Autora, pp. 94, 99 e 113), o Tribunal remete para execução de sentença a liquidação do eventual dano excedente»⁽⁶⁾.

Como se vê, o tribunal condenou as promitentes-vendedoras no pagamento da cláusula penal e dispensou o controle do conteúdo da cláusula penal com a justificação de ser muito provável que o *dano futuro* da promitente fiel ultrapassasse o montante nela estipulado⁽⁷⁾. Adicionalmente, emitiu uma condenação genérica na compensação pelo dano futuro excedente que aquela promitente viesse a sofrer, justificando-o com a dificuldade em apurar tais danos no presente, os quais dependeriam da verificação ulterior de vários fatores ainda incertos⁽⁸⁾.

Volvidos quase cinco anos sobre a prolação do primeiro acórdão arbitral, vieram as promitentes-vendedoras instaurar nova ação arbitral com o intuito de modificar a decisão anterior, justificando-o na não verificação da factualidade nela pressuposta, o que ditava a impossibilidade de verificação dos danos futuros aí dados como muito prováveis. Para o efeito, invocaram «factos jurídicos que sobrevieram ao trânsito em julgado da

⁽⁶⁾ Transcrição do texto da decisão arbitral conforme citação constante do acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES).

⁽⁷⁾ O tribunal fez referência à observância do limite que o art. 811.º, n.º 3 do CC coloca aparentemente às cláusulas penais. No entanto, este limite tem vindo a ser interpretado de modo muito restritivo pela doutrina (cf. *infra*, n. 22). De qualquer modo, na posterior ação modificativa não esteve em causa a aplicação do art. 811.º, n.º 3 do CC, mas antes uma redução da cláusula penal ao abrigo do art. 812.º, n.º 1 do CC.

⁽⁸⁾ Sobre a ação ulterior pressuposta pela condenação genérica ao abrigo do art. 564.º, n.º 2, do Código Civil, cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. *supra* n. 1) 463, n. 1631 e jurisprudência aí citada.

decisão arbitral», em concreto, uma sequência de três circunstâncias supervenientes: «[1] o proferimento do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, que declarou a nulidade do loteamento municipal e, conseqüentemente, do contrato de permuta entre a P. Mayer, SA e o Município de Lisboa, [2] a divulgação da intenção da Câmara Municipal vir a adquirir os terrenos do Parque Mayer e de recorrer à via da expropriação caso tal se revele necessário e [3] a aprovação de um Plano de Pormenor para o Parque Mayer»⁽⁹⁾. As promitentes-vendedoras pediam, entre outras coisas, que a indemnização em que haviam sido condenadas fosse reduzida para o valor de cerca de 650 mil euros, correspondente ao dano presente à data da primeira ação, o qual já havia sido definitivamente liquidado na decisão aí proferida. O tribunal arbitral considerou admissível o recurso a uma «ação modificativa de caso julgado arbitral» e julgou-a, em concreto, procedente. No entanto, a decisão final quedou-se por um resultado mais modesto do que o pretendido pelas demandantes: o tribunal decidiu a redução da cláusula penal contratual para o valor de 2 milhões de euros e modificou correspondentemente a condenação principal das promitentes vendedoras, bem como outros segmentos complementares da condenação originária⁽¹⁰⁾.

Foi sobre este segundo acórdão arbitral que o Tribunal da Relação de Lisboa veio a pronunciar-se. A promitente-compradora, descontente com o desfecho da segunda ação arbitral, instaurou uma ação de anulação da decisão em que enunciou, entre outros fundamentos de impugnação, a inadmissibilidade, em concreto, da ação modificativa de caso julgado prevista no art. 619.º, n.º 2 do CPC. Os desembargadores recusaram esta alegação, considerando que o caso julgado arbitral está sujeito ao mesmo regime do caso julgado assente numa decisão de qualquer tribunal judicial e que a ação modificativa prevista no Código de Processo Civil deve poder ser usada quando ocorram alterações de facto supervenientes que «contendam com os pressupostos de facto» da decisão anterior. Tenham-se presentes as considerações feitas pelo tribunal a este propósito:

«Lendo as alegações da autora numeradas do art. 61.º a 95.º, onde é fundada a conclusão ora em apreço [a inadmissibilidade de modificação da decisão arbitral], verifica-se que toda a sua argumentação se funda a inalterabilidade do caso julgado for-

⁽⁹⁾ Transcrição do texto da petição inicial da segunda ação arbitral, conforme citação constante do acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES).

⁽¹⁰⁾ Destaque-se que a decisão manteve a condenação das promitentes-vendedoras no pagamento juros sobre a condenação inicial de cinco milhões, mas limitou-a temporalmente ao período decorrido entre prolação da primeira decisão arbitral e (aparentemente) a data em que se tornou certa a impossibilidade de ocorrência dos danos futuros.

mado pela decisão arbitral transitada, que abrange não apenas a decisão, mas também os seus pressupostos fundadores. Em seu entender, uma vez que a decisão arbitral de 2009 já não podia ser alterada através dos meios admissíveis de impugnação, também não poderá sê-lo através de uma forma atípica, que não estava, nem poderia estar abrangida pela convenção de arbitragem. (...) Ora, sendo a primeira vez que nos vemos confrontados com esta questão, não vemos como poderá ser recusada a possibilidade de uma decisão jurisdicional ser modificada se os factos em que assentou vieram 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. E se alteração da realidade relevante, verificada na pendência da causa, deve ser atendida na decisão a proferir, se for oportunamente invocada pela parte interessada, também devem poder ser atendidas as alterações de facto supervenientes, que contendam com a verificação dos pressupostos de facto da decisão já proferida, mesmo depois transitada. Como se ponderou no acórdão ora impugnado, é apodítico que uma tal situação é merecedora de tutela jurisdicional e, por conseguinte, não deve deixar de ser reconhecido o correspondente direito de ação».

III. A ação modificativa no confronto com outros meios de reação à sentença arbitral

4. É importante começar por sublinhar a *singularidade da ação modificativa*, quando confrontada com outros meios de impugnação das decisões proferidas por um tribunal arbitral. O reconhecimento da admissibilidade de uma ação modificativa de uma decisão arbitral significa um *alargamento dos meios impugnatórios das decisões arbitrais* que as partes têm à disposição de acordo com a lição tradicional, mas distingue-se substancialmente dos outros meios. A qualificação da ação modificativa como «meio impugnatório» pode ser, aliás, discutível. Certamente não será essa a designação preferida para quem entenda que, nos casos em que a modificação é permitida, o caso julgado anterior não chega verdadeiramente a ser atingido⁽¹⁾.

A ação modificativa não se confunde, nem no plano dos fundamentos, nem dos efeitos, com a ação de anulação prevista no art. 46.º da LAV. Tão-pouco se assemelha à oposição à execução da decisão arbitral (cf. o art. 48.º da LAV) e menos ainda ao recurso da decisão arbitral para um tribunal estadual, atualmente apenas permitido quando convencionado pelas partes (cf. o art. 39.º, n.º 4 da LAV). Relativamente à ação de anulação, a

(1) Cf. uma referência a este tema, *infra*, o texto subsequente à n. 27.

ação modificativa *não supõe qualquer censura* relativamente ao processo que gerou decisão arbitral ou ao conteúdo desta, mas apenas uma «alteração das circunstâncias» de facto que foram fundamento dessa decisão e que geram a necessidade de uma adaptação. A ação modificativa distingue-se da ação de anulação ainda quanto aos efeitos. A ação de anulação, quando procedente, limita-se a eliminar a decisão anterior ficando o litígio por resolver (cf. o art. 46.º, n.º 9, da LAV). A possibilidade, aberta pela atual lei da arbitragem, de o tribunal estadual competente para a ação de anulação, mediante requerimento de uma das partes, suspender o processo de anulação e dar ao tribunal arbitral a hipótese de retomar o processo ou de tomar qualquer outra medida que julgue necessária à eliminação dos fundamentos de anulação (cf. o art. 46.º, n.º 8, da LAV) não o desmente. Quando o tribunal arbitral, na sequência dessa indicação, suprima os fundamentos de anulação⁽¹²⁾, a via implica a improcedência da ação de anulação, pelo que a diferença relativamente à ação do art. 619.º, n.º 2, do CPC subsiste. Na ação modificativa, pelo contrário, *o litígio permanece dirimido*, ainda que não exista acordo na doutrina quanto a saber se, em caso de procedência do pedido modificativo, a decisão anterior se mantém, conquanto modificada ou se, diversamente, a decisão anterior é revogada e substituída por nova decisão, embora vinculada ao conteúdo da decisão pretérita em certos termos⁽¹³⁾. Note-se ainda que a ação modificativa corre os seus termos necessariamente num *tribunal arbitral* e não num tribunal estadual⁽¹⁴⁾. Por comparação com a oposição à execução, embora esta se

(12) O que será necessariamente apreciado pelo tribunal estadual onde corra o processo de anulação.

(13) A primeira tese é defendida por P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit. na n. 2*), 434: «A decisão não será revogada ou substituída por outra». A segunda tese parece ser a defendida por ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit. na n. 1*), 34-42, e 812-815, ao aproximar a ação modificativa do recurso de revisão, compreendendo, como este, segundo a autora, uma fase rescidente, dirigida à modificação da decisão anterior, e uma fase rescisória dirigida a «uma nova solução do litígio», ainda que vinculada à primeira decisão em tudo o que não seja afetado pela alteração de circunstâncias. Saber se a decisão anterior se mantém, ainda que modificada, ou se é substituída pode ser relevante designadamente para o efeito de prosseguimento ou extinção de uma execução instaurada com base na decisão anterior, após o trânsito em julgado da decisão modificativa. No caso concreto que descrevi no texto, a execução instaurada com base no primeiro acórdão arbitral prosseguiu após o trânsito em julgado da decisão modificativa e o pedido de extinção da execução feito pela executada (demandada na ação arbitral) foi desatendido nas três instâncias. Segundo o acórdão STJ de 22-03-2018 (CABRAL TAVARES) (disponível em <www.dgsi.pt>), que decidiu definitivamente este tema, o «acórdão arbitral de 2009 persiste como título fundador da execução, apenas sofrendo a alteração quantitativa nele introduzida pelo acórdão arbitral de 2015 (o acórdão modificativo), de tal forma que a execução só poderá prosseguir nos termos dele resultantes».

(14) Assim, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit. na n. 1*), 405.

possa fundar na ocorrência de factos supervenientes (cf. o art. 729.º, al. g) do CPC), a ação modificativa não se limita a privar de exequibilidade a decisão anterior, antes a *modifica* ou a *substitui*, consoante o entendimento, ainda que a modificação possa consubstanciar a cessação de efeitos da decisão anterior⁽¹⁵⁾. Por último, ao invés do recurso da decisão arbitral, a ação modificativa não visa, nem sequer consente, qualquer *revisão de mérito* da decisão anterior, encontrando-se o juiz da causa modificativa vinculado ao decidido em tudo o que não seja afetado pela alteração de circunstâncias⁽¹⁶⁾.

IV. O problema

5. Cingido à sua manifestação mais elementar, o problema, tal como foi identificado e resolvido na doutrina portuguesa por dois estudos pioneiros de autoria conjunta de Paula Costa e Silva e de Nuno Trigo dos Reis, consiste em saber se, numa ação arbitral, tendo havido condenação de uma das partes numa indemnização por danos futuros, a ocorrência de circunstâncias supervenientes que reduzem a extensão ou o valor do dano relativamente ao prognosticado ou que impedem total ou parcialmente a sua verificação (também contra o prognosticado) autoriza a parte que delas se pretenda prevalecer a requerer a modificação da correspondente decisão arbitral, mesmo depois de transitada em julgado⁽¹⁷⁾. Supondo que é profe-

(15) Quanto aos *fundamentos* (que não os *efeitos*), há, ao menos aparentemente, uma sobreposição parcial da ação modificativa e da oposição à execução, *i. e.*, existem circunstâncias que, em abstrato, tanto poderiam fundar uma ação modificativa, como uma oposição à execução (sobre isto, cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 647-652; a autora acaba por concluir pela «aplicação subsidiária» da oposição à execução, no sentido de que a parte interessada só pode dela lançar mão quando a alteração superveniente de circunstâncias não torne necessária a «adaptação do título»).

(16) Defendendo que a modificação se encontra limitada à repercussão da alteração das circunstâncias na decisão anterior, estando o juiz vinculado a tudo quanto tenha sido decidido e não tenha sido afetado pela alteração, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 731-752. O fundamento não é o respeito pelo caso julgado anterior, mas a própria função da ação modificativa, o que se traduz em falta de jurisdição do juiz da causa modificativa para apreciar aspetos não afetados pela alteração de circunstâncias.

(17) Cf. especialmente a formulação de P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (cit. na n. 2), 426. Num estudo inicial, os autores tratam do problema num plano mais abrangente, incluindo a modificabilidade da indemnização que tenha por objeto danos presentes: cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar», in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles* (org. Jorge Miranda, *et alli*), Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, 287-325. A jurisprudência acolheu posteriormente a tese destes autores, o que deu azo a um terceiro texto: P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Revisitando a estabilidade e a modificação do caso julgado arbitral. Quando o futuro desmente a prognose», ROA, Ano 76 (2016), 565-584.

rida uma condenação numa indemnização inteiramente determinada por danos futuros, bem pode suceder que as previsões em que o tribunal tenha assente a sua decisão não se verifiquem. É neste contexto que surge o tema da admissibilidade de uma modificação da decisão já transitada em julgado.

Pressupõe-se, em primeiro lugar, a *falta de correspondência entre os factos prognosticados e aqueles que verdadeiramente ocorreram*, sendo neste sentido de interpretar a «alteração das circunstâncias» a que alude o art. 619.º, n.º 2, do CPC. A alteração de circunstâncias deve ser entendida como referência à «alteração» das circunstâncias prognosticadas, *i. e.*, à não ocorrência dos factos futuros que foram pressupostos na decisão, e não à alteração das circunstâncias contemporâneas da decisão sujeita a modificação. Por isso, e em segundo lugar, estão necessariamente em causa *circunstâncias supervenientes*. Em concreto, trata-se de circunstâncias ainda não ocorridas no último momento a que o tribunal pôde atender para fazer as suas previsões, o que significa que só relevarão para este efeito circunstâncias *posteriores ao encerramento da discussão*⁽¹⁸⁾. Em terceiro lugar, só interessam circunstâncias que, no plano substantivo tenham aptidão abstrata para influir na indemnização. Mais precisamente, estão em causa circunstâncias que, caso *tivessem sido previstas pelo tribunal arbitral, teriam sido consideradas para efeito de excluir ou reduzir* a condenação na indemnização por danos futuros.

6. O problema assim delimitado torna-se inconfundível com um outro que aqui não procurarei resolver. Na verdade, também se pergunta se a própria condenação no cumprimento de uma *indemnização por danos presentes*, ainda que transitada em julgado, pode ser posteriormente modificada em função da ocorrência *superveniente de circunstâncias* que em abstrato *seriam aptas a reduzir ou a excluir* o dever de indemnizar. Pense-se, por exemplo, na obtenção ulterior pelo lesado de uma vantagem em consequência do facto gerador de responsabilidade, a qual, se tivesse ocorrido antes do encerramento da discussão, teria sido considerada pelo tribu-

(18) O juízo de previsão insito na condenação ao pagamento de indemnização por danos futuros tem de assentar nos factos já ocorridos em determinada data de referência do processo e esse momento corresponde ao do encerramento da discussão, uma vez que está vedada a consideração pelo tribunal de factos ocorridos depois essa data-limite, a menos que se trate de facto notório, pois nesse caso admitir-se-á a relevância de um facto posterior ao encerramento da discussão, desde que ocorrido até à data da sentença (cf. os arts. 588.º, n.º 1, e 412.º, n.º 1, ambos do CPC) O acórdão do STJ de 11-09-2008 (ALBERTO SOBRINHO) ilustra o regime exposto: foi considerada a morte da vítima no decurso da ação por razões estranhas ao acidente de viação que desencadeou o litígio e o lesante foi consequentemente absolvido do pedido de indemnização por danos futuros decorrentes da diminuição de capacidade de trabalho (disponível em <www.dgsi.pt>).

nal para o efeito reduzir ou excluir a indemnização⁽¹⁹⁾. Estes casos apresentam alguma semelhança com os que constituem o objeto do presente estudo, mas distanciam-se deles num ponto fundamental: não há no último grupo de situações uma desconformidade entre a realidade ocorrida e a realidade prevista, pela simples razão de que para a decisão de atribuir uma indemnização por danos *presentes* o tribunal não teve de lançar mão de previsão alguma. À parte esta diferença, os dois tipos de casos distinguem-se ainda quanto ao seu enquadramento legal. A permeabilidade da indemnização por danos presentes a factos que ocorram posteriormente ao trânsito em julgado da decisão tem de enfrentar a dificuldade de o art. 566.º, n.º 2, do CC estabelecer que a indemnização em dinheiro deve refletir a situação patrimonial do lesado na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, o que tem sido interpretado como um limite temporal máximo à consideração de circunstâncias capazes de influírem no montante da indemnização⁽²⁰⁾. O mesmo preceito, pelo contrário, não consagra qualquer orientação quanto à modificabilidade de uma indemnização por danos futuros.

7. No confronto com a delimitação que fiz do problema que me ocupará, o litígio acima descrito apresenta uma complexidade acrescida. É certo que a admissão da ação modificativa assentou no reconhecimento de que a *previsão relativa à ocorrência de danos futuros* e à sua *extensão* teria jogado um papel fundamental na primeira decisão arbitral. A ocorrência de circunstâncias posteriores ao termo dessa ação com o efeito de impedir ou de tornar impossível a verificação dos danos futuros antes tidos como muito prováveis justificou então a abertura da via da modificação da decisão condenatória. Contudo, não se tratava aí da condenação da parte faltosa numa indemnização já determinada por danos futuros. A primeira decisão arbitral condenou a demandada no pagamento da cláusula penal que integrava o contrato cujo não cumprimento esteve na origem do litígio, assim como no ressarcimento dano remanescente que eventualmente se viesse a verificar no futuro (em valor que não excedesse cerca de 10 milhões de euros), remetendo-se para ulterior ação a liquidação de tal dano, caso viesse a verificar-se.

(19) É evidente que a afirmação supõe relevância de vantagens obtidas pelo lesado em consequência do facto gerador de responsabilidade na fixação do objeto da indemnização, ainda que não necessariamente de todas as vantagens que se encontrem nessas condições. Uma análise exaustiva e discriminadora pode encontrar-se em P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 710 e ss.

(20) Acolhendo a modificabilidade da indemnização por danos presentes, P. COSTA E SILVA/ /N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 18), 301 e ss.

Assim, a modificação legitimada no referido caso não consistiu na redução da indemnização que havia sido determinada por aplicação do regime geral de cálculo da obrigação de indemnizar, antes correspondeu à *redução equitativa da citada cláusula penal nos termos do art. 812.º do CC*. A par, porventura, do tema do reflexo de circunstâncias supervenientes à fixação judicial da indemnização sobre o próprio direito à indemnização e do tema da estabilidade ou perenidade do caso julgado formado sobre a correspondente decisão arbitral, colocavam-se aqui, entre outras, questões relativas à qualificação da espécie de cláusula penal em apreço⁽²¹⁾ ao sentido a dar à regra do art. 811.º, n.º 3, do CC⁽²²⁾ e às implicações da determinação da espécie de cláusula penal convencionada na aplicação da redução prevista no art. 812.º do CC⁽²³⁾. A estas e eventualmente a outras dúvidas, que terão sido muito provavelmente objeto de apreciação na segunda das decisões arbitrais mencionadas, não pretendo dedicar qualquer atenção, cingindo-me à formulação que acima dei do problema, a saber: como se justifica, no plano dogmático, a modificabilidade de uma decisão arbitral transitada em julgado que haja condenado uma das partes na indemnização de danos futuros quando se venha a posteriormente demonstrar que tais danos não chegaram a ocorrer, que se produziram em maior ou menor medida do que a inicialmente prevista ou ainda que sobrevieram outras circunstâncias capazes de, em abstrato, excluir ou reduzir o dever de indemnizar?

⁽²¹⁾ Concretamente, caberia saber se se tratava de uma cláusula penal em sentido estrito ou uma cláusula de liquidação antecipada da indemnização. É hoje predominantemente aceite o modelo dualista da cláusula penal, na esteira do texto pioneiro de PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, 619-646 e *passim*: cf., entre outros, PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 923-924, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, T. IX — *Direito das obrigações*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 482-486, e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 285-286.

⁽²²⁾ O art. 811.º, n.º 3, do CC estabelece que em caso algum pode o credor exigir uma «indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal». A disposição, introduzida em 1983, tem suscitado críticas na doutrina e tem sido, por isso, sujeita a uma interpretação restritiva. Uma parte significativa da doutrina recusa a sua aplicação à cláusula penal em sentido estrito e quanto à cláusula de fixação antecipada da indemnização tem se também defendido, e bem, que aquele limite só vale nos casos em que as partes tenham convencionado a indemnização do dano excedente. De contrário, a cláusula penal de fixação antecipada da indemnização funcionaria por imperativo legal como um mecanismo de inversão do ónus da prova, com o conseqüente empobrecimento dos meios à disposição das partes (cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula* (cit. na n. 21), 458-462, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios* (cit. na n. 21), 932-933). Mas esta interpretação restritiva não é unânime: contra, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, 147, n. 1 (MENEZES CORDEIRO, *Tratado* (cit. na n. 21), 492-493, e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações* (cit. na n. 21), 286, também não a acolhem de forma clara).

⁽²³⁾ O critério de redução da cláusula é diferente consoante se trate de uma cláusula penal em sentido estrito ou de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização: cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula* (cit. na n. 21), 744-746.

V. Os fundamentos dogmáticos da ação modificativa de sentença arbitral (transitada em julgado) que condene em indemnização por danos futuros

8. O tema da ação modificativa é complexo por cruzar questões de direito processual com questões de direito substantivo. A par do tema da estabilidade ou perenidade do caso julgado, do âmbito da ação modificativa prevista no art. 619.º, n.º 2, do CPC e da sua conciliabilidade com a arbitragem voluntária, é convocada ainda uma interrogação fundamental de direito material: qual o momento decisivo de referência para o cálculo da indemnização devida por um qualquer facto gerador de responsabilidade? A indemnização é calculada por referência à data em que o dano se verificou? Ou antes por referência à data em que foi proposta uma ação destinada à efetivação desse direito (quando tenha sido)? Ou diversamente a indemnização é calculada tendo em atenção o momento mais recente que puder ser atendido pelo tribunal? Ou ainda o limite máximo temporal a ter em conta deverá ser o momento do cumprimento da obrigação de indemnizar? E como se ajustam estes limites (*rectius*, o limite que venha a ser identificado) à indemnização que tenha por objeto danos futuros, permitida pelo art. 564.º, n.º 2 do Código Civil?

9. Neste texto, apesar de expor, de uma forma sintética, os *fundamentos dogmáticos* da admissibilidade de uma ação modificativa de uma decisão arbitral que condene uma das partes numa indemnização que tenha por objeto danos futuros, não tenho em vista uma análise aprofundada e crítica de todos esses pressupostos, mas apenas do seu *pressuposto de direito material*, concretamente a regra de que a fixação de uma indemnização de danos futuros feita com base num prognóstico é permeável à não verificação das circunstâncias prognosticadas.

Dando como boa a tese da admissibilidade de recurso à ação modificativa em sede de indemnização de danos futuros, com a qual concordo, procurarei ainda esclarecer algumas das implicações do seu acolhimento, tentando fixar com mais exatidão em que *extensão* e com que *limites* podem as partes, perante uma decisão arbitral que condene uma delas numa indemnização por danos futuros, recorrer ao referido meio.

Quanto à *extensão* da ação modificativa, tendo presente que no litígio concreto acima exposto a ação de modificação foi usada para *reduzir* o montante da cláusula penal em que uma das partes na ação foi condenada, interessa saber se e em que termos a ação de modificação poderá ser usada para a finalidade oposta de *agravar ou ampliar* a indemnização por danos

futuros em que uma das partes tenha sido condenada, em função da ocorrência de factos supervenientes.

A par disto, importa também desvendar a existência de possíveis *limites* a esta ação. Haverá algum *prazo* para a sua propositura? Se a decisão de condenação já foi *cumprida* ou *executada*, obstará este facto a uma ação modificativa? E se a «alteração de circunstâncias», que é invocada para efeitos de modificação da decisão transitada em julgado, já *fosse previsível* pela parte a quem aproveita à data da primeira ação (*rectius*, na data de encerramento da discussão), mas esta *não a invocou*, ficará precludida a sua invocação em sede de ação modificativa? Por outro lado, se uma das partes invocou na primeira ação uma determinada evolução das circunstâncias já previsível, mas a evolução *foi desatendida* pelo tribunal por (erradamente) ser considerada imprevisível, será que a ação modificativa permite corrigir este erro de julgamento, assente num erro (em sentido próprio) de previsão?

10. São quatro os pressupostos dogmáticos da tese admissibilidade da ação modificativa de uma decisão arbitral que condene uma das partes numa indemnização de danos futuros. Em primeiro lugar, verificando-se fixação de uma indemnização que tenha por objeto o ressarcimento de determinados danos futuros, não é líquido, logo do ponto de vista do *direito substantivo*, que ela possa ficar dependente de a evolução da realidade confirmar ou desmentir os factos prognosticados que justificaram a sua atribuição. O primeiro ponto a resolver é, pois, um problema de direito material, mais concretamente de direito civil.

Em segundo lugar, o tema ganha complexidade por se tratar da fixação de uma indemnização por via *jurisdicional*: uma nova decisão sobre a indemnização dos mesmos danos que já foram objeto de uma decisão definitiva e insuscetível de recurso ordinário contende, ao menos na aparência, com a qualidade de *caso julgado* desta última, a qual se define precisamente pela imodificabilidade da decisão judicial, efeito esse que é reconhecido, por lei, às decisões proferidas por tribunais arbitrais (cf. o art. 42.º, n.º 7 da LAV).

Em terceiro lugar, o problema adensa-se porque o próprio *art. 619.º, n.º 2 do CPC*, que seria o candidato natural a enquadrar uma ação modificativa da decisão transitada em julgado nos casos mencionados, não é inequivocamente aplicável a uma indemnização que tenha por objeto danos futuros, mas que não respeite a danos continuados e, por isso, não possa ser fixada sob a forma de renda.

O quarto pressuposto é específico do direito da arbitragem e traduz-se em determinar se a *especificidade da jurisdição arbitral* e, em particu-

lar, o fundamento voluntário dos poderes do tribunal poderá obstar à aplicação da ação modificativa.

11. Destas quatro interrogações, apenas darei conta aqui mais detidamente da solução da primeira e se o faço é porque julgo que a resposta a esta é determinante para a das demais. É ao direito substantivo — neste caso, ao direito civil — que compete determinar se e em que medida a prestação que é objeto de determinada obrigação pode variar em função da verificação de determinados factos e se existe ou não um limite temporal à consideração dos mesmos para efeitos da fixação da mesma prestação. Usando aqui a fórmula do art. 619.º, n.º 2, do CPC, pode dizer-se, por outras palavras, que é ao direito material que cabe determinar se «a duração ou a medida da prestação» depende ou não da verificação ou subsistência de «circunstâncias especiais». A tarefa do direito adjetivo — que é, por definição um direito instrumental — consiste em pôr à disposição do titular do direito os meios necessários para fazer valer essa dependência entre a prestação e a evolução das circunstâncias ditada pelo regime substantivo⁽²⁴⁾, como está implícito na fórmula lapidar do art. 2.º, n.º 2 do CPC: «A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente». E esta relação não pode ser invertida. É à luz do regime substantivo da indemnização de danos futuros que deve ser respondido o problema de saber se é possível a correção da indemnização em função da não verificação das previsões inicialmente feitas. Por isso, uma vez assente que a indemnização por danos futuros, nos termos do regime substantivo que lhe seja aplicável, se subordina, como qualquer outra indemnização, à efetiva produção do dano e à medida

(24) De forma análoga, a atendibilidade na sentença de factos que se tenham produzido após a proposição da ação cinge-se a «factos que, *segundo o direito substantivo aplicável*, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação controvertida», como prescreve o art. 611.º, n.º 2, do CPC. O tribunal não pode considerar factos supervenientes quando o direito substantivo exclua a sua relevância nas pretensões se exercem juízo (sendo certo que essa exclusão pode resultar do momento em que os factos ocorreram). Assim, por exemplo, se na contestação o réu declarou a compensação da dívida cujo cumprimento lhe foi judicialmente exigido com um crédito que detém contra o autor e nesse momento o seu crédito ainda não havia sido dado em penhor a um terceiro (penhor de créditos), o facto de esse penhor vir a ser celebrado durante a ação, sendo embora um facto superveniente, não afeta minimamente a decisão do processo, não só porque a compensação opera mediante declaração (cf. o art. 848.º, n.º 1, do CC) e esta foi emitida no momento da contestação, como ainda porque a lei apenas protege direitos de terceiros que se tenham constituído antes do momento em que os créditos se tornem compensáveis (que é, em regra um momento anterior à própria declaração de compensação; cf. o art. 853.º, n.º 2, do CC).

em que este tenha ocorrido, pretensas lacunas, insuficiências ou faltas de clareza do direito processual não poderão servir de pretexto para negar ao lesado ou ao lesante, consoante os casos, a aplicação daquele regime.

12. A este modo de ver as coisas poderia muito simplesmente contrapor-se que a instrumentalidade do direito processual civil cessa precisamente no momento em que sobre uma decisão judicial se forme caso julgado. O caso julgado, quaisquer que sejam os valores que se considere que através dele são prosseguidos, constitui precisamente a concretização de um aspeto em que o direito processual se autonomiza do direito material. Uma decisão pode ser desconforme com o direito substantivo aplicável, mas essa desconformidade deixa de relevar logo que a decisão transite em julgado. No entanto, se a imutabilidade ou a perenidade do caso julgado significa tornar-se inquestionável uma decisão errada à luz do direito material, já não força necessariamente a que uma decisão transitada em julgado não possa ser objeto de uma «atualização» em função de certas circunstâncias supervenientes, quando a necessidade dessa atualização resulte do direito material.

Para que se entenda plenamente as dificuldades que a «atualização» de uma indemnização por danos futuros fixada por sentença transitada em julgado coloca no confronto com o regime do caso julgado, é necessário perceber que uma decisão judicial que condene em danos futuros tem por *referência temporal* um período posterior à data do encerramento da discussão. Esta particularidade, que, como sublinha Isabel Alexandre, obriga a uma interpretação restritiva do art. 611.º, n.º 1, parte final, do CPC⁽²⁵⁾, viria aparentemente tornar indiscutível (após o trânsito em julgado) a verificação dos factos futuros em que a decisão assenta. Justamente por ter como referência uma realidade futura, dir-se-ia que quaisquer factos supervenientes à data do encerramento da discussão da ação em que a mesma foi proferida, desde que ocorridos no horizonte temporal tido em conta na decisão, estariam cobertos pela força de caso julgado, pelo que não poderiam ser invocados noutra ação para o efeito de excluir ou reduzir a indemnização em que o réu foi condenado numa ação anterior⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Cf. ISABEL ALEXANDRE (2018), 422-424 e 431.

⁽²⁶⁾ Pelo contrário, se a sentença tem como referência temporal apenas factos *ocorridos* até ao momento do encerramento da discussão (nos termos do art. 611.º, n.º 1 do CPC), a invocação numa ação posterior de um *facto superveniente* para fazer valer o mesmo pedido ou um pedido de sentido oposto não se defronta com o obstáculo do caso julgado. Assim, se numa primeira ação em que o autor pede que seja declarado o seu direito de propriedade sobre uma coisa de que o réu se arrogou dono é proferida uma decisão de improcedência, não pode opor-se a exceção de caso julgado numa outra ação

Simplemente, como tem vindo a ser defendido por um conjunto muito significativo de processualistas, pode dizer-se que o *caso julgado não abrange os factos futuros* que o tribunal previu e que serviram de base à condenação do réu numa indemnização por danos futuros, já que, por definição, o tribunal não pode afirmar que tais factos *ocorreram*. À luz deste entendimento, a segunda ação, em que sejam invocados os factos entretanto verificados, tem uma causa de pedir — os factos entretanto *ocorridos* —, que não está coberta pela decisão anterior, não existindo, por isso, desvio ao caso julgado⁽²⁷⁾. Outros autores, numa linha argumentativa diversa, embora entendam que os factos prognosticados pelo tribunal são abrangidos pelo caso julgado da decisão que condene numa indemnização por danos futuros, assinalam que neste tipo de casos é *equitativo* estabelecer um desvio a esse efeito⁽²⁸⁾. Qualquer que seja a via argumentativa que se siga, o certo é que o direito processual português foi sensível à possibilidade de modificação de uma decisão transitada em julgado que assente na subsistência ou verificação no futuro de determinados factos, sempre que estes não se mantenham ou não se concretizem, conforme previsto no art. 619.º, n.º 2, do CPC.

Anote-se ainda que a imposição da imodificabilidade da decisão em homenagem à eficácia do caso julgado conduziria aqui à conclusão estra-

proposta pelo mesmo autor e em que formule idêntico pedido, mas com fundamento no facto (superveniente) de entretanto ter adquirido a coisa ao réu. Esta solução, que tem vindo equivocamente a ser cunhada de manifestação dos «limites temporais» do caso julgado, não é mais do que o reconhecimento da falta de identidade das causas de pedir das duas ações e, portanto, é antes uma concretização dos *limites objetivos* do caso julgado (assim, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 800-802).

(27) No sentido de que o caso julgado não abrange os factos prognosticados, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 323 (com indicações): «o juízo de prognose sobre o estado de coisas futuro não se encontra, ele próprio, compreendido pelo âmbito material do caso julgado. (...) Os factos futuros não integram o objecto do processo, pelo que a sua invocação e o seu conhecimento não é precludido pelo proferimento da decisão, podendo ser objeto de uma ação ulterior.» ID, «Ação» (cit. na n. 2), 429-430. Esta fórmula está subjacente à «teoria da confirmação», assim designada porque a previsão legal de uma ação modificativa viria apenas confirmar a não procedência da exceção de caso julgado nas situações a que se aplica (cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 790 e ss.). A tese pode buscar apoio no argumento mais formal de que a sentença tem como referente temporal «a situação existente no momento de encerramento da discussão», conforme dispõe o art. 611.º, n.º 1, *in fine*, do CPC, o que marcaria os limites do caso julgado (designados como «limites temporais» por alguma doutrina). Ou pode assentar, como se sugere no texto, no argumento mais substancial de que, pela própria natureza das coisas, o tribunal não pode assegurar com certeza que a prognose em fundou a sua decisão de procedência ou improcedência se verificará.

(28) Este entendimento quanto aos limites do caso julgado está subjacente à «teoria da equidade», maioritária na doutrina e jurisprudência alemãs. A teoria é assim designada porque a previsão legal de uma ação modificativa consubstanciaria uma quebra do caso julgado anterior por razões de justiça ou equidade (cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 786 e ss., e 796-808; a autora adere a este entendimento).

nha e, por isso, difícil de aceitar, de que *factos posteriores ao encerramento da discussão*, ainda que *anteriores* ao trânsito em julgado da sentença, que tornassem impossível a verificação do dano futuro em cuja indemnização o réu veio a ser condenado não pudessem ser invocados numa ação posterior para o efeito de excluir ou de reduzir a indemnização⁽²⁹⁾. Se, por exemplo, já na pendência do recurso sobre a decisão condenatória relativa a lucros cessantes futuros ocorre uma alteração das circunstâncias económicas de determinado setor de atividade que torna inviáveis os ganhos futuros que o autor peticionou na ação, tal alteração já não pode ser invocada naquele processo (cf. o art. 588.º, n.º 1, do CPC), mas justificar-se-á que não o possa ser em ação (modificativa) posterior? A imunidade da decisão à não verificação das circunstâncias futuras nela prognosticadas, a ser aceite, estender-se-ia necessariamente até a circunstâncias ocorridas num *momento anterior ao do trânsito em julgado*, o que é dificilmente explicável à luz da própria teoria do caso julgado.

VI. Os desvios entre a prognose e a realidade e os seus efeitos sobre a indemnização por danos futuros

13. É sabido que o Direito Civil português faculta ao lesado, em certas condições, a possibilidade de exigir que a indemnização abranja não apenas os seus danos presentes, mas também os seus danos futuros (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC). Ao contrário do que sucede quanto aos danos presentes, a decisão que condene ao ressarcimento de danos futuros reclama necessariamente do tribunal um *juízo de prognose*. Este, por seu turno, assenta em dados probabilísticos aplicados aos factos presentes que tenham sido levados ao conhecimento do tribunal⁽³⁰⁾. A previsão do juiz versa a *ocorrência* do dano, a sua *extensão* e a sua *quantificação*. As dúvidas na previsão de ocorrência do dano conduzem à improcedência do

⁽²⁹⁾ A menos que se trate de factos notórios ou de que o juiz tem conhecimento no exercício das suas funções, caso em que podem ser tidos em conta factos posteriores ao encerramento da discussão, como, de resto, a jurisprudência tem admitido pacificamente a propósito da denominada «decisão atualizadora» da indemnização, em que é atendida a inflação ocorrida até ao momento do proferimento da decisão em sede de recurso.

⁽³⁰⁾ Na decisão jurisdicional relativa a factos passados ou presentes também se registam juízos probabilísticos, mas sem envolver prognose — cf. M. LIMA REGO, «Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais», *Julgar* n.º 21 (2013), 119-147 (129 e ss.): «a convicção do julgador sobre a matéria de facto não é mais do que um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de certas proposições».

pedido de indemnização por danos futuros. É o que resulta do art. 564.º, n.º 2, do CC, quando este preceito faz depender a indemnização por danos que ainda não ocorreram do facto de estes serem previsíveis com «segurança bastante»⁽³¹⁾. Não obstante, mesmo tendo a decisão de improcedência transitado em julgado, subsiste a possibilidade de uma condenação por esses mesmos danos numa ação ulterior, a intentar num momento em que o dano futuro já seja previsível ou em que já tenha ocorrido (caso em que deixa de ser futuro)⁽³²⁾. As dúvidas quanto à extensão do danos futuros previstos e quanto à sua quantificação, diversamente, não impedem a condenação imediata numa indemnização por esses prejuízos, mas relegam a determinação desta para um momento posterior, o qual, na pior das hipóteses, coincidirá com o momento da ocorrência do dano (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC *in fine*)⁽³³⁾.

14. Perante a amplitude com que a lei admite uma indemnização por danos que ainda não ocorreram, coloca-se a questão de saber se, uma vez determinada ou liquidada, a indemnização que tenha por objeto danos futuros deve permanecer inalterada e, portanto, insensível a quaisquer infirmações posteriores do juízo de prognose em que assentou a sua fixação. Qual a solução do *direito substantivo* para este problema? Na verdade, não existe no direito civil uma razão que justifique que a indemniza-

⁽³¹⁾ A diferença entre a formulação que encontramos no Código Civil e a proposta por Vaz Serra (os danos futuros têm de ser previsíveis com «segurança bastante») não traduz o acolhimento de um outro critério (mais lasso ou menos exigente) para a indemnização de danos futuros. A doutrina tem sublinhado que a condenação do lesante na indemnização de dano ainda não ocorrido (ao tempo do encerramento da discussão) depende de ele poder ser previsto «com segurança»: cf. VAZ SERRA, Anotação, RLJ 102 (1969-1970), 297-298, RLJ 105 (1972-1973), 45 e ss., ID RLJ 108 (1975-1976), 314, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, 911. Na jurisprudência cf., por todos, o acórdão do STJ de 11-10-1994 (SOUSA INÉS), disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽³²⁾ Adiante se verá que o lesado pode, numa ação ulterior, exigir a indemnização de um dano que era futuro à data do encerramento da discussão da primeira ação, tenha ou não o pedido deduzido na primeira causa incluído o ressarcimento desse dano. A única exceção vale para a hipótese de ter sido deduzido um pedido genérico na primeira ação que incluía mesmo os danos que ainda não se produziram e o tribunal não condenar o réu no ressarcimento de determinados danos futuros com fundamento diverso da sua imprevisibilidade. Nesse caso, há caso julgado e a indemnizabilidade do dano que era futuro à data da primeira ação não pode ser reapreciada (cf. *infra*, n. 61, e texto correspondente).

⁽³³⁾ Na arbitragem voluntária a possibilidade de ser proferida uma condenação genérica encontra-se prevista no art. 47.º, n.º 2, da LAV. O preceito é aplicável mesmo que tenha sido deduzido um pedido líquido quando o processo venha a demonstrar não existirem ainda elementos suficientes para condenar num objeto ou quantia determinados. Tal será frequente no caso de se tratar de uma indemnização por danos futuros: cf. o acórdão do STJ 11-10-2019 (PINTO DE ALMEIDA), proferido no contexto de uma ação de anulação de decisão arbitral (disponível em <www.dgsi.pt>).

ção de danos futuros, quando apreciada e julgada numa determinada ação, seja imune a infirmações posteriores do prognóstico em que a decisão se fundou. Bem pelo contrário, o direito civil vigente apoia e até postula uma regra geral de modificabilidade⁽³⁴⁾.

15. Como se fundamenta, à luz da lei civil atual, esta conclusão? Desde logo, deve começar por assinalar-se que, ao contrário do que sucede com a condenação em indemnização em dinheiro por danos presentes, em que a relevância de circunstâncias posteriores ao encerramento da discussão se defronta com um aparente obstáculo posto pela lei civil, o mesmo não sucede quanto à indemnização por danos futuros. Nos termos do art. 566.º, n.º 2, do CC a indemnização deve refletir a situação patrimonial do lesado «na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal». Esta fórmula já tem sido invocada para sustentar a imodificabilidade da indemnização por danos presentes em face de alterações supervenientes. Mas este preceito é manifestamente inaplicável à indemnização por danos futuros, a qual postula por definição a consideração da situação patrimonial do lesado posterior àquele momento (quando estejam em causa danos patrimoniais)⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Neste sentido, P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 18), 319-324, ID, «Acção» (*cit.* na n. 2), 425-430, ID, «Revisitando» (*cit.* na n. 17), 576-579, e D. LEITE CAMPOS/M. MARTINEZ CAMPOS, «Os danos futuros e a sua incerteza», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Costa Andrade* (org. Faria Costa, *et alli*), 3.º Vol., Universidade de Coimbra, Coimbra, 103-120, Almedina, (113-120 e *passim*). Na doutrina alemã é hoje maioritária a tese que atribui a ambas as partes (lesante e lesado) o direito de se podem fazer valer de alterações na (real) evolução do dano quando a fixação indemnização tenha assente em prognósticos: assim, entre outros, SCHULTZ, «Schadensfortentwicklung und Prozeßrecht, AcP 191 (1991), 433-461 (455-457), MÜNCHKOMM/OETKER, § 249, n. m. 307 (*Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil – §§ 241-432*, Beck, Munique, 2007), e STAUDINGER/SCHIEMANN, Pré-anotação ao § 249 BGB, n. m. 80 (*J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse - §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*), 12.ª ed. (GOTTFRIED SCHIEMANN), Sellier — de Gruyter, Berlim, 2017). Diversamente, LANGE/SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, 48.

⁽³⁵⁾ No sentido da inaplicabilidade do art. 566.º, n.º 2, do CC à indemnização por danos futuros, cf. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, 405, e o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2002 (publicado no DR I Série-A, n.º 146, de 27-06-2002). Não obstante, mesmo quanto à indemnização por danos presentes, não é certo que se possa extrair daquele preceito um *limite máximo temporal* à consideração de circunstâncias suscetíveis de influir no seu objeto. De facto, o *limite temporal processual* à invocação de factos (supervenientes) numa ação judicial só poderia servir de *limite temporal substantivo* à determinação do objeto da indemnização se para tanto existisse um fundamento de direito material, que não existe. No direito alemão, é hoje praticamente indiscutida a distinção entre limites temporais processuais e substantivos à fixação do objeto da indemnização, pelo que a definição do momento de referência para fixação de uma indemnização no contexto de um litígio limita-se a ser eficaz nesse processo, não tendo relevância jus-mate-

16. Em segundo lugar, o argumento decisivo no sentido da vulnerabilidade da indemnização por danos futuros a circunstâncias supervenientes, que contrariem a previsão que esteve na base da decisão condenatória, é a *função compensatória* da responsabilidade civil, que tem precisamente nela a nota que a distingue de outras responsabilidades. Dir-se-á que, mais do que *compatível* com o princípio compensatório, a adaptação ulterior da indemnização em função da divergência entre a previsão e a realidade é *imposta* por esse princípio. Permitir que subsista uma indemnização sem dano ou superior ou inferior ao dano atenta, na verdade, contra essa função.

É evidente que não se desconhecem as posições que reconhecem à responsabilidade civil também um escopo preventivo, ainda que subordinado⁽³⁶⁾, ou até um escopo punitivo-retributivo⁽³⁷⁾. Mas seria impossível extrair destas conceções uma imunidade da indemnização por danos futuros à não verificação dos factos prognosticados na decisão (judicial ou arbitral), sobretudo porque essa imunidade se traduziria em poder ser o lesante responsável por um dano que o lesado não chegou a sofrer ou que sofreu em menor medida. A defesa da persistência da indemnização por danos futuros apesar da não verificação das previsões, a pretexto de ser conforme com uma função preventiva da responsabilidade civil, além de não ter validade geral e só se ajustar aos fundamentos de imputação compatíveis com uma finalidade dissuasora⁽³⁸⁾, traduziria uma *inversão* da relação de subordinação da função preventiva à função compensatória na responsabilidade civil que não tem qualquer base de apoio no direito português⁽³⁹⁾.

Também não se desconhece que o argumento da finalidade preventiva tem sido por vezes posto ao serviço da tese que sustenta a insensibili-

rial (cf., por todos, MUNCHKOMM/OETKER, § 249, n. m. 305-306, com referências). No sentido de mesmo a indemnização por danos presentes ser «sensível» a circunstâncias posteriores ao encerramento da discussão, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 301-313 e *passim*.

⁽³⁶⁾ Cf., entre outros, PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, 1999 (reimp.), 34, n. 69, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995(reimp.), 52, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, 543-544, P. MOTA PINTO, *Interesse* (cit. na n. 19), 825, e M. MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais, 2017, 46.

⁽³⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, T. VIII — *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2016, 419-422, tem vindo a sustentar que, a par do escopo compensatório e preventivo, a responsabilidade civil deve ainda *retribuir o mal* «quando estejam em causa valores morais — portanto: atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom nome».

⁽³⁸⁾ O que não sucede certamente na responsabilidade pelo sacrifício.

⁽³⁹⁾ Como assinala GERHARD WAGNER, «Prävention um Verhaltenssteuerung durch Privatrecht — Anmaßung other legitime Aufgäbe», AcP 206 (2006), 352-476 (469-470), ao passo que normalmente é a medida do dano efetivamente sofrido que dita a medida do efeito preventivo, invertendo-se as finalidades, seria a medida da prevenção intentada a ditar a medida da compensação do dano.

dade da indemnização a certos desenvolvimentos posteriores ao facto lesivo no cômputo da indemnização, *maxime* da tese da irrelevância da causa virtual do dano para o efeito de excluir ou diminuir a obrigação de indemnizar⁽⁴⁰⁾. Simplesmente, essa tese não ela implica que se trace a fronteira da irrelevância de ocorrências supervenientes no momento do encerramento da discussão da causa, pois, a ser aceite, dita também a invulnerabilidade da indemnização a causas virtuais anteriores⁽⁴¹⁾. De resto, o problema da relevância negativa da denominada causa virtual do dano não apresenta analogia com o da admissibilidade de uma «revisão» da indemnização por danos futuros. Como acima se acentuou, impor a imunidade da indemnização por danos futuros à não verificação das previsões redundaria, em última análise, em aceitar a persistência de uma indemnização por danos que o lesado não chegou a sofrer. A imunidade da indemnização a causas virtuais posteriores, diversamente, é, em certo sentido, compatível com o princípio compensatório na medida em que lesado sofreu um dano real e este continua a funcionar como limite da sua pretensão⁽⁴²⁾.

Em suma, mesmo acolhendo uma polivalência funcional da responsabilidade civil — o que aqui não vou analisar criticamente —, continua a poder dizer-se que a adaptação de uma indemnização por danos futuros já liquidada por decisão judicial a evoluções posteriores é uma decorrência necessária da finalidade (principal) ressarcitória, não sendo especificamente contrariada por uma finalidade preventiva acessória.

17. Em terceiro lugar, a consideração do *fim ou fins prosseguidos pela consagração legal do direito do lesado a peticionar numa ação judicial os danos futuros previsíveis*, juntamente com a reparação dos danos já verificados — direito consagrado no art. 564.º, n.º 2, do CC —, não se

⁽⁴⁰⁾ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998, 218: «não é uma ideia de compensação, mas uma ideia de sanção que explica» a irrelevância negativa da causa virtual do dano posterior à verificação do dano real. Considerando, porém, que defender a irrelevância (negativa) da causa virtual com base na função sancionatória da responsabilidade civil inverte a relação entre compensação e prevenção, cf. P. MOTA PINTO, *Interesse* (*cit. na n. 19*), 826.

⁽⁴¹⁾ Para PEREIRA COELHO, *O problema* (*cit. na n. 40*), 220, nos casos em que a causa virtual seja relevante na determinação do *quantum respondeatur*, ela passará a ser irrelevante se ocorrida posteriormente ao momento do encerramento da discussão. No entanto, não é a finalidade sancionatória da indemnização que dita a colocação de um *limite temporal* à alteração de circunstâncias, já que Pereira Coelho sustenta que precisamente os casos em que a causa virtual influencia o cômputo da indemnização correspondem a casos em que o dever de indemnizar tem uma função exclusivamente ressarcitória (cf. *idem*, 214).

⁽⁴²⁾ Aceitando que a irrelevância negativa da causa virtual não significa necessariamente uma postergação da prevalência da função compensatória, P. MOTA PINTO, *Interesse* (*cit. na n. 19*), 708 e 821.

opõe à possibilidade de essa indemnização ser revista mesmo depois de o correspondente pedido ter sido definitivamente apreciado pela decisão proferida na ação, seja por iniciativa do lesado, seja por iniciativa do lesante. O direito a ser ressarcido pelo dano que ainda não se sofreu, e que apenas se prognostica, justifica-se sobretudo por poupar o lesado a uma onerosa repetição de ações judiciais. No caso de danos futuros continuados, só o acertamento antecipado de uma indemnização, seja sob a forma de renda, seja sob a forma de capital, permite ao lesado uma cabal compensação do seu prejuízo, o que não sucederia se este tivesse de esperar pela verificação regular do dano para só então exigir o competente ressarcimento⁽⁴³⁾. Porém, o respeito por estas duas finalidades não obriga, de forma alguma, à insensibilidade da indemnização por danos futuros perante a não verificação integral ou parcial das previsões, quando aquela tenha sido de antemão concedida, por ser já determinável o prejuízo. Se isso é evidente para o caso de ocorrer um agravamento do dano relativamente ao prognosticado, o mesmo vale ainda para os casos em que o dano previsto não chega a verificar-se ou não tem a extensão esperada. Os fins em questão não justificam qualquer redução da tutela dispensada ao lesado, mas simultaneamente não pretendem colocá-lo em melhor posição do que estaria se tivesse esperado pela verificação do dano e só depois disso tivesse reclamado a indemnização.

18. Uma quarta razão que milita em favor da modificabilidade da indemnização por danos futuros assenta na *discriminação de tratamento entre lesado e lesante* a que a solução contrária forçaria. Se é verdade que essa solução implicaria que, uma vez condenado na indemnização por danos futuros, o lesante fosse onerado com o risco de evoluções imprevisíveis do prejuízo — não podendo invocar que, por circunstâncias imprevi-

⁽⁴³⁾ Outras «funções» da indemnização por danos futuros, como a de furtar o lesado ao risco de insolvência do lesante, serão apenas a *consequência* ou efeito da admissibilidade de uma condenação em indemnização por danos futuros, mas não fins *deliberados* da solução da lei. Na verdade, não estando o pedido de indemnização por danos futuros dependente da prova do risco de insolvência do responsável, *i. e.*, do *periculum in mora*, dificilmente pode a exoneração do lesado desse risco ser vista como um dos objetivos da regulação. Não é de excluir, aliás, que o próprio lesante tenha interesse em indemnizar antecipadamente os danos futuros por razões contabilísticas e financeiras (pense-se nos constrangimentos que os níveis de risco assumidos pelas instituições podem trazer às suas atividades). No entanto, é evidente que não é fim da previsão legal uma proteção deste interesse do lesante. A disponibilidade imediata de uma quantia pelo lesado, que este pode livremente administrar, é um fim que parece ser exclusivo da consagração da indemnização do dano futuro continuado sob a forma de *capital*, pois só nesta se trata de atribuir ao lesado um capital suscetível de gerar um rendimento periódico que compense os danos continuados.

síveis à data da primeira ação, o dano não chegou a verificar-se ou verificou-se em menor medida —, pelo contrário, o lesado não é nunca onerado com o risco simétrico.

Na verdade, parece não gerar particulares dúvidas que se o lesado requer uma indemnização pelos seus danos futuros, não fica privado de, numa ação posterior, reclamar indemnização por *novos danos*, ao menos daqueles que não fossem previsíveis à data da primeira ação⁽⁴⁴⁾. Não se compreenderia por que razão o lesado que peticionasse uma indemnização por danos futuros previsíveis, lançando mão do meio que lhe é oferecido pelo art. 564.º, n.º 2, do CC, teria de ver com isso comprometida a possibilidade de reclamar futuramente uma indemnização por danos que não podia de todo prever. Não se pode ver na atitude do lesado, que pede uma indemnização por danos futuros, qualquer renúncia à obtenção de compensação por outras consequências inesperadas do facto gerador de responsabilidade⁽⁴⁵⁾. Além disso, neste tipo de hipóteses pode até falar-se em nova indemnização e não numa modificação da anterior — que não incluía

⁽⁴⁴⁾ Cf. VAZ SERRA, *Anotação*, RLJ 108.º (1975-1976), 311-315: o autor analisa criticamente uma decisão do STJ que negou ao lesado, que havia formulado um pedido genérico na ação penal, a possibilidade de exigir numa ação civil ulterior o ressarcimento de outros danos entretanto verificados. De resto, também é evidente que o facto do lesado peticionar uma indemnização relativa a determinados danos presentes não exclui a possibilidade de uma nova ação em que reclame a indemnização de novos danos que não se haviam ainda verificado à data da primeira ação. É o que está implícito no acórdão do STJ de 8-11-2015 (MOREIRA ALVES), cujo sumário está disponível em <www.pgdlisboa.pt>. Tratou-se aí de uma situação em que o autor exigiu numa primeira ação o ressarcimento por danos não patrimoniais, tendo tentado posteriormente uma segunda em que reclamou danos patrimoniais não reclamados na primeira e que ainda não se haviam produzido nessa data. O tribunal não viu outro obstáculo a este procedimento que não o da prescrição do direito à indemnização por danos patrimoniais. Ainda no sentido de a transação homologada em ação anterior não impedir uma ação posterior relativa a danos que não eram previsíveis à data do acordo, cf. o acórdão do STJ de 14-03-2002 (NEVES RIBEIRO), disponível em <www.dgsi.pt>. Relativamente à transação, era esta também a solução do anteprojeto de Vaz Serra: no art. 19.º, n.º 6, desse projeto, estabelecia-se que a transação não estava a que se exigisse indemnização por «facto novo», «a não ser que com ela [a transação] se tenha pretendido regular definitivamente o problema da indemnização, por forma a abranger também os factos novos que pudessem surgir». E a renúncia nem seria possível, se o crédito de indemnização não fosse renunciável: cf. VAZ SERRA, «Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e remoção», BMJ n.º 84 (1959), 5-303 (299).

⁽⁴⁵⁾ A própria declaração subscrita pelo lesado, nos termos do qual determinada quantia paga pelo lesante constitui uma «indemnização total e final» por «todos os danos patrimoniais e não patrimoniais que advieram ou possam advir em consequência do acidente» não pode ser entendida como uma renúncia abdicativa de compensação por agravamento dos danos: cf. o acórdão do STJ de 9-10-2008 (FERREIRA SOUSA), cujo sumário se encontra disponível em *Os danos futuros na jurisprudência das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*, disponível em <<https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernodanosfuturos2002-2012.pdf>>, e ainda o acórdão da RP de 5-03-2001 (sumário disponível em <www.dgsi.pt>).

o ressarcimento daqueles danos —, o que reforça a ideia de que ao lesado é reconhecido o direito de exigir uma (nova) indemnização por novos danos.

O lesado não é onerado com o risco de desenvolvimentos imprevisíveis do prejuízo ainda num outro sentido. Se exigir uma indemnização por danos futuros, mas o tribunal julgar o pedido improcedente e dele absolver o lesante por ser ainda incerto ou duvidoso que tais danos venham a ocorrer, o lesado não perde evidentemente o direito de os reclamar noutra ação, caso sofra efetivamente esses prejuízos⁽⁴⁶⁾. O que se apurou na primeira ação foi a imprevisibilidade do prejuízo e não a certeza de que não ocorreria, pelo que não há princípios de direito material, nem tão-pouco regras de direito processual que obstem à segunda ação.

Sendo, por hipótese, o lesante condenado a indemnizar o lucro cessante futuro decorrente do incumprimento de determinado contrato, este não poderia, à luz da tese da imodificabilidade, vir a invocar, num segundo processo, que a crise económico-financeira, entretanto ocorrida, mas imprevisível à data da primeira ação, destruiu totalmente as bases do conjecturado lucro. Não poderia invocar que o «lesado» não chegou a perder os rendimentos que o devedor inadimplente, não obstante, se viu constringido a ressarcir. Em contrapartida, obtendo o lesado uma indemnização dos custos com tratamentos e internamentos que suportou em consequência das lesões físicas sofridas, não fica o mesmo lesado impedido de reclamar novos custos com tratamentos ou cirurgias posteriores, que só então venha a apurar-se serem necessários ao seu integral restabelecimento. E isto é assim mesmo quando o lesado tenha procurado obter uma compensação por tais cirurgias e tratamentos futuros na primeira ação, mas o tribunal tenha indeferido a pretensão, por considerar que se tratava de custos meramente eventuais, cuja necessidade ficaria dependente da evolução das condições de saúde do ofendido.

Em suma, uma outra razão pela qual não pode aceitar-se a imodificabilidade da decisão condenatória de indemnização por danos futuros reside na distribuição inigualitária do risco de desenvolvimentos imprevisíveis do facto gerador de responsabilidade a que ela conduziria.

19. Pelo motivo que acaba de se expor, não é possível reconhecer à indemnização por danos futuros uma *natureza transaccional*, no sentido de pôr termo a qualquer litigância futura entre as partes conexas com o facto

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido também, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 465. Cf. ainda VAZ SERRA, «Anotação» (1975-1976) (cit. na n. 44), 314.

gerador de responsabilidade mediante recíprocas concessões. Já se viu que a indemnização por danos futuros não impede o lesado de posteriormente invocar ter sofrido *outros danos* que venham a produzir-se ulteriormente, para além dos foram prematuramente compensados. Quando muito, a (recíproca) «concessão» do lesado residiria em não poder alegar que os danos já incluídos na indemnização foram mais extensos do que inicialmente se supôs. No entanto, nem nesse sentido (desequilibrado em prejuízo do lesante) pode entender-se que a indemnização por danos futuros é equiparada a uma transação. O argumento não deve ser aceite, desde logo, pela simples razão de que a transação constitui um ato de autonomia privada das partes e não se pode atribuir essa natureza uma decisão heterónoma⁽⁴⁷⁾. Além disso, não pode esquecer-se que é o lesado que escolhe exigir o ressarcimento de danos futuros. Em determinados casos, é por iniciativa do tribunal que tais danos são incluídos na indemnização, mas sempre a coberto de um pedido genérico do lesado⁽⁴⁸⁾. Por isso, não há qualquer razão para onerar o lesante com um risco que ele não quis correr nem pôde evitar, impedindo-o de invocar que o dano prognosticado não chegou a verificar-se ou que só se produziu em menor medida.

20. A modificabilidade da indemnização por danos futuros (nas condições assinaladas) não parece ser posta em causa pelo regime da *indemnização sob a forma de capital*. Como se sabe, esta é uma alternativa à indemnização em renda, prevista no art. 567.º do CC, quando o dano futuro tenha a natureza de dano continuado. Na indemnização sob a forma de capital o lesado obtém um montante em dinheiro muito antes de se produzirem todos os danos que a atribuição dessa quantia visa compensar. O pressuposto da sua admissibilidade é o de que a soma paga de uma só vez possa ser usada pelo lesado como um capital produtor de um rendimento periódico que acompanhe, *pari passu*, a verificação contínua do dano⁽⁴⁹⁾.

(47) Neste sentido, também para afirmar a possibilidade de serem considerados desvios ao que foi prognosticado pelo tribunal, cf. STAUDINGER/SCHIEMANN, Pré-anotação ao § 249 BGB, n. m. 80 (*J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse — §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*, 12.ª ed. (GOTTFRIED SCHIEMANN), Sellier — de Gruyter, Berlim, 2017).

(48) A condenação em indemnização por danos futuros, além da previsibilidade dos mesmos, supõe um pedido determinado do lesado a tanto dirigido ou, em alternativa, um pedido genérico, referente à compensação de todos os danos (sem limitação) que o lesado tenha sofrido em consequência do facto gerador de responsabilidade: assim, VAZ SERRA, «Anotação» (1975-1976) (*cit.* na n. 44), 315.

(49) Cf., a título meramente exemplificativo, os acórdãos do STJ 26.06.2012 (ANTÓNIO PIÇARRA) e 30-03-2017 (OLINDO GERALDES), ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

A questão da revisibilidade da indemnização sob a forma de capital perante desenvolvimentos da realidade que não tenham sido contemplados na previsão em que assentou o seu estabelecimento não é resolvida expressamente na lei, ao contrário do que sucede para a indemnização sob a forma de renda (cf. o art. 567.º, n.º 2, do CC). No projeto de Vaz Serra a modificação da indemnização sob a forma de capital era, porém, admitida em termos amplos, ainda que não o fosse pela via de uma ação modificativa. Segundo o art. 19.º, n.º 4, desse projeto, o lesado deveria, «nos termos das disposições respeitantes ao enriquecimento sem causa, restituir ao responsável a parte da indemnização que, em face da alteração superveniente das circunstâncias, foi paga a mais»⁽⁵⁰⁾. Além disso, aceitava-se que a indemnização sob a forma de capital não impediria uma «nova ação em que seja exigido um dano que só se produziu ou só pôde ser apreciado depois da decisão em que se arbitra uma indemnização sob a forma de capital»⁽⁵¹⁾. Apenas no caso de «aumento do custo de vida» se privava o lesado de exigir uma alteração à indemnização que lhe havia sido concedida sob a forma de capital⁽⁵²⁾.

Perante o silêncio do Código Civil, a doutrina que se tem pronunciado sobre o tema nega a possibilidade de se rever a indemnização sob a forma de capital, argumentando *a contrario* a partir do que expressamente está contemplado para indemnização em renda. Na substância, porém, e segundo as posições assumidas por essa doutrina, a indemnização sob a forma de capital não é verdadeiramente tomada como uma regulação definitiva do tema do ressarcimento entre o lesante e o lesado. Aceita-se que, mesmo após ter recebido uma indemnização sob a forma de capital, o lesado possa exigir a compensação de novos danos, ao menos daqueles que não fossem previsíveis à data em que o capital foi fixado⁽⁵³⁾. A inalte-

⁽⁵⁰⁾ Cf. VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização* (cit. na n. 44), 299.

⁽⁵¹⁾ *Idem*, 258. A regra não passou para o articulado possivelmente por se considerar que, sendo evidente, a referência seria dispensável.

⁽⁵²⁾ Era o que dispunha o n.º 2, do art. 19.º do articulado proposto relativo à obrigação de indemnização: cf. *idem*, 299.

⁽⁵³⁾ Neste sentido, ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 329-330, ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extra-contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, 157-159, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 344-346. A última autora defende, porém, *de iure condendo* a sujeição da indemnização sob a forma de capital a revisão e mesmo em hipóteses que não se traduzem numa evolução do dano diferente da esperada (p. ex., revisão da indemnização por força da depreciação monetária). ISABEL ALEXANDRE abre ainda uma exceção o lesado ter peticionado uma indemnização sob a forma de renda, mas tal não lhe ter sido concedido. Neste caso, o lesado (mas não o lesante) poderia requerer a modificação da indemnização sob a forma de capital. A autora parece referir-se à possibilidade de a indemnização ser adaptada a outras circunstâncias que não o surgimento de novos danos imprevisíveis à data da quantificação do capital, em particular à evolução da inflação.

rabilidade da indemnização perante uma não verificação das previsões traduz-se assim, para aquela doutrina, sobretudo numa imodificabilidade *para o lesante*, que não pode vir a exigir reembolso do que pagou a mais ainda que prove que o dano prognosticado não chegou a ocorrer ou teve uma extensão ou uma duração inferior às previstas⁽⁵⁴⁾.

A insusceptibilidade de revisão de uma indemnização sob a forma de capital perante a não verificação do dano ou uma menor extensão deste não pode, no entanto, ser tomada como um dado adquirido no direito português. A lei a tal não obriga, apenas se podendo dizer que o regime de modificação da indemnização em renda não se aplica sem mais à indemnização sob a forma de capital. Mas tal não permite concluir pela insensibilidade desta última a variações posteriores. Na verdade, diversamente do que sucede no estabelecimento de uma renda, a fixação de uma indemnização sob a forma de capital depende de dois tipos diferentes de prognósticos: um relativo à evolução do dano e outro relativo às *condições de aplicação do capital*. A previsão da evolução de taxas de juro, da disponibilidade de produtos financeiros e outras circunstâncias análogas não existe na indemnização sob a forma de renda, mas é indispensável quando a indemnização tenha por objeto a entrega de um capital⁽⁵⁵⁾. Ora, os desvios da realidade relativamente à previsão das condições de aplicação do capital não permitem a revisão da correspondente indemnização porque esta supõe justamente a *transferência do risco de administração do capital para o lesado*, que, a partir do seu pagamento, terá o ónus de o fazer frutificar, não podendo invocar que encontrou obstáculos inesperados nesse ponto, mas não estando também sujeito a reembolsar o lesante quando encontre condições mais favoráveis do que as previstas ou quando, mercê do seu engenho ou competência, consiga extrair do capital pago maiores rendimentos do que os esperados.

Não obstante, relativamente a outras divergências entre a realidade e aquilo que foi previsto no momento da fixação do capital, não há razão para afastar a possibilidade de rever a indemnização. Assim, se o lesado sofreu mais danos do que o previsto, deve poder exigir por eles indemnização adicional (e tratando-se de danos continuados, também possivelmente sob a forma de capital). Em contrapartida, não se produzindo o dano prognosticado ou tendo ele uma duração ou extensão menores do que as pressupostas na decisão judicial, é possível a via da modificação, estando naturalmente a exi-

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, ÁLVARO DIAS, *Dano corporal* (cit. na n. 53), 334-340, ARMANDO BRAGA, *A reparação* (cit. na n. 53), 158-159, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 345-346.

⁽⁵⁵⁾ Cf., a título de exemplo, para uma previsão da evolução das taxas de juro, o acórdão do STJ de 30-03-2017 (OLINDO GERALDES).

gência da restituição do que já foi pago pelo lesante (quando for esse o caso) sujeita às limitações das regras do enriquecimento sem causa, quer no plano do cálculo do objeto da obrigação de restituir (cf. o art. 479.º, n.º 2, do CC), quer quanto à prescrição do correspondente direito (cf. o art. 482.º do CC)⁽⁵⁶⁾.

Entendidos nestes termos, os limites à modificabilidade de uma indemnização por danos futuros continuados sob a forma de capital não se opõem à tese aqui defendida da modificabilidade, em geral, de qualquer indemnização por danos futuros por desvio entre a realidade e o que se prognosticou. Ponto é que a divergência entre o que se verificou e o que foi previsto respeite à *ocorrência e dimensão do dano* e não às condições de aplicação da indemnização, quando estas também tenham sido objeto do juízo previsional do tribunal.

VII. A extensão e os limites da ação modificativa de decisão arbitral: algumas questões

21. Sendo a modificabilidade da indemnização por danos futuros, no caso de desvio entre o que se prognosticou e o que veio a suceder, uma imposição do direito substantivo — como acaba de se ver —, importaria determinar como é que o lesante pode fazer valer, no plano processual, este regime. A questão é respondida, no direito português, por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, que propõem a aplicação *analógica* do art. 619.º, n.º 2, do CPC. Este preceito, circunscrito textualmente às decisões em que «o réu tiver sido condenado a prestar de alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração», não seria, segundo estes autores, diretamente aplicável à «condenação imediata em indemnização *integral* de dano futuro», mas apenas à indemnização continuada por dano futuro, *i. e.*, à indemnização sob a forma de renda⁽⁵⁷⁾. No entanto, deveria admitir-se a

⁽⁵⁶⁾ Note-se, porém, que, no âmbito da indemnização por acidentes de trabalho e doenças profissionais, sendo uma pensão anual *remida em capital*, a lei salvaguarda expressamente o direito de o lesado exigir a revisão quando se verifique uma redução ulterior da capacidade de trabalho ou de ganho em consequência de alguma das circunstâncias previstas no art. 70.º da Lei n.º 98/2009 de 4 de Setembro, mas aparentemente não garante tal direito ao lesante perante a ocorrência simétrica de uma melhoria capacidade de trabalho ou de ganho (cf. o art. 77.º, al. *b*) da Lei n.º 98/2009 de 4 de Setembro).

⁽⁵⁷⁾ Cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit.* na n. 2), 431 (itálico meu). Note-se, porém, que o art. 619.º, n.º 2, do CPC, não está limitado às decisões de condenação numa *prestação periódica*, ao contrário do que sucede com o § 323 ZPO (lei processual alemã). Os alimentos podem

via da analogia, a qual a par da vantagem do «aproveitamento dos actos», asseguraria uma proteção acrescida «da intangibilidade da decisão não afetada pela modificação do estado de coisas relevante»⁽⁵⁸⁾.

Ora, dando como boa a tese da aplicabilidade do art. 619.º, n.º 2, do CPC à indemnização por dano futuro instantâneo, *i. e.*, aceitando-se que o lesante pode lançar mão da ação modificativa para o efeito de obter uma redução ou eliminação da indemnização porque o prognóstico em que a decisão assentou não chegou a verificar-se, logo se colocam uma série de dúvidas quanto à extensão e limites desta faculdade. É precisamente esse o objeto dos pontos seguintes.

a) Ação modificativa e agravamento do dano ou novos danos

22. O *princípio compensatório* constitui o fundamento principal da revisibilidade de uma indemnização já liquidada por danos futuros sempre que não se verifiquem as circunstâncias previstas que estiveram na base da decisão. Ora, esse princípio não distingue entre, por um lado, uma modificação de *sentido minorativo*, *i. e.*, que exclua ou reduza a indemnização, e, por outro lado, uma modificação de *sentido ampliativo*, *i. e.*, que aumente a indemnização. E não existem *outras razões* para um tratamento discriminatório entre os dois tipos de ocorrências. Aliás, como se viu atrás, a possibilidade de o lesado exigir uma indemnização por danos que ainda não se tivessem produzido e que ainda não fossem previsíveis no momento temporal de referência da decisão de uma primeira ação sempre foi reconhecida, sem exceção, na doutrina e na jurisprudência⁽⁵⁹⁾. Contudo, nem todos os danos que eram futuros à data da primeira ação e que se tornem, posteriormente, danos presentes poderão ser reclamados pelo lesado e nem é certo que, quando devam poder ser exigidos, a ação modificativa seja o meio processual adequado a alcançar esse efeito.

23. Na verdade, não pode valer indiscriminadamente a possibilidade de o ofendido, que já tenha obtido uma decisão transitada em julgado relativa a indemnização fundada em determinado facto gerador de respon-

ser prestados sob a forma de capital (cf. o art. 2005.º, n.º 1, do CC) e não há qualquer obstáculo à aplicação daquele preceito a esse caso. A recusa da aplicação da ação modificativa à indemnização por dano futuro continuado sob a forma de capital, *i. e.*, uma indemnização que se esgota numa prestação instantânea, embora se reporte a um dano continuado, assenta em razões de direito substantivo (que já foram parcialmente afastadas no texto) e não em qualquer limitação do art. 619.º, n.º 2, do CPC às sentenças de condenação em prestação periódica (cf. *supra*, texto subsequente à n. 49).

⁽⁵⁸⁾ Cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit.* na n. 2), 434.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *supra*, texto posterior à n. 44.

sabilidade, fazer valer posteriormente danos oriundos do mesmo facto que ainda não se haviam produzido ao tempo do encerramento da discussão naquela ação.

Em concreto, há restrições quando os danos ocorridos num momento ulterior já fossem *previsíveis* à data do encerramento da discussão na ação em que foi proferida a primeira decisão⁽⁶⁰⁾. Se o lesado tiver formulado um *pedido genérico* na primeira ação, *i. e.*, se o lesado, designadamente com fundamento em ainda não se ter extinguido o potencial lesivo do facto danoso, apresentar um pedido que abranja todos os prejuízos que tenha sofrido ou venha a sofrer em consequência desse facto — pedido esse admissível à luz do art. 566.º, n.º 1, al. b) do CPC —, deve entender-se que aquele pedido abrange os danos futuros e que a causa de pedir integra os correspondentes factos, posto que previsíveis. Consequentemente, se o tribunal não condenar o lesante na indemnização de danos que, embora não se tivessem produzido, já fossem previsíveis, o *efeito negativo do caso julgado* (assegurado pela exceção de caso julgado) opõe-se a que o ressarcimento de tais danos, uma vez ocorridos, possa ser depois judicialmente exigido.

Assim, se, por exemplo, o tribunal não condenou o lesante por determinados danos que já eram previsíveis à data do encerramento da discussão da primeira ação porque o lesado *não alegou* os correspondentes factos (futuros) e, em consequência, estes não puderam ser tidos em conta pelo tribunal (cf. o art. 5.º do CPC), a uma ação posterior em que fosse pedida a indemnização de tais danos poderia opor-se eficazmente a exceção de caso julgado. E repare-se que, nesta hipótese, o caso julgado que se formou sobre a decisão relativa ao pedido genérico não pode ser *quebrado* por meio da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC, pela simples razão de que o tribunal não fez, nem podia fazer, na primeira ação qualquer previsão relativamente aos danos futuros (previsíveis) não invocados pelo autor, pelo que não está em causa uma falha de prognóstico ou de previsão a que aquela ação visa justamente reagir⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Já se tem reservado a expressão «agravamento do dano» para os danos futuros que sejam previsíveis *ex ante*, num determinado momento, e a expressão «novos danos» para aqueles que sejam imprevisíveis (cf. o acórdão do STJ de 3-12-1998 (Ferreira Ramos), disponível em <www.dgsi.pt>). Mas a terminologia não se encontra sedimentada (cf. o acórdão do STJ de 22-09-2009 (ALVES VELHO), em que se alude a novos danos previsíveis). Por isso, prefiro distinguir apenas entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis, referindo o momento da previsibilidade ao encerramento da discussão na primeira ação.

⁽⁶¹⁾ A mesma solução deve valer para o caso de o tribunal ter conhecido dos danos futuros previsíveis, mas não ter neles condenado o lesante por faltar, em relação a eles, um título de imputação

Só não será assim se a indemnização arbitrada não incluiu danos futuros previsíveis por o tribunal erradamente ter considerado que eles não se produziram — ou que não havia certeza de que se produzissem — e estes depois se vierem a verificar. Nesta hipótese concreta, o caso julgado formado sobre a decisão proferida na primeira ação poderá ser quebrado por meio da via aberta no art. 619.º, n.º 2, do CPC, na medida em que a decisão anterior fez um prognóstico deficiente da realidade e existe uma «modificação das circunstâncias que determinaram» a decisão⁽⁶²⁾.

24. As soluções que valem para o caso de o lesado ter formulado um pedido genérico, referente a todos os danos que sofreu e que vier a sofrer resultantes do facto gerador de responsabilidade, não se aplicam, porém, à hipótese de o *pedido se limitar aos danos presentes*, ou seja, aos prejuízos verificados à data do encerramento da discussão. Se determinado dano era previsível à data do encerramento da discussão da primeira ação, mas não tiver sido incluído na indemnização aí arbitrada por o lesado não ter formulado o correspondente pedido, não fica precludida a faculdade de o fazer posteriormente, ressalvada naturalmente a prescrição do seu direito⁽⁶³⁾. É certo que já lhe era permitido, à luz do art. 564.º, n.º 2 do CC, incluir no pedido formulado anteriormente os danos futuros previsíveis. Do ponto de vista substantivo, porém, nada obriga o lesado peticionar antecipadamente os seus danos futuros. *Pode fazê-lo, mas não tem de fazê-lo* e não perde quaisquer direitos se o não fizer, não ficando privado da possibilidade de exigir o ressarcimento desses danos quando venham a ocorrer. Existem motivos atendíveis para que o lesado não inclua no pedido da primeira ação os danos futuros, mesmo que já sejam previsíveis à data em que a proponha ou no seu decurso. Desde logo, pode o lesado não querer suportar os custos de litigância de um pedido de valor superior antes de sofrer o dano, mesmo quando já seja possível prever com um grau grande de probabilidade que ele se produzirá. Depois, mercê das dúvidas que sempre atingem a previsibilidade do dano futuro, pode o lesado não

— por exemplo, por não serem uma consequência adequada do facto gerador de responsabilidade. Nesse caso, a sua exigência posterior, quando esses danos venham efetivamente a ocorrer, encontra-se precludida, igualmente nos termos dos arts. 580.º e 581.º do CPC. O contrário equivaleria a que a causa pudesse ser reexaminada e o juízo sobre a imputabilidade dos danos pudesse ser corrigido, ainda que a pretexto da ocorrência de factos supervenientes. E a ação modificativa nunca poderia justificar uma quebra deste caso julgado porque não houve uma «modificação das circunstâncias que determinaram» a decisão.

⁽⁶²⁾ Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 501, n. 1763.

⁽⁶³⁾ Cf. *infra*, VII, al. b).

querer que o risco de insucesso nesse pedido possa fragilizar a sua posição quanto a outros pedidos que também faça valer na ação — *maxime*, em relação a danos presentes — ou ainda pode querer evitar que o acréscimo de tempo ligado à discussão processual dos danos futuros retarde a satisfação dos demais pedidos. Nada há na regra do art. 564.º, n.º 2, do CC ou nos valores que a animam que imponha ao lesado o ónus de fazer valer antecipadamente os seus danos futuros previsíveis em termos de, não o fazendo numa primeira ação que proponha com fundamento no facto gerador de responsabilidade, ver tolhida a possibilidade de reclamar a sua compensação posteriormente.

25. Finalmente, tratando-se de danos imprevisíveis é indiscutível que o lesado não estava em condições de exigir o seu ressarcimento em momento anterior (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC), pelo que a possibilidade de compensação quando eles se venham a produzir não pode ser seriamente posta em causa. E tal vale, inclusive, para o caso de o lesado ter formulado na primeira ação um pedido genérico, *i. e.*, um pedido que abranja, sem exceção, todas as consequências danosas do facto gerador de responsabilidade. Mesmo tendo sido apresentado um pedido genérico, deve entender-se que nem a causa de pedir nessa ação, nem o pedido incluem danos imprevisíveis, pelo que a eficácia do caso julgado não se opõe a um novo pedido indemnizatório. Além disso, não pode considerar-se que, com o pedido genérico, o lesado tenha querido renunciar à indemnização de perdas que, no momento em que o formulou, não podia prever⁽⁶⁴⁾.

26. Reconhecido, com certas limitações, o direito do lesado de exigir uma indemnização por danos que se venham a produzir depois do encerramento da discussão em ação anterior em que se tenha arbitrado indemnização por outros prejuízos decorrentes do mesmo facto, cabe determinar *por que via* pode ele fazer valer esse seu direito: se o deve fazer através de uma *nova ação* ou através de uma *ação modificativa*. Assim, tem pleno sentido a questão de saber se pode recorrer-se à ação modificativa para obter uma revisão da indemnização mesmo no sentido ampliativo.

Precise-se, em qualquer caso, que, na maioria dos casos, a discussão versa somente a possibilidade de o lesado lançar mão da ação modificativa *em alternativa* a uma nova ação, dado que a viabilidade desta última, sempre que àquele sobrevenham novos danos, nunca poderia ser seriamente

(64) ASSÍM, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 469.

posta em causa. O lesado pode ter interesse na ação modificativa por esta envolver simplificação processual, mas tratando-se de danos *que não se encontram cobertos pelo caso julgado formado sobre a decisão anterior* porque o pedido e a correspondente causa de pedir não os incorporavam — nos termos acima delineados — a via de uma nova ação encontra-se sempre aberta.

27. A aplicação da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC às situações em que o lesado queira fazer valer danos que só veio a sofrer depois do encerramento da discussão da primeira ação e a cujo pedido não possa ser oposto o caso julgado nela formado gera fundadas dúvidas. Por um lado, não se poderá falar aqui de uma «modificação das circunstâncias *que determinaram a condenação*», como requer o art. 619.º, n.º 2, do CPC. Os novos danos que se venham a registar e que não foram incluídos na decisão já transitada em julgado não representam propriamente a não verificação do prognóstico em que *assentou* a decisão anterior (se é que nela algum prognóstico foi feito). Esses novos danos são antes «novos factos, que acrescerão aos já anteriormente fixados»⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, e em consequência disso, o caso julgado formado sobre a decisão anterior não abrange danos diversos daqueles que nela foram contemplados, pelo que não se poderá, por isso, falar aqui rigorosamente de uma decisão modificativa da decisão anterior. Nas palavras de Isabel Alexandre, neste tipo de casos, a ação modificativa não envolve «qualquer quebra de caso julgado da anterior ação, que, no que diz respeito aos danos não previstos, não tem qualquer extensão para o futuro»⁽⁶⁶⁾.

A favor da admissão de uma ação modificativa nestes casos depõe, no entanto, um imperativo *tratamento igualitário entre o lesante e o lesado*, pois se o primeiro pode sempre recorrer à ação modificativa para reduzir a indemnização em função de uma alteração das circunstâncias prognosticadas, beneficiando então da economia processual, idêntica vantagem deve ser reconhecida ao segundo, ainda que, em abstrato, sempre lhe fosse permitido exercer o seu direito à indemnização por novos danos em ação autónoma⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 471.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ No sentido de que nos casos de agravamento do dano o lesado terá de intentar uma nova ação declarativa condenatória, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 311. Pelo contrário, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 469, cuja opinião sigo, admite a ação modificativa, embora a autora apenas se refira à indemnização por danos futuros sob a forma de renda. Note-se ainda que Isabel Alexandre exclui a possibilidade de recorrer à ação modificativa nos casos

b) Ação modificativa e prescrição

28. No que respeita aos limites da ação modificativa, coloca-se a questão de saber se ela estará sujeita a algum prazo. A resposta é, em abstrato, relativamente simples. A lei processual civil não estabelece qualquer *prazo* para propor a ação modificativa (cf. o art. 619.º, n.º 2, do CPC), pelo que o único prazo aplicável terá de resultar da lei substantiva, em concreto, dos *prazos de prescrição dos direitos* que se queira fazer valer por via da ação modificativa⁽⁶⁸⁾.

O primeiro prazo de prescrição a ter em conta é o prazo de prescrição do direito à indemnização, quando a ação modificativa seja intentada precisamente com o objetivo de o lesado obter a indemnização de um agravamento do dano ou de um novo dano não abrangido em anterior condenação. A prescrição, por imperativo lógico, só pode começar a contar a partir da data em que o direito se constitua e, além disso, apenas a partir do momento em que o direito possa ser exercido (cf. o art. 306.º, n.º 1, do CC). Tratando-se de um direito à indemnização, a prescrição conta-se a partir do momento em que um dano se produziu, pois só então se constituiu o direito à correspondente indemnização⁽⁶⁹⁾. O pressuposto indeclinável de qualquer direito à indemnização é justamente o dano (cf. o art. 562.º do CC) e, em consequência, antes da verificação do dano não tem início a prescrição⁽⁷⁰⁾.

A regra de que o dever de indemnizar — e o direito à indemnização — só se constitui com a produção do dano, embora singela na aparência, esconde uma dificuldade. O dano é uma realidade evolutiva, cuja extensão

em que o dano fosse *previsível* à data da primeira ação, afirmando que se a lei dá ao lesado um meio de este economizar atos processuais permitindo-lhe exigir antecipadamente a indemnização do dano futuro previsível em conjunto com a dos seus danos presentes, então essa é a *via exclusiva* de proteção do seu interesse na economia processual. Atuando *a posteriori*, depois de verificado o dano «futuro», o lesado terá de o fazer valer numa nova ação [cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 501]. Esta argumentação, contudo, não convence, porque, para além desta *razão formal* assente na duplicação meios à disposição do lesado para a tutela do mesmo interesse, não parece existir uma *razão substancial* para recusar a ação modificativa. Que valor ou valores são afetados quando se garante ao lesado a «segunda oportunidade» de obter a indemnização por uma via que implique uma considerável economia do ponto de vista processual?

⁽⁶⁸⁾ Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 689.

⁽⁶⁹⁾ Cf. VAZ SERRA, «Prescrição do direito de indemnização», BMJ n.º 87 (1959), 23-67 (41-42).

⁽⁷⁰⁾ A tese de que a obrigação de indemnizar nasce com sanção do facto ilícito, independentemente da ocorrência de danos, é contrariada pelos dados legais (cf. o art. 483.º, n.º 1, e o art. 798.º ambos do CC). Além disso, como assinala Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa (s. e.), 1941, 238-241, a ideia de uma obrigação de indemnizar que se constitui com o ilícito, mas se extingue se não sobrevier dano algum é «pura fantasia» e não se ajusta à responsabilidade pelo risco e por factos lícitos (sendo certo que se trata também aí de uma obrigação de indemnizar).

vai variando ao longo do tempo. Por isso, coloca-se a questão de saber se uma vez verificado *um dano inicial* imputável ao facto gerador de responsabilidade a prescrição abrange também o direito à indemnização por todos os *danos ulteriores* que venham a produzir-se posteriormente ao dano originário ou se, pelo contrário, é admissível que corram, em simultâneo ou sucessivamente, vários prazos de prescrição independentes entre si, com diferentes termos *a quo*: tantos quantos os danos que ocorram em momentos distintos e que sejam ainda imputáveis ao facto gerador de responsabilidade. A primeira tese pode ser caracterizada como tese de *unidade do dano* e consequentemente de *unidade do direito* à indemnização⁽⁷¹⁾. A segunda pode ser representada pela referência à *pluralidade do dano* e à *pluralidade dos direitos* ao respetivo ressarcimento. São possíveis, evidentemente, teses compromissórias, como se verá de seguida.

29. A questão que acaba de se formular tem relevância indireta na possibilidade de modificar uma indemnização já reconhecida por sentença transitada em julgado mercê da superveniência de danos adicionais e suscita-se relativamente a qualquer prazo de prescrição: seja o prazo de prescrição ordinária do direito à indemnização (cf. o art. 498.º, n.º 1, *in fine* do CC, aplicável à responsabilidade delitual e à responsabilidade pelo risco por força do art. 499.º do CC), seja a prescrição de curto prazo, concretamente a prescrição de três anos aplicável ao direito à indemnização que se constitua fora do domínio do incumprimento das obrigações (cf. o art. 498.º, n.º 1, do CC)⁽⁷²⁾. No entanto, teoricamente a questão pode ser objeto de uma resposta distinta consoante a duração do prazo em jogo. A circunstância de, no art. 498.º, n.º 1, do CC, o prazo curto de prescrição se contar a partir do momento em que o lesado tenha tido conhecimento do direito que lhe compete⁽⁷³⁾, embora *desconhecendo a «extensão integral*

(71) O princípio da unidade do dano, nos termos do qual, no caso de pluralidade de consequências danosas de um mesmo facto, estas se considerariam produzidas logo no momento do primeiro dano (ainda que só venham a ocorrer posteriormente) é acolhido unanimemente na doutrina e jurisprudência alemãs, porém, cingido aos danos com que se possa contar logo no momento do primeiro dano (cf. MÜNCHKOMM/GROTHE, § 199, n. 9 — *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil*, Beck, Munique, 2006). A reforma do direito da prescrição (no contexto da modernização do direito das obrigações alemão) nada mudou em relação ao acolhimento deste princípio, embora a lei continue a não lhe fazer referência: cf. MÜNCHKOMM/GROTHE, § 199, n. m. 9, e *Das neue Schuldrecht/Wendland*, n. m. 12 (Has *(et alii)*, *Das neue Schuldrecht*, Beck, Munique, 2002).

(72) O prazo especial do art. 498.º, n.º 1, do CC, aplica-se simultaneamente à responsabilidade assente na culpa e no risco: cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações* (cit. na n. 36), 625, n. 2.

(73) Diversa é a proposta de interpretação de PAIS DE VASCONCELOS, «Responsabilidade civil e prescrição», *Revista de direito da responsabilidade*, Ano 1 (2019), 761-781 (780-781), ao considerar

dos danos», parece apontar para a consagração legal da tese da unidade do dano, nos termos da qual, e para efeitos de prescrição do direito à indemnização, depois de o facto se tornar danoso, *todo o dano*, mesmo o que se produza posteriormente, se considera verificado logo no momento do primeiro dano⁽⁷⁴⁾.

O entendimento da jurisprudência e doutrina dominante é, porém, diferente. Tem-se vindo a sedimentar uma distinção entre *danos futuros previsíveis e imprevisíveis*. Relativamente aos primeiros, o prazo de prescrição do direito à correspondente indemnização começa a contar-se desde o momento em que se produza o dano inicial (pressupondo que o dano futuro já seja previsível nessa data), independentemente de o lesado os ter efetivamente previsto e do momento (ulterior) em que venham a ocorrer. Diversamente, no caso de danos futuros imprevisíveis, a contagem do prazo só ocorre depois de estes se produzirem e de serem conhecidos pelo lesado⁽⁷⁵⁾.

A distinção deve ser acolhida e era, de resto, a defendida por Vaz Serra no estudo dedicado à prescrição do direito de indemnização⁽⁷⁶⁾. Desde logo, ela é inteiramente compatível com o disposto no art. 498.º, n.º 1, do CC. Quando a lei estabelece que a contagem do prazo de três anos se inicia apesar do desconhecimento da extensão integral dos danos estabelece diretamente uma regra quanto ao termo *a quo* da prescrição, mas não delimita, com isso, a *amplitude do direito sob prescrição*. Uma coisa é a contagem do prazo de prescrição iniciar-se apesar do desconhecimento

que o *dies a quo* do prazo curto de prescrição não é o momento em que o lesado tem conhecimento do seu direito à indemnização, mas o momento (posterior) em que tenha conhecimento da recusa extrajudicial do lesante em satisfazer o seu direito. No entanto, a leitura não tem qualquer apoio na letra da lei e faria com que o prazo ficasse sujeito à iniciativa do lesado, o que a lei justamente parece querer evitar.

⁽⁷⁴⁾ Neste sentido, embora reconhecendo que não corresponde ao acolhido na jurisprudência e na doutrina dominantes, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 17), 321-322, n. 62.

⁽⁷⁵⁾ Na jurisprudência, vejam-se os acórdãos do STJ de 3-12-1998 (FERREIRA RAMOS), de 8-11-2005 (MOREIRA ALVES), de 22-09-2009 (ALVES VELHO) e de 7-12-2010 (GARCIA CALEJO), disponíveis em <www.dgsi.pt>. Nos acórdãos do STJ de 16.06.2009 (URBANO DIAS) e de 18.04.2002 (ARAÚJO BARROS) apenas se esclarece que, ocorrido posteriormente um novo dano, o prazo prescricional conta-se a partir da respetiva ocorrência e conhecimento, sem referência ao requisito da imprevisibilidade em momento anterior. Na doutrina, por referência a «novos danos» VAZ SERRA, «Anotação», RLJ n.º 105 (1972-1973), 45-46, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1987, 504, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações* (*cit.* na n. 36), 627, e acolhendo a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis, GABRIELA FERNANDES, *Comentário ao Código Civil: direito das obrigações; das obrigações em geral* (coord. Brandão Proença), Universidade Católica, Lisboa, 2018, Anot. ao art. 498.º, n.º 4, II, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit.* na n. 1), 691-693.

⁽⁷⁶⁾ Cf. VAZ SERRA, «Prescrição» (*cit.* na n. 69), 43-44, que assim interpretava a regra segundo a qual o prazo se contava independentemente de ser conhecida a extensão integral do dano. No entanto, essa regra não se encontrava expressamente consagrada no articulado proposto pelo autor.

da extensão integral dos danos. Outra é a prescrição assim iniciada abranger o ressarcimento de todos os danos decorrentes do facto gerador de responsabilidade, mesmo daqueles que ainda não ocorreram, sejam ou não previsíveis. O primeiro aspeto respeita à contagem do prazo. O segundo respeita ao objeto da prescrição.

Acresce que esta tese discriminadora é ainda harmonizável com o art. 564.º, n.º 2, do CC, à luz do qual o lesado pode incluir no seu pedido indemnizatório danos futuros, posto que previsíveis, e mesmo que não sejam ainda determináveis. Compreende-se, à luz deste preceito, que o direito à indemnização por determinado dano possa extinguir-se antes mesmo de esse dano ter ocorrido e a razão disso está em que o direito já se havia constituído e podia ser exercido em momento anterior. A solução leva a que o lesado tenha o ónus de incluir no ato interruptivo o ressarcimento de danos futuros que sejam já previsíveis, pois só por essa via evitará a prescrição do direito à indemnização referente a estes danos. Na prática, e tratando-se da citação para uma ação de indemnização, o lesado terá o ónus de formular um pedido que abranja danos futuros previsíveis, se necessário, um pedido genérico (cf. o art. 569.º do CC e o art. 556.º, n.º 1, al. b) do CPC)⁽⁷⁷⁾.

Por fim, a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis concilia, de forma equilibrada, as finalidades da prescrição de curto prazo com o imperativo da efetividade da atribuição de direitos ao lesado. Se se compreende que as contingências da prova testemunhal em que geralmente assenta a indemnização no espaço extracontratual imponham ao lesado, que tenha conhecimento do preenchimento dos pressupostos do seu direito, que o exerça dentro de um período de tempo mais reduzido e sem esperar indefinidamente pela integral consumação do dano, não se pode deixar também de reconhecer que contrariaria a própria lógica da prescrição — assente no *não exercício* de uma posição jurídica — que esta operasse em caso de impossibilidade de exigência da indemnização por não se poder prever em absoluto o dano em causa.

(77) Note-se ainda que se o lesado propôs uma ação em que formulou um pedido genérico relativo a todas as consequências presentes ou futuras do facto gerador de responsabilidade ou um pedido determinado, mas que abrangia danos previsíveis, e, apesar disso, não obteve uma decisão de condenação do lesante na indemnização dos danos futuros já previsíveis à data da primeira ação (*maxime*, porque o tribunal entendeu que não existia probabilidade suficiente do dano para essa condenação) deve a citação para a primeira ação considerar-se um ato interruptivo da prescrição do direito à indemnização desses danos, de tal forma que uma exigência posterior da indemnização não fica precludida, se e na medida em que não se tenha esgotado o novo prazo de prescrição que entretanto se tenha começado a contar (cf. os arts. 323.º, 326.º e 327.º todos do CC).

30. No que respeita ao prazo ordinário de prescrição do dever de indemnizar, a contagem deste tem início com a produção do facto danoso (cf. o art. 498.º, n.º 1, *in fine*, do CC) independentemente do conhecimento que o lesado disso possa ter. No entanto, o termo *a quo* da prescrição ordinária suscita uma dúvida idêntica à que se viu valer na prescrição de curto prazo: tendo em conta o possível carácter evolutivo do dano, os 20 anos contam-se a partir do momento em que o primeiro dano se produziu, extinguindo-se, com o seu esgotamento, o direito à indemnização de *todos* os danos que resultem do facto gerador de responsabilidade, mesmo daqueles que só se produzam depois de decorrido aquele prazo (quando for caso disso)? Ou diversamente o prazo ordinário tem início em momentos distintos, consoante a data em que se produza *cada um* dos danos de cuja indemnização se cure?

Parece que as razões que valem para a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis a propósito da prescrição de curta duração procedem igualmente quando esteja em causa a prescrição ordinária. Concretamente, choca que o lesado não possa exigir ressarcimento de danos imprevisíveis que venham a ocorrer mesmo depois de esgotados 20 anos sobre a produção dos primeiros prejuízos, desde que demonstre que estes são ainda objetivamente imputáveis ao facto gerador de responsabilidade⁽⁷⁸⁾. De outra forma, prescreveria um direito à compensação de um dano que rigorosamente nunca chegou a poder ser exercido, o que contraria o fundamento geral do instituto da prescrição (cf. o art. 306.º, n.º 1, do CC).

31. Nos casos em que ação modificativa seja proposta pelo lesante com o objetivo de reduzir ou excluir a indemnização, coloca-se a questão de saber se o exercício do correspondente direito estará sujeito ao prazo de prescrição do direito à restituição por enriquecimento sem causa. Nos termos do art. 482.º do CC, «o direito à restituição por enriquecimento prescreve no prazo de três anos contados da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem

(78) Neste sentido, Vaz Serra, «Anotação», RLJ n.º 105 (*cit.* na n. 31), 47, dando o exemplo de o alimentando só vir a carecer dos alimentos «mais de vinte anos após o facto determinante da morte do lesado imediato». Se assim não fosse, como afirma o autor, «aquele que só viesse a ter necessidade de alimentos vinte anos depois do facto causador da morte do que seria obrigado a prestá-los, não poderia exigir indemnização ao lesante sem se expor a que lhe fosse oposta a excepção da prescrição». Note-se, porém, que não é este o entendimento implícito de Antunes Varela, *Das obrigações* (*cit.* na n. 36), 627, quando este autor afirma que o lesado pode sempre exigir a indemnização de novos danos, desde que só tenha conhecimento destes dentro dos três anos anteriores e «enquanto a prescrição ordinária não se tiver consumado». A passagem dá a entender que o direito à indemnização de *qualquer* dano prescreve decorridos 20 anos sobre a produção do primeiro prejuízo.

prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do enriquecimento».

Ora, a questão fundamental será a de saber se por via da ação modificativa o direito que o lesante faz valer é um direito à restituição do enriquecimento que o lesado obteve à sua custa. Na verdade, não é. Só o direito à restituição da parte da indemnização que tenha sido paga a mais é que constituirá um direito à restituição e, nessa medida, *o prazo de prescrição do art. 482.º do CC só terá relevância prática no caso de a decisão condenação, de que cuja modificação se cura, já ter sido cumprida ou executada*⁽⁷⁹⁾. Assim, o direito à modificação da decisão exercido por via da ação modificativa não está sujeito a este prazo de prescrição, embora o (eventual) direito à restituição que o lesante adite ao pedido modificativo — e que se encontra condicionado à obtenção de vencimento no pedido modificativo — esteja efetivamente sujeito a tal prazo.

Note-se que o prazo começará a contar-se a partir do momento em que o lesante tenha conhecimento dos factos que legitimam a modificação da indemnização em que foi condenado, por exemplo, a partir do momento em que teve conhecimento que o dano futuro, contra as previsões constantes da primeira decisão, não se verificou. Poder-se-ia entender que a prescrição do direito à restituição do que tenha sido pago ao abrigo da primeira decisão só começaria a contar-se a partir da data da modificação da decisão proferida na primeira ação, na medida em que se a indemnização foi fixada por sentença então esta constitui uma causa legítima de enriquecimento e, enquanto não for alterada, o enriquecimento tem causa⁽⁸⁰⁾. Mas não é assim. A partir do momento em que a sentença é suscetível de modificação não se pode dizer que se *mantém* a causa do enriquecimento. A par disso, e em geral, a circunstância de uma decisão condenatória transitar em julgado não tem a virtualidade de *dar causa* ao enriquecimento por ela ordenado quando este nunca a tenha tido, apenas tem o efeito de *tornar indiscutível* a eventual falta de causa.

c) Ação modificativa e sentenças já executadas

32. Se a decisão sujeita a modificação já foi cumprida ou executada, será isso um limite à ação modificativa? Poderia pretender-se que o

⁽⁷⁹⁾ Esta limitação só terá interesse se se considerar que existe a possibilidade de modificar decisões já executadas: quanto a este tema, cf. *infra*, VII, al. c).

⁽⁸⁰⁾ Neste sentido, aparentemente ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 695, na medida em que a autora entende que o lesado que proponha ação de modificação em caso de diminuição do dano não está sujeito à prescrição do art. 482.º do CC porque se a indemnização em renda «foi fixada por sentença (...) [existe] uma causa legítima de enriquecimento».

facto de ter sido cumprida ou executada a decisão criaria uma *confiança acrescida* no seu caráter definitivo e que isso constituiria um obstáculo à modificação. Mas o argumento não convence. De facto, constituindo a indemnização de danos futuros a *antecipação* de compensação de um dano que apenas foi previsto, nunca a confiança das partes na estabilidade da decisão mereceria proteção significativa⁽⁸¹⁾.

Além disso, sendo a modificação requerida pelo lesado no sentido alargar a indemnização a danos que, entretanto, tenham ocorrido, não há que tutelar confiança alguma do lesante quanto a não ser obrigado a compensar tais danos novos (danos futuros à data da primeira ação) quando ainda não tenha decorrido o prazo de prescrição do correspondente direito. Por outro lado, quando se trate de o lesante requerer uma modificação no sentido minorativo, a tutela da confiança do lesado no caráter definitivo da sua aquisição — da prestação recebida — é assegurada por meio das regras de cálculo da obrigação de restituir pelo enriquecimento sem causa (cf. o art. 479.º, n.º 2, do CC) e da prescrição do correspondente direito (cf. o art. 482.º do CC), não sendo coerente com estas opções do sistema criar-se uma exclusão «cega» da ação modificativa quando a decisão modificanda tenha sido cumprida ou executada.

d) Ação modificativa e preclusão do deduzido e do deduzível na ação anterior

33. Um verdadeiro limite à ação modificativa resulta de as circunstâncias novas que fundamentem o pedido de modificação *já serem previsíveis à data da primeira ação e não terem sido alegadas pela parte a quem aproveitam*. Na verdade, mal se compreenderia que a via da ação modificativa tivesse por efeito contornar o ónus de alegação que as partes processuais têm relativamente aos factos essenciais: do autor, quanto aos factos que compõem a causa de pedir e do réu, quanto aos factos que correspondem às exceções (cf. o art. 5.º do CPC).

Este limite tem, contudo, uma projeção diferente consoante se trate de uma modificação pretendida pelo lesante ou pelo lesado. De facto, como se disse acima, sendo a ação proposta pelo *lesado* e tendo por objeto o alargamento da indemnização a danos novos, a circunstância de os prejuízos já serem previsíveis à data da primeira ação não o priva, em princí-

⁽⁸¹⁾ Cf. argumento idêntico em ISABEL ALEXANDRE *Modificação* (cit. na n. 1), 343-344, ao defender que a inadmissibilidade da modificação de decisões já executadas nunca se aplicaria às decisões que condenem o lesante numa indemnização (de danos futuros continuados) sob a forma de capital.

pio, de os exigir posteriormente, pois a lei permite-lhe que ele antecipe a tutela, mas não o obriga a tal. Mas esta afirmação tem de ser coordenada com a possível preclusão resultante do caso julgado. Se o lesado, ao abrigo da faculdade do art. 564.º, n.º 2, do CC, tiver formulado na primeira ação um *pedido genérico*, referente a *todos* os danos presentes e futuros causados pelo facto gerador de responsabilidade, deve entender-se que o pedido e a causa de pedir se referem a *todos os danos previsíveis* à data do encerramento da discussão na primeira ação. Em tal caso, não tendo o autor (lesado) trazido ao primeiro processo os factos correspondentes a determinados danos futuros previsíveis até àquela data, ficará privado de o fazer numa ação posterior, porque a tal se opõe a eficácia de caso julgado. E este caso julgado não pode ser quebrado por via da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC, uma vez que esta ação visa corrigir divergências entre a factualidade ocorrida e a prognosticada e em relação aos danos previsíveis à data do encerramento da discussão de que o tribunal, por falta de alegação dos correspondentes factos, não chegou a conhecer não foi feito, nem podia ser feito, qualquer prognóstico⁽⁸²⁾.

Já se a ação modificativa for proposta pelo *lesante* e este pretender valer-se de factos novos que excluam ou reduzam a indemnização, previsíveis à data da primeira ação, mas por ele aí *não alegados*, a solução adequada será impedir a apreciação deste pedido modificativo. Na verdade, de outra forma não haveria preclusão de todos os meios de defesa que o réu estava em condições de opor ao pedido do autor, sendo certo que a função da ação modificativa não é a de introduzir uma brecha nesse efeito preclusivo do caso julgado. Tendo por referência o *concreto facto* futuro previsível não alegado pelo réu que, a ter sido invocado, teria tido o efeito de extinguir, modificar ou impedir o direito do autor, poder-se-á dizer que o tribunal da primeira causa não fez em relação a ele qualquer prognóstico. Por isso, o recurso à ação modificativa para fazer valer tal facto, quando ele venha a ocorrer, extravasaria o propósito deste meio processual, que é o de permitir a «correção» da decisão quando o prognóstico em que esta efetivamente tenha *assentado* não se concretize, o que relativamente aos factos não alegados não sucede⁽⁸³⁾.

e) Ação modificativa e erro de previsão

34. Um último limite à ação modificativa poderia revelar-se nos casos em que o pedido modificativo assenta numa *alteração de circuns-*

(82) Cf. *supra*, o texto subsequente à n. 61.

(83) Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 511.

tâncias previsível e invocada na ação anterior pela parte a quem aproveita cuja relevância para a decisão foi recusada pelo tribunal com o fundamento de ser imprevisível. A dúvida posta por este conjunto de casos reside no facto de neles existir um *erro de julgamento* que a ação modificativa, a ser admissível, viria corrigir. Mais do que reagir à não verificação da previsão feita na primeira ação, *i. e.*, a um «erro de previsão» em sentido impróprio, a ação modificativa neste tipo de casos emendaria uma previsão mal feita, *i. e.*, um *erro de previsão em sentido próprio*. Repare-se que a parte afetada por este erro de julgamento já terá tido a oportunidade de reagir a ele pelas vias comuns de recurso. Poderá, além disso, propor uma ação modificativa quando o futuro venha a dar-lhe razão e o facto por ela prognosticado e alegado venha efetivamente a ocorrer?

Na verdade, estamos ainda dentro do domínio da ação modificativa, uma vez que as circunstâncias prognosticadas pelo tribunal na primeira ação sofreram uma alteração. Além disso, a circunstância de o tribunal ter, na primeira ação, ainda que erradamente, considerado a circunstâncias futuras imprevisíveis e de ter recusado *precisamente com esse fundamento* a sua relevância para a decisão proferida é inteiramente compatível com a sua invocabilidade posterior, num momento em que a falta de certeza quanto à sua ocorrência já não possa ser um obstáculo à sua consideração. Não há que tolher nestes casos o recurso à ação modificativa⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 472-474, rejeita também este limite à ação modificativa, mas com uma argumentação algo diversa. No entender da autora, se a apreciação do mérito do pedido modificativo pudesse ser evitada com o argumento de que o tribunal já deveria ter considerado o facto futuro na anterior ação e não o fez, isso significaria introduzir na fase de saneamento da ação modificativa um juízo quanto ao mérito da decisão anterior que é incompatível com a fisionomia da ação modificativa.