



AAFDL
EDITORA

IUS DICTUM

TEORIA GERAL DA ADJUDICAÇÃO

#03

[JANEIRO - ABRIL]

Ius Dictum

FICHA TÉCNICA – IUS DICTUM

Membros da Direcção:

Paula Costa e Silva – FDUL
João Marques Martins – FDUL

Conselho Científico:

Miguel Teixeira de Sousa – FDL
António do Passo Cabral – UERJ
Daniel Mitideiro – UFRGS
Eduardo Oteiza – UNLP
Eduardo Talamani – UFPR
Elizabeth Fernandez – UMinho
Flávio Luiz Yarshell – FADUSP
Francisco Verbic – UNLP
Fredie Didier – UFBA
Giuseppe Ruffini – Università Roma Tre
Hermes Zaneti – UFES
Joan Picó i Junoy – UPF
Jordi Ferrer Beltran – UDG
Judith Martins Costa – IEC
Lorenzo M. Bujosa Vadell – USAL Luca
Passanante – UNIBS
Luiz Guilherme Marinoni – UFPR
Marco Gradi – UNIME
Maria José Capelo – FDUC
Maria Victoria Mosmann – USAL
Paulo Lucon – FDUSP
Rita Lobo Xavier – UCP
Rita Lynce de Faria – UCP
Sergio Cruz Arenhart – UFPR
Teresa Arruda Alvim – PUC – SP

Conselho de Redacção:

Beatriz de Macedo Vitorino – FDUL
Filipa Lira de Almeida – FDUL
Filipe Gomes – FDUL

Proprietário:

Faculdade de Direito da Universidade Lisboa

Editora:

Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ISSN:0000-0000

Dep. Legal: 0000/21

Data: janeiro 2021

ÍNDICE

Miguel Teixeira de Sousa

- 7 *Michele Taruffo (1943-2020) – Versão portuguesa*
- 9 *Michele Taruffo (1943-2020) – Versão italiana*

Renato Resende Beneduzi

- 11 *A lei sem epíteto de 3 de novembro de 1768 e a reforma da revista: o ideário pombalino no processo civil*

João Marques Martins

- 23 *Regras Segundo Wittgenstein e Regras Jurídicas*

Marco Caldeira

- 31 *Das Relações entre a Tutela Cautelar e o Processo Principal – Reflexões Tópicas a Propósito de uma Decisão Surpreendente e de Um Problema Crónico*

Marcel Piterman

- 43 *Tutelas Inibitórias Ordenadas por Tribunais Arbitrais*

MICHELE TARUFFO

(1943-2020)

Miguel Teixeira de Sousa

1. No passado dia 10 de Dezembro faleceu, com a idade de 77 anos, Michele Taruffo. Taruffo nasceu em 1943 e licenciou-se Direito na Universidade de Pavia em 1965. Nesta mesma Universidade obteve em 1976 a categoria de *Professore Ordinario* nas áreas de direito processual civil e de direito comparado, cargo que manteve até à sua jubilação em 2013. Como acontece frequentemente nas carreiras académicas, o contacto de Taruffo com a matéria a que viria a dedicar-se em profundidade foi algo accidental: foi o seu interesse pela temática da sentença judicial que o aproximou de V. Denti (1919-2001), que, por seu turno, o levou a interessar-se pela matéria processual.

A perspectiva que Taruffo escolheu para a análise das matérias processuais elevou-o à categoria de um jurista universal. Sobre a referida perspectiva é muito interessante o que afirmou na *Premessa* a uma obra, publicada em 2002, que é significativamente intitulada *Sui confini/Scritti sulla giustizia civile*. Nas palavras de Taruffo: “*Il volume non descrive confini (non è de finibus o about borders), né tanto meno tende a suggerire l’opportunità di porre o rafforzare confini tra qualcosa. Al contrario, esse vuole suggerire un punto di vista, un luogo ipotetico in cui si potrebbe collocare per guardare a ciò che si vede. Questo luogo della mente è quello in cui l’osservatore si pone sopra un confine, quasi a cavalcioni sul muro (metaforico o reale) che lo segna, per poter guardare a ciò che appare sui due lati del confine, sulle due terre che il confine separa [...]*”. A ideia é simples (e está formulada de forma metafórica, mas também simples). O que distinguiu Taruffo foi que conseguiu concretizar com mestria a orientação metodológica que escolheu para a sua investigação.

2. Segundo informava em 2015 o *site* da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (a que Taruffo se encontrava ligado), Taruffo tinha publicado, entre 1967 e 2015, 42 monografias e 242 artigos ou capítulos de livros. Algumas das monografias publicadas por Taruffo reúnem artigos e outros escritos dispersos, tendo a última deste tipo sido publicada em 2020 com o sugestivo título de *Verso la decisione giusta*.

3. Como é evidente, não deixa de ser redutor pretender catalogar a vastíssima obra de Taruffo, mas talvez não seja demasiado redutor afirmar que Taruffo se notabilizou como processualista civil em três áreas: a do direito comparado, a da prova judicial e a da história do direito.

Na resposta a um conjunto de intervenções que analisaram alguns aspectos da sua obra, Taruffo afirmou que “*considero la comparación como un aspecto esencial del estudio del derecho*” e que o direito comparado integra o “*carácter necesario del método jurídico*” (Ferrer Beltrán/C. Vazquez (Coord.), *Debatiendo con Taruffo* (2016), p. 414). No campo do direito comparado, Taruffo não podia ignorar os sistemas processuais da família do *common law*. Ainda na fase inicial da sua carreira, Taruffo escreveu sobre as *class actions* e sobre o *collateral estoppel*. Em colaboração com G. Hazard Jr., Taruffo publicou em 1993 o hoje clássico *American Civil Procedure/ An Introduction*, uma obra que obteve um rápido e vasto acolhimento principalmente junto de juristas de outras origens. Antes desta obra, Taruffo já tinha publicado em 1979 a obra *Il proceso civile “adversary” nell’esperienza americana*, na qual assumiu uma atitude crítica perante o *adversarial system* dos Estados Unidos, postura que, aliás, não se alterou ao longo dos anos.

A atenção dispensada à função dos tribunais supremos conduziu Taruffo a escrever alguns textos sobre o precedente judiciário. A influência destes textos acabaria por ser significativa, principalmente porque o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 adoptou um sistema de precedentes vinculativos.

Em 1999, Taruffo foi o editor da obra *Abuse of Procedural Rights/Comparative Standards of Procedural Fairness*. Em língua portuguesa, D. Mitidiero coordenou a publicação, em 2013, da obra *Processo civil comparado: Ensaio*.

A preparação adquirida através dos estudos de direito comparado permitiu a Taruffo elaborar em 2000, no âmbito do UNIDROIT e novamente com Hazard Jr., as *Transnational Rules of Civil Procedure*.

4. Em 1975, Taruffo publicou a obra *La motivazione della sentenza civile* (um trabalho influenciado pelo *Linguistic Turn*), mas já tinha publicado em 1970 uma outra obra intitulada *Studi sulla rilevanza della prova*. O eixo constituído pela decisão justa e pela prova como pressuposto da decisão justa constituiu um dos *Leitmotiv* das investigações de Taruffo.

A prova judiciária foi um tema que, desde cedo, esteve no âmago das investigações e das publicações de Taruffo, sendo talvez a temática em que mais se tornou conhecido (também em Portugal). Em 1992, Taruffo publicou a obra *La prova dei fatti giuridici/Nozioni generali*. A obra – que se tornou, entretanto, um clássico na temática da prova – abre com o estudo da relação entre a prova e a verdade no processo civil, mas é toda ela, se assim se pode dizer, uma variação em torno desse binómio constituído pela prova e pela verdade. A construção de Taruffo naquela obra assenta em duas ideias básicas: uma delas é “*la possibilità di accertare la verità dei fatti nell’ambito del processo*”; a outra é expressa da seguinte forma por Taruffo: “*L’ipotesi di fondo è che la decisione giudiziale possa, e quindi debba [...] fondarsi su una ricostruzione veritiera dei fatti della causa*” (p. 63).

Taruffo nunca abandonou estas premissas, vindo antes a reforçá-las com algumas contribuições retiradas da epistemologia. Foi, aliás, o responsável pela divulgação entre os juristas das orientações de S. Haack. Em 2009, Taruffo culminou a análise da verdade em processo com a obra *La semplice verità/Il giudice e la costruzione dei fatti*. Depois disso, ficaram famosos os seus textos de combate contra as orientações “verifóbicas”, ou seja, contra as concepções, de diversos matizes, que recusam a possibilidade de atingir a verdade (ou mesmo uma qualquer verdade) em processo.

Muitas obras de Taruffo sobre a matéria da prova foram traduzidas para outras línguas. Em 2014, foi publicada no Brasil a obra *A Prova*.

5. O espírito multifacetado levou Taruffo a algumas investigações de carácter histórico. Constitui um excelente exemplo da vertente historicista de Taruffo a obra *La giustizia civile in Italia dal ’700 a oggi* (1980). Esta obra teve em 2018 uma versão aumentada em língua portuguesa, publicada em conjunto com Mitidiero (*A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*). Foi também sob uma perspectiva histórica que Taruffo analisou as funções dos tribunais supremos na obra *Il vertice ambiguo/Saggi sulla Cassazione civile* (1991).

6. Taruffo não descurou a dimensão didáctica da carreira universitária. Taruffo foi co-autor, com F. Carpi e V. Colesanti e, por fim, apenas com Carpi, de várias edições do *Commentario breve al Codice di Procedura*

civile (última edição 2018), tendo publicado, com L. P. Comoglio e C. Ferri, as *Lezioni sul processo civile* (última edição 2011) e editado, com V. Varano, o *Manuale di diritto processuale civile europeo* (2011).

7. Evidenciando o alcance universal da sua obra e da sua actividade académica, Taruffo proferiu palestras e lições em inúmeros países. Foi nomeadamente *visiting professor* na Cornell Law School (Ithaca) e no Hastings College of the Law (San Francisco) e foi investigador da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona. Taruffo recebeu vários títulos de Doutor *honoris causa*, principalmente de Universidades da América Latina.

8. Michele Taruffo preferiu dedicar-se mais ao processo civil que ao direito processual civil e, por isso, foi um grande processualista. Em Taruffo convivia um Homem simples e um Académico universal. Deixou, por isso, um legado humano e académico que assegura que não será esquecido.

M. Teixeira de Sousa

MICHELE TARUFFO

(1943-2020)

Miguel Teixeira de Sousa

1. Il 10 dicembre scorso è venuto a mancare, all'età di 77 anni, Michele Taruffo. Taruffo nasce nel 1943 e si laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Pavia nel 1965. Nella stessa università nel 1976 riceve la nomina di *Professore Ordinario* nelle aree di diritto processuale civile e di diritto comparato, incarico che ricoprirà fino al pensionamento, avvenuto nel 2013. Come accade di frequente nelle carriere accademiche, Taruffo si avvicina per caso alla materia alla quale si dedicherà approfonditamente: è il suo interesse per la tematica della sentenza giudiziaria ad avvicinarlo a V. Denti (1919-2001), che, a sua volta, lo porta a interessarsi della materia processuale.

La prospettiva che Taruffo sceglie per l'analisi delle materie processuali lo porta ai livelli di un giurista di caratura mondiale. Riguardo detta prospettiva, è molto interessante ciò che afferma nella *Premessa* a un'opera pubblicata nel 2002, significativamente intitolata *Sui confini/Scritti sulla giustizia civile*. Con le parole di Taruffo: "Il volume non descrive confini (non è de finibus o about borders), né tanto meno tende a suggerire l'opportunità di porre o rafforzare confini tra qualcosa. Al contrario, esso vuole suggerire un punto di vista, un luogo ipotetico in cui si potrebbe collocare per guardare a ciò che si vede. Questo luogo della mente è quello in cui l'osservatore si pone sopra un confine, quasi a cavalcioni sul muro (metaforico o reale) che lo segna, per poter guardare a ciò che appare sui due lati del confine, sulle due terre che il confine separa [...]". L'idea è semplice (ed è formulata in forma metaforica, ma anche semplice). Ciò che distingue Taruffo è che è riuscito a delineare con maestria gli orientamenti metodologici scelti ai fini della ricerca.

2. Secondo quanto riportato nel 2015 dal sito della Cattedra di Cultura Giuridica dell'Università di Girona (alla quale Taruffo era legato), Taruffo avrebbe pubblicato, tra il 1967 e il 2015, 42 monografie e 242 articoli o capitoli di libri. Alcune delle monografie pubblicate da Taruffo sono raccolte di articoli e altri scritti sparsi, l'ultima delle quali pubblicata nel 2020 sotto il titolo suggestivo di *Verso la decisione giusta*.

3. È evidente come sia senz'altro riduttivo pensare di catalogare la vastissima opera di Taruffo, ma forse

non è troppo riduttivo affermare che Taruffo si è distinto come processualista civile in tre aree: diritto comparato, prova giudiziale e storia del diritto.

In risposta a una serie di interventi che analizzano alcuni aspetti della sua opera, Taruffo afferma: "considero la comparación como un aspecto esencial del estudio del derecho" e che il diritto comparato integra il "carácter necesario del método jurídico" (Ferrer Beltrán/C. Vazquez (Coord.), *Debatiendo com Taruffo* (2016), p. 414). Nel campo del diritto comparato, Taruffo non può ignorare i sistemi processuali della famiglia della *common law*. Persino all'inizio della sua carriera Taruffo scrive sulle *class action* e sulla *preclusione*. In collaborazione con G. Hazard Jr., Taruffo pubblica nel 1993 l'ormai classico *American Civil Procedure/An Introduction*, un'opera che ottiene una rapida e vasta accoglienza principalmente presso giuristi stranieri. Prima di quest'opera, Taruffo ha già pubblicato, nel 1979, l'opera *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, nella quale assume un atteggiamento critico verso l'*adversarial system* degli Stati Uniti, posizione alla quale rimane fedele nel corso degli anni.

L'attenzione rivolta alla funzione dei tribunali supremi porta Taruffo a scrivere alcuni testi sul precedente giudiziario. L'influenza di questi scritti finisce con l'essere significativa, principalmente perché il Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015 adotta un sistema di precedenti vincolanti.

Nel 1999 Taruffo è editore dell'opera *Abuse of Procedural Rights/Comparative Standards of Procedural Fairness*. In lingua portoghese, D. Mitidiero coordina la pubblicazione, nel 2013, dell'opera *Processo civil comparado: Ensaio*.

La preparazione acquisita attraverso gli studi sul diritto comparato permette a Taruffo di elaborare, nel 2000, nell'ambito dell'UNIDROIT e nuovamente con Hazard Jr., le *Transnational Rules of Civil Procedure*.

4. Nel 1975 Taruffo pubblica l'opera *La motivazione della sentenza civile* (un lavoro influenzato dal *Linguistic Turn*), ma già nel 1970 ha pubblicato un'altra opera intitolata *Studi sulla rilevanza della prova*. L'asse costituito dalla decisione giusta e dalla prova come

presupposto della decisione giusta costituisce uno dei *Leitmotiv* delle ricerche di Taruffo.

La prova giudiziaria è fin dal principio un tema centrale nelle indagini e nelle pubblicazioni di Taruffo, nonché quello che gli ha conferito maggior fama (anche in Portogallo). Nel 1992 Taruffo pubblica l'opera *La prova dei fatti giuridici/Nozioni generali*. Questo scritto – diventato nel frattempo un classico sul tema della prova – si apre con lo studio del rapporto tra prova e verità nel processo civile, ma è esso stesso, se così si può dire, una variazione sul binomio costituito da prova e verità. La costruzione di Taruffo in questa opera poggia su due idee di base: una di esse è “la possibilità di accertare la verità dei fatti nell’ambito del processo”; l'altra è espressa da Taruffo come segue: “L'ipotesi di fondo è che la decisione giudiziale possa, e quindi debba [...] fondarsi su una ricostruzione veritiera dei fatti della causa” (p. 63).

Taruffo non abbandona mai queste premesse, anzi le rinforza con vari contributi tratti dall'epistemologia. È inoltre responsabile della divulgazione tra i giuristi degli orientamenti di S. Haack. Nel 2009 Taruffo porta alle massime vette la sua analisi della verità nel processo con l'opera *La semplice verità/Il giudice e la costruzione dei fatti*. In seguito diventeranno famosi i suoi testi contro gli orientamenti “verifobici”, ovvero quelle concezioni, dalle diverse sfumature, che negano la possibilità di conoscere la verità (una qualunque verità) nel processo.

Molte delle opere di Taruffo sulla materia della prova sono tradotte in varie lingue. Nel 2014 viene pubblicato in Brasile il libro *A Prova*.

5. L'animo eclettico di Taruffo lo porta a condurre anche ricerche di carattere storico. Costituisce un eccellente esempio del Taruffo storicista l'opera *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi* (1980). Nel 2018 quest'opera è pubblicata in versione estesa in lingua portoghese, in collaborazione con Mitidiero (*A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*). È anche da un punto di vista storico che Taruffo analizza le funzioni dei tribunali supremi nell'opera *Il vertice ambiguo/Saggi sulla Cassazione civile* (1991).

6. Taruffo non trascura la dimensione didattica della sua carriera universitaria. Egli è coautore, con F. Carpi e V. Colesanti e in seguito solamente con Carpi, di varie edizioni del *Commentario breve al Codice di Procedura civile* (ultima edizione 2018). Pubblica con L. P. Comoglio e C. Ferri le *Lezioni sul processo civile* (ultima edizione 2011) e con V. Varano, il *Manuale di diritto processuale civile europeo* (2011).

7. A prova della portata universale della sua opera e della sua attività accademica, Taruffo ha tenuto conferenze e lezioni in moltissimi paesi. Tra le altre

esperienze, è stato *visiting professor* nella Cornell Law School (Ithaca) e nell'Hastings College of the Law (San Francisco), nonché ricercatore per la cattedra di Cultura Giuridica presso l'Università di Girona. Taruffo ha ricevuto vari titoli di Dottore *honoris causa*, principalmente da università sudamericane.

8. Michele Taruffo ha preferito dedicarsi più al processo civile che al diritto processuale civile e per questo è stato un grande processualista. In lui hanno convissuto l'Uomo semplice e l'Accademico universale. Lascia pertanto un'eredità umana e accademica che gli garantiscono di non essere dimenticato.

M. Teixeira de Sousa

A LEI SEM EPÍTETO DE 3 DE NOVEMBRO DE 1768 E A REFORMA DA REVISTA: O IDEÁRIO POMBALINO NO PROCESSO CIVIL

RENATO RESENDE BENEDEZI

Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. As reformas pombalinas e o direito; 3. As disposições da lei de 3 novembro de 1768; 4. A revista antes de 1768; 5. A revista após a lei de 3 novembro de 1768: revista de graça especial e revista de graça especialíssima; 6. As Leis Imperiais, a Boa Razão e o direito expresso; 7. O *enforcement* processual do ideário pombalino; 8. Bibliografia.

Resumo: Este artigo se propõe a analisar o conteúdo e o significado histórico de uma lei sem epíteto de 3 de novembro de 1768 e seu significado para a história do processo civil português no contexto das reformas pombalinas.

Abstract: Cet article traite du contenu et de l'importance de la loi du 3 novembre 1768 pour l'histoire de la procédure civile portugaise dans le contexte des réformes dites pombalines.

1. Introdução

Correa Telles, a quem a lei de 13 de agosto de 1769 deve o nome – *Lei da Boa Razão* – por que é popularmente conhecida³, definiu-a em meados do século XIX como “*uma das leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José*”⁴. enquanto Paschoal

de Mello Freire, sem economizar nos superlativos e escrevendo em latim, chamou-a de *celeberrima, pulcherrima, sapientissima* e ainda de uma *uere aurea Constitutio* do rei D. José I⁵. Sua importância para a história do direito português – e brasileiro – é ainda hoje incontestavelmente reconhecida⁶.

Pouco ou nada se diz, no entanto, no contexto das reformas pombalinas, sobre outra lei, datada de 3 de novembro de 1768, que serviu para reformar radicalmente o recurso de revista então cabível em Portugal e em seus domínios conforme as disposições das Ordenações Filipinas. Importante em si no quadro geral da história do direito processual luso-brasileiro, esta *lei sem epíteto* acabou também por se tornar um eficaz instrumento processual de controle – não apenas jurídico, mas também ou sobretudo político – da aplicação das disposições da lei da Boa Razão. Daí por que parece oportuno, nas comemorações dos 250 anos de sua congênere mais célebre, investigar neste ensaio suas disposições e o seu significado histórico.

¹ Versão com alguns acréscimos de artigo publicado originariamente em obra coletiva organizada por Cláudia Lima Marques e Gustavo Cerqueira intitulada “A função modernizadora do direito comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão - homenagem à memória de Antônio Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior” e publicada em 2020 no Brasil pela Editora YK.

² Professor de Direito Processual Civil e de Direito Romano da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Doutor em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Visiting Fellow na Universidade de Oxford (academic visitor; Institute of European and Comparative Law), em 2014. Ricercatore post-dottorato na Università degli Studi di Firenze, em 2016. Gastwissenschaftler na Universidade de Munique, em 2018. Advogado.

³ A expressão “boa razão” aparece sete vezes ao longo de seu texto, mas Correa Telles é aparentemente o primeiro a descrever a própria lei desta forma.

⁴ “Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas,

que em BOA RAZÃO não forem fundadas” (Correa Telles, *Commentario critico a lei da boa razão* (1865), p. 3).

⁵ Mello Freire, *Historia iuris civilis lusitani* (5ª ed. 1853), p. 116.

⁶ Para sua importância no contexto específico da história do processo civil, em Portugal e no Brasil: Cruz e Tucci/Azevedo, *Lições de história do processo civil lusitano* (2009), p. 144.

2. As reformas pombalinas e o direito

A importância de Sebastião José de Carvalho e Mello, o Marquês de Pombal, para a história de Portugal – e do Brasil, então ainda colônia⁷ – vai muito além de sua contribuição para a reforma do direito⁸. Pombal pretendeu transformar a sociedade portuguesa, e para isso percebeu que precisaria reformar também o seu direito. Suas reformas são o resultado da recepção em Portugal – um tanto quanto tardia embora – do ideário iluminista, o “*iluminismo italiano que Verney transmitiu à mentalidade portuguesa*”⁹⁻¹⁰. Por este motivo, cada uma das específicas inovações pombalinas no campo do direito – entre elas a Lei da Boa Razão¹¹ e a lei de 3 novembro de 1768 – deve ter o seu sentido e seu significado histórico avaliado sem se perder de vista a sua noção do conjunto e o seu *Leitgedanke* (em síntese, a ideia de que “*o direito deve resultar de uma vontade ao serviço da razão*”¹²).

⁷ Sobre a importância da Lei da Boa Razão para a história do direito brasileiro, por exemplo: *Wehling/Wehling*, Despotismo ilustrado e uniformização legislativa. O direito comum nos períodos pombalino e pós-pombalino, *Revista da Faculdade de Letras* (1997), p. 423. Também, em linhas mais gerais sobre Pombal e a Lei da Boa Razão: *Pollig*, A transformação do direito no mundo moderno: um estudo analítico sobre a Lei da Boa Razão (1769), *Fronteiras e Debates* 4 (2017), p. 129.

⁸ Sobre o Marquês de Pombal e sua importância histórica, confira-se o clássico *Azevedo*, O Marquês de Pombal e a sua época (1922). Mais recentemente, por exemplo: *Maxwell*, Pombal: Paradox of the Enlightenment (1995).

⁹ *Almeida Costa*, História do direito português (3ª ed. 2007), p. 361. Veja-se também *Caetano*, História do direito português (2ª ed. 1985), p. 35.

¹⁰ Sobre a contribuição de Verney para a história de Portugal, por exemplo: *Cabral de Moncada*, Um «iluminista» português do século XVIII: Luiz António Verney (1941).

¹¹ Lei que Braga da Cruz descreve como “ao lado da Carte de Lei que aprovou, 3 anos mais tarde, a Reforma da Universidade, o diploma de maior projecção e de mais transcendente significado, na profunda viragem ideológica verificada na linha evolutiva da história do Direito Português durante o consulado pombalino, dentro do espírito do Século das Luzes.” (*Braga da Cruz*, O direito subsidiário na história do direito português (1975), p. 113).

¹² “A razão, que se fortificara no campo das ciências naturais, irrompe no terreno político-jurídico, onde vai atacar envelhecidas estruturas medievais: uma Razão crítica – uma Razão que tem, apenas, dimensão humana – irá proceder a universal julgamento” (*Gomes da Silva*, História do direito português (4ª ed. 2006), p. 435). Com a ressalva de que “o iluminismo jurídico – como anota M. Cattaneo – se caracteriza por dois elementos fundamentais: ‘por uma atitude racionalista em relação ao direito natural, e por uma atitude voluntarista, em relação ao direito positivo’. O direito deve resultar de uma vontade ao serviço da razão” (*Gomes da Silva*, *ibidem*, p. 439).

3. As disposições da lei de 3 novembro de 1768

A carta de lei de 3 de novembro de 1768, a que a posterioridade não reservou nenhum epíteto especial, inicia-se por louvar “a *Ordenação do Livro terceiro, Título noventa e cinco* [das Ordenações Filipinas, então em vigor], *que prohibio neste Reino as Revistas fóra dos dous casos de manifesta nullidade, ou injustiça notoria*”. Uma ordenação, com se explica em seguida, “*justa, saudavel, e dirigida ao socego público (estabelecida na autoridade da cousa julgada)*”¹³.

Ocorre que, segundo continua a relatar a lei, “*tem grassado nestes ultimos tempos o abuso de se escrever, e julgar por alguns Praxistas, e Informantes, que basta qualquer injustiça; e por outros, que basta haver-se julgado por opiniões, e doutrinas contrarias ás que elles terião seguido se houvessem proferido as Sentenças, de que se recorre, para as rescindirem*”¹⁴. Esta situação, assim, acabava por dar “*causa com esta desordem a se multiplicarem, e perpetuarem discordias nas familias, perplexidade, e perturbação no dominio dos bens, quando os possuidores delles, aos quaes são julgados definitivamente depois de dilatados annos de contendas judiciaes, se considerão mais seguros á sombra das Sentenças*”. Daí por que, “*querendo Eu obviar aos sobreditos abusos*”, como prossegue a lei no característico uso da primeira pessoa do singular, decidiu-se reformar substancialmente o recurso de revista.

A parte dispositiva da lei inicia-se por enunciar as hipóteses – que não correspondem àquelas em vigor, embora a redação da lei esmere-se em não colocar em evidência as divergências; ao contrário, a redação enfatiza o seu (alegado) caráter de continuidade – de cabimento da revista: “*Estabeleço que, nas causas, que forem determinadas por Sentenças difinitivas da Casa da Supplicação, posto que a importância delas exceda a alçada novissima das Revistas, se não possam*

¹³ Embora, curiosamente, esta descrição não corresponda exatamente àquilo que diziam as Ordenações Filipinas sobre o cabimento da revista nem tampouco exatamente ao que se passava na prática do foro, como se verá melhor no capítulo 4.

¹⁴ Em seguida, a lei critica expressamente a citação de doutrinadores estrangeiros: “*fazendo-se valer, para se sustentar o referido abuso, as doutrinas de Jurisconsultos estrangeiros, sem atenção á extraordinaria diversidade, que ha entre a ordem do processo, e circumspecta fórma de julgar neste Reino as causas ordinarias, em que solidamente se fundou a sobredita Ordenação, para só permitir as Revistas por via da graça naquelles referidos dois casos, e entre as diversas constituições, e fórma summaria, e verbal dos processos dos Paizes, em que escreverão os sobreditos Jurisconsultos estrangeiros, onde as Revistas, ou segundas Supplicações são favoraveis, e tão ordinarias como as Appellações*”.

estas conceder se não nos dous precisos termos de manifesta nulidade, ou injustiça notória” (item I). O item seguinte explica o que devem ser entendidas como manifesta nulidade e notória injustiça: “Mando que estas sómente se possam julgar taes nos casos literalmente expressos nos dous Preambulos das ditas Ordenações do Livro terceiro, Titulo setenta e cinco, e Titulo noventa e cinco” (item II)¹⁵. E esta necessidade de clareza e certeza é enfatizada pela afirmação de que a disposição se justifica “para que em hum ponto de tanta importancia, que delle depende a tranquillidade pública dos Meus Vassallos, hajão certas, e infalliveis regras, que qualifiquem, e fixem as sobreditas manifesta nulidade, e notoria injustiça que hão de servir de fundamento aos Recursos revisórios” (item II).

Havendo “tambem diversas opiniões, que tem constituido perplexidade no direito das partes, e contrariedade nas decisões das Revistas” sobre quando exatamente “as Sentenças se devem julgar notoriamente injustas pelo principio de serem proferidas contra Direito expresso”, esclarece o item III que “o Direito expresso, de que se trata nas referidas Leis, deve ser o Direito Patrio dos Meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade do dominio, e incerteza do direito das partes” (item III). O item IV, finalmente, enuncia as duas espécies de revista, distanciando-se – aqui explicitamente – das determinações das Ordenações Filipinas. São a revista de graça especial¹⁶ e a revista de graça especialíssima¹⁷. Extingue-se assim, tacitamente, a revista de graça de justiça¹⁸. Este mesmo item repete ainda¹⁹, com tintas fortes, a proibição de interposição

¹⁵ Prossegue o item 2: “...concordando-se ambos os sobreditos Preambulos para o dito efeito: E reduzindo-se aos casos nelles expressos o paragrafo primeiro do referido Titulo noventa e cinco nas palavras: E sendo ambos conformes em parecer, que a Sentença não foi justamente dada; e aos paragrafos trinta e dous, e trinta e cinco do Regimento do Desembargo do Paço nas outras palavras, que até agora se tomárão por pertexto para as sobreditas concessões abusivas; e isto sem interpretação, ou modificação alguma qualquer que ella seja”.

¹⁶ “Determino que debaixo da primeira das ditas denominações se não possa entender, ou julgar senão a primeira revisão, que se pede contra as Sentenças da Casa da Supplicação; a qual revisão he odiosa, e sempre de graça especial por sua natureza” (item III).

¹⁷ “E que debaixo da outra denominação de Revista de graça especialissima se não possam entender, e julgar comprehendidos senão os dous casos, ou de Revista reprovada por Direito, como succede nas causas Criminaes, ou de ser passado o termo estabelecido pela Lei para a revisão das causas Cíveis” (item III).

¹⁸ Para mais detalhes sobre ela, veja-se o capítulo 4.

¹⁹ Disposição esta já existente nas Ordenações Filipinas, embora com redação menos enfática: “E bem a si não se tomará petição de revista, depois de huma vez ser negada,

de revista de decisão que decide sobre um outro recurso de revista, ao estabelecer que “depois de huma vez haver sido negado o Recurso da Revista, se torne a requerer por segunda súplica Revista de Revista, debaixo de qualquer côr, ou pretexto que seja, com as penas da suspensão dos Ministros, que a favor dellas informarem, e de metade valor dos bens litigiosos para as despezas da Casa da Supplicação, contra as partes, que taes requerimentos apresentarem” (item IV).

Mas quando uma situação se encaixará nos tipos previstos nos títulos LXXV (“Da sentença, que per direito he nenhuma”) ou XCV (“das revistas dos feitos”) do livro terceiro (...) ²⁰? Nos casos que parecerem dúbios, determina a lei que “se observe inviolavelmente o que das sábias Leis do Senhor Rei D. Manoel foi deduzido, e determinado pelo paragrafo quinto do titulo quinto do livro primeiro da Ordenação do Reino²¹, debaixo da pena nelle estabelecida contra os que violentarem o genuino e espirito das Minhas Leis com irreparavel prejuizo dos Meus Vassallos” (item V).

O último item da lei repete disposição que, existente embora na legislação portuguesa ao menos desde as Ordenações Manuelinas²², aparentemente não vinha sendo devidamente observada na praxe forense: “daqui em diante se não possa produzir

ou julgado o caso della em Relação, nem depois de Eu mandar, que a tal petição de revista se não admitta” (3.95.9). A lógica da ênfase, que a Lei da Boa Razão imprime a esta proibição, é a de evitar qualquer brecha que possa permitir a criação – na interpretação do texto da lei e sua aplicação concreta – de exceções.

²⁰ “Attendendo a que além dos casos expressos nos sobreditos dous Preambulos das Ordenações do Livro terceiro, Titulo setenta e cinco, e Titulo noventa e cinco, póde haver alguns outros casos taes, e tão graves, e intrincados, que a decisão de serem, ou não comprehendidos no espirito dos referidos Preambulos, se faça duvidosa aos Ministros informantes”.

²¹ Ele dispõe o seguinte: “E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a duvida ao Regedor; o qual na Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ahi for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor screver; no livro da Relação, para depois não vir em duvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para a Nós logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossa Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum delles duvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê.”

²² Nas Ordenações Manuelinas (3.76.7) e Filipinas (3.95.7). Para mais detalhes, confira-se o capítulo seguinte.

documento algum de novo nos autos de Revistas, e que no caso de se obter para isso dispensa deste Lei, se julgue obrepticia, e subrepticia, e de nenhum efeito debaixo das penas assim estabelecidas no paragrafo quarto desta Lei” (item VI). E isso porque “attendendo outro sim á informação, que tive, de que por efeitos de requerimentos intempestivos, e de Preces importunas, se tem conseguido ajuntar nos autos de Revista novos documentos, que se não havião produzido nos autos principaes das causas em todos os termos ordinarios dellas, abrindo-se assim o caminho para os litigantes dolosos fabricarem falsos instrumentos depois das Sentenças contra elles proferidas, para as illudirem no grão de Revista em prejuizo das partes vencedoras privando-se estas com os termos summarios das mesmas Revistas das defezas”²³ (item VI).

São estas as disposições da lei de 3 de novembro de 1768, cujo sentido e alcance exatos, e sua importância para o *enforcement* da Lei da Boa Razão, que viria a lume no ano seguinte, devem ser compreendidos à luz do sistema recursal então vigente.

4. A revista antes de 1768

A revista é um recurso *tradicional* no processo português, criado, segundo explica Pereira de Sousa em seu *Tractatus de Revisionibus*, como “*propter publicam utilitatem*”²⁴. As Ordenações Afonsinas, por exemplo, no título CVIII de seu livro III²⁵, fazendo referência a uma lei do tempo do rei Dom Afonso II, que reinou de 1211 a 1223, e a outra, do Rei Dom Diniz, datada de 1340, determinavam²⁶ “*que geralmente em todo caso, sem fazendo defferença antre as pessoas, assy vencedores, como condenados, depois que os feitos forem desembargados per Sentença dos nossos Juizes da Sopricaçam, nam sejam ja mais revistos em nenhuum cazo*” (3.108.6).

Mas as Ordenações fazem também duas ressalvas a esta proibição, distinguindo assim a revista em duas espécies. A primeira, chamada *revista de justiça*, cabível “*se os condenados em ellas aleguarem, e affirmarem, que foram dadas per falsas provas, a saber, testemunhas falsas, ou Escripturas, declarando,*

e especificando logo a especie da falsidade” (3.108.6) – desde que “*a qual falsidade nunca fosse aleguada até esse tempo em esses feitos, ou se foi aleguada, nom foi recebida*” (ibidem) – ou ainda quando “*as ditas Sentenças foram dadas per Juizes sobrenados, e peitados pera ello*” (ibidem). A segunda, chamada *revista de graça especial*, cabível “*no cazo, honde os ditos condenados nam aleguarem falsidade de testemunhas, ou Escripturas, ou sobornaçam de Juizes, mas sómente pedirem, que per graça especial, e merce lhe sejam os ditos feitos com as Sentenças revistos*” (3.108.7). Neste último caso, o recorrente deveria depositar “*primeiramente trinta escudos d’ouro do nosso cunho pera a nossa Chancellaria*” (3.108.7), quantia que lhe seria devolvida – integral ou parcialmente – conforme saísse vitorioso no julgamento da revista de graça especial²⁷.

As Ordenações Manuelinas tratam da revista no título LXXVIII de seu livro III, cujo título é “*Dos que pedem que lhe reuejam os feitos*”. São duas, também aqui, as espécies de revista. A primeira, *revista de justiça*, cabível “*se os condenados aleguarem que as sentenças foram dadas per falsas prouas ou per falsas escripturas, declarando, e especificando a falsidade, a qual nom fosse antes aleguada nesses feitos, ou se foi aleguada nom foi recebida, ou aleguando que as sentenças foram dadas per Juizes sobornados, e peitados pera darem as ditas fentenças*” (3.76). A segunda, *revista de graça especial*, cabível “*quando Nós per graça especial Mandamos reuer algūas sentenças, e os processos donde sahiram, posto que as ditas cousas contra taes sentenças se nom aleguem: a qual Reuista Mandamos que se nom faça em ninhuū dos ditos casos sem Nosso especial mandado*” (3.76). Neste caso, o depósito em caução para a interposição da revista de graça especial permanece obrigatório (3.76.2)²⁸.

As espécies de revista continuam, em seus contornos gerais, as mesmas das Ordenações Afonsinas, embora recebam tratamento mais detalhado. A revista de graça especial, no entanto, perde o caráter essencialmente discricionário de que antes gozava. Agora, o rei ouviria antes de decidir o parecer de dois “letrados” (3.76.1)²⁹,

²³ E prossegue este mesmo trecho: “que contra as simulações dos referidos instrumentos lhes serão mais faceis nos maiores espaços, que para averiguação da verdade se achão regularmente nos meios ordinarios: E fazendo-se aos Juizes das causas principaes a injúria de os julgarem injustos por efeito de docu mentos estranhos, e nunca produzidos nas causas por elles sentenciadas”.

²⁴ Pereira de Sousa, *Tractatus de Revisionibus* (1672), p. 8.

²⁵ Seu título é “*Dos que pedem que lhes revejam os feitos, e Sentenças desembargadas per os Juizes da Suplicaçam*”.

²⁶ Esta lei, aliás, consta já do Livro das Leis e Posturas.

²⁷ “...e quando achado for, que esses condenados em todo foram aggravados, Nós lhe mandaremos tornar os ditos escudos, que assy ouverem paguados, e bem assy parte delles, se em parte forem achados aggravados, e d’outra guisa nam lhe feram mais tornados” (3.108.7).

²⁸ “E A PARTE, a que conçedermos a Reuista per qualquer modo que seja, poerá sessenta cruzados d’ouro do Nosso cunho, ou sua justa valia, em cauçam, em mão do Recebedor da Nossa Chancelaria...” (3.76.2).

²⁹ “E nos casos onde os condenados nom aleguarem falsidade de testemunhas, ou de escripturas, ou sobornaçam dos Juizes, e somente per graça especial pedirem que lhe Mandemos reuer os feitos, dezendo que foram per as

e sua interposição, para que as *“demandas ajam fim, e os vencedores nom estem sempre duuidosos de seu Dereito”*, passaria a se sujeitar a um prazo de dois meses (3.76.3)³⁰⁻³¹. Restringe-se também a produção de provas no seu julgamento. Permitida embora na revista de justiça³², as Ordenações limitam-na consideravelmente na revista de graça especial³³.

As Ordenações Filipinas tratam da revista no título XCV de seu livro III, cujo título é *“Das revistas dos feitos”*, de modo ainda mais detalhado que as Ordenações Manuelinas. Suas espécies continuam as mesmas e são estas as disposições em vigor quando

sentenças agruados, e aleguando as causas de seus agraus, nom lhe seram taes Reuistas outorguadas; saluo auendo Nós primeiramente enformaçam per dous Letrados, a que o feito de que se pedir Reuista Mandarmos veer, e sendo ambos conformes que he caso pera lhe seer concedida, por parecer per o feito que a sentença nom foi dereitamente dada, ou por algũa tal suspeçam que Sintamos acerca dos Desembargadores que no feito foram, que posto que se nom possa poer em torma pera por Dereito proceder, Nos pareça porem que abasta pera o Nós Auermos de mandar reuer, ou por parecer o feito em si tal, e de tal qualidade, e a sentença nom bem dada, que notoriamente conceba em si, que nom deua de passar sem seer melhor examinada” (3.76.1).

³⁰ “E peraque as demandas ajam fim, e os vencedores nom estem sempre duuidosos de seu Dereito, Mandamos que as Reuistas, que per especial graça se requerem, as peçam e requeiram atee dous mefes, contados do dia que as sentenças foram publicadas; e nom as pedindo no dito tempo, nom lhes seram outorguadas, nem suas petições recebidas” (3.76.4).

³¹ Os itens 5 e 6 deste título tratam, detalhadamente, do impedimento de desembargadores, que participaram do julgamento recorrido, para julgar o reenvio quando acolhida a revista. É uma maneira de assegurar a imparcialidade dos julgadores. Tutela-se assim, ainda que apenas em relação a este aspecto, o direito das partes – se se permite a expressão – a um processo justo.

³² “E quanto aas outras Reuistas que nom sam por especial graça, que emcima Dissemos no começo deste Titulo, poderam aleguar e prouar as causas, por que lhe foi concedida a Reuista, e as partes sejam ouuidas sobre ello com seu dereito” (3.76.7).

³³ “Outrosi Mandamos que no reuimento dos feitos, nas Reuistas que por especial Graça Concedermos, as partes nom possam aleguar nem dizer cousa algua de fóra dos Autos; saluo se forem aleguações de Dereito, mas por aquelles mesmos Autos por que foi dada a primeira sentença julguem o feito os Desembargadores que o ouuerem de reuer, e se justifique, ou reprove a fentença, de que for pedida a Reuista. Porem se aos Defembargadores da Reuista, ou a cada huñ delles parecer, que he necessario pera o despacho do feito repreguntar algũa testemunha que no feito já fosse preguntada, ou fazer viir algūs Autos propios, cujos treslados já andarem nos Autos, por que a primeira sentença foi dada, poderam mandar fazer cada húa das ditas deligencias” (3.76.7).

vêm a lume as reformas pombalinas. São a revista de justiça, cabível *“se os condenados allegarem, que as sentenças forão dadas per falsas provas, ou per falsas scripturas, declarando e especificando a falsidade, a qual não fosse antes allegada nesses feitos, ou se foi allegada, não foi recebida, ou allegando, que as sentenças farão dadas per Juizes sobornados e peitados para darem as ditas sentenças”* (3.95), e a revista de graça especial, *“quando nós per graça special mandarmos rever algumas sentenças, e os processos, donde saíram, Postoque as ditas cousas contra taes sentenças senão alleguem. A qual revista mandamos, que se não faça em nenhum dos ditos casos, sem nosso special mandado”* (3.95).

Também aqui a prestação de caução para a interposição da revista de graça especial continua obrigatória (3.95.2)³⁴. O parecer de dois letrados, a que aludem as Ordenações Manuelinas, transforma-se agora em *“informação per dous Desembargadores, a que mandamos ver o feito; e sendo ambos conformes em parecer, que a sentença não foi justamente dada, lhe concederemos a dita revista”* (3.95.1). O prazo de dois meses para a interposição da revista é também reproduzido, substancialmente, pelas Ordenações Filipinas (3.95.3)³⁵. Mas a intempestividade pode agora, expressamente, ser relevada quando vier a ser considerada justificada (3.95.3)³⁶. Garante-se ainda a ampliação do colegiado julgador, observadas certas condições, quando do julgamento do reenvio (3.95.5 e 3.95.6), de que não poderão participar os desembargadores que estejam impedidos por terem integrado a turma julgadora do acórdão cassado, salvo excepcionalmente (e assegurada a paridade entre as partes) *“para informação do feito ou para declaração da tenção e fundamento, que tiveram no dar da sentença”* (3.95.4)³⁷. Continua-se a permitir a

³⁴ “E a parte, a que concedermos revista, per qualquer modo que seja, porá sessenta cruzados, ou sua justa valia, em mão do Recebedor da Chancellaria da Corte...” (3.95.2).

³⁵ “E para que as demandas hajam fim, e os vencedores não stêm sempre duvidosos, de seu direito, mandamos que as revistas, que, pen special graça se requerem, as peçam e requeiram até dous mezes, contados do dia, que as sentenças foram publicadas. E sendo alguma sentença embargada, se contarão os ditos dous mezes do dia da publicação da sentença, que se deu sobre os embargos. E sendo as sentenças dadas na Relação da India, as petições de revista se apresentarão no Desembargo do Paço dentro de dous annos” (3.95.3).

³⁶ “E não as pedindo no dito tempo, não lhes serão outorgadas, nem suas petições recebidas. E allegando as partes algumas razões, por que pareça, que devem ser admittidas as taes petições, dar-se-nos-ha disso conta para mandarmos o que nos parecer” (3.95.3).

³⁷ E no caso, em que assi houvermos por bem mandar rever algum feito, os Desembargadores, que foram na

produção de provas na revista de justiça³⁸, mas não – salvo de modo limitado e excepcionalmente - na revista de graça especial³⁹. A interposição de revista de decisão que julga revista permanece proibida (3.95.9). Exclui-se ainda a revista em certas situações, como nas sentenças que versem sobre suspeições (3.95.12). Proíbe-se também a interposição de revista de decisões interlocutórias (3.95.12). O cabimento da revista, por fim, passa a ser também restringido por uma (complexa) combinação de dupla – ou tripla - conformidade e alçada mínima (3.95.8 e 3.95.10).

São estas as disposições das Ordenações Filipinas sobre a revista, produto de um longo desenvolvimento histórico, que serão atingidas pelas inovações levadas a cabo pela lei de 3 de novembro de 1768.

Façam-se apenas, no entanto, duas ressalvas, antes de seguirmos adiante para a análise do regramento da revista após 1768. A primeira é a de que o recurso de revista foi também disciplinado pelo *Regimento do Desembargo do Paço*, tribunal criado ainda ao tempo em que reinava D. João II (1455-1495). O Novo Regimento, aprovado por lei de 27 de julho de 1582, que sucedeu ao de 1521, continuaria em vigor até o século XIX⁴⁰, e ele regula a revista em seus itens 32 a 38. A segunda ressalva é a de que, mesmo antes das reformas pombalinas, falava-se já de *revista de graça especialíssima*, ainda que ela não fosse mencionada no texto das Ordenações. Pereira de Sousa refere-se a esta revisão “*ex gratia specialissima*” em 1672, por

primeira sentença, não serão presentes ao despacho da revista. E se para informação do feito, ou para declaração da tenção e fundamento, que tiveram no dar da sentença, parecer necessario, que hum ou dous delles, assi de uma parte, como de outra, quando forem desvairados, sejam presentes, então o serão, sendo para isto chamados tantos dos que foram por huma parte, como dos que forão pela outra” (3.95.4).

³⁸ “E quanto ás outras revistas, que não são per special graça, poderão as partes allegar e provar as causas, por que lhe foi concedida a revista, e sejam sobre isso ouvidas com seu direito” (3.95.15).

³⁹ “Outrosí mandamos, que nas revistas, que por special graça concedermos, não possão as partes allegar, nem dizer cousa alguma de fóra dos autos, salvo se forem a alegações de Direito; mas por os mesmos autos, per que foi dada a primeira sentença, julguem o feito os Desembargadores, que a houverem de rever, e se justifique, ou reprove a sentença, de que fôr pedida a revista. Porém, se aos Desembargadores da revista, ou a cada hum delles parecer necessario para o despacho do feito reperguntar alguma testemunha, que já nelle fosse perguntada, ou fazer vir alguns autos proprios, cujos traslados já andem nos autos, per que a primeira sentença foi dada, poderão mandar fazer cada huma das ditas diligencias” (3.95.7).

⁴⁰ No Brasil, até a extinção do próprio tribunal por D. Pedro II mediante lei de 22 de setembro de 1828. Em Portugal, o tribunal seria extinto em 3 de agosto de 1833.

exemplo, como “*tertia etiam revisionis species*”⁴¹⁻⁴². Isso explica por que a lei de 1768 se refere ao abuso “*que se tem feito [em seu tempo] das denominações de Revista de graça especial, e de Revista de graça especialíssima*”. Só pode haver abuso, evidentemente, daquilo que já existe. A noção de graça especialíssima é, assim, anterior a Pombal, embora só em 1768 ela venha a obter o reconhecimento expresso da lei e os traços característicos que se analisarão no próximo capítulo.

5. A revista após a lei de 3 novembro de 1768: revista de graça especial e revista de graça especialíssima

Em seu clássico *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, escrito no início do século XIX, Pereira e Sousa define a revista – que pouco mudou entre a reforma de 1768 e a época em que ele escreve⁴³ - como “*o recurso extraordinario que se interpõe das sentenças da maior Alçada para o Príncipe*”⁴⁴⁻⁴⁵. Um recurso

⁴¹ “Prima est, quae dicitur revisio de justitia, altera vero, quae dicitur revisio ex gratia speciali Principis. De priori agendum erit in capitibus frequentibus, de illa namque prius loquitur Ordin. Nostra d. tit. 95. In principio verb. salvo. Deinceps posteriorem demonstrabimus. Tertiam speciem revisionis assignabat insignis Thomas Pinheiro da Veiga, omni aevo memorandum, in suo Tyrocinio Senatoris manuscripto, quod vidi; nempe ex gratia specialissima, de qua nonnulla dicemus ad calcem hujus tractatus Cap. 99” (*Pereira de Sousa, Tractatus de Revisionibus* (1672), p. 11).

⁴² E ele transcreve, em abono de sua explicação, por exemplo, entre outros, um “Alvará de revista per via de graça specialissima” datado de 27 de setembro de 1666, mais de cem anos antes da lei de 1768.

⁴³ A primeira edição de seus *Primeiras Linhas* é de 1812. Entre esta época e 1768, a revista não sofreu nenhuma transformação substancial, mas apenas alguns retoques. Alvará de 6 de dezembro de 1813, por exemplo, anulou um assento da Casa de Suplicação de Lisboa, proferido em litígio de que partes José Manoel de Lima e a Real Fazenda, que não conheceu de embargos opostos de decisão que julgara o recurso de revista. E isso ao fundamento de que “não havendo proibição legal de se embargarem as sentenças proferidas no grão de Revista, se devia entender permitida na regra geral, de que o meio de Embargos he sempre applicável a toda, e qualquer sentença, segundo a Legislação pátria...”. Sobre a importância deste alvará para o direito português: *Lobão, Segundas linhas sobre o processo civil*, parte 2 (1869), p. 116.

⁴⁴ *Pereira e Sousa, Primeiras Linhas sobre o processo civil*, tomo I (4ª ed. 1831), p. 90.

⁴⁵ Em outro trecho da mesma obra ele se refere a ela como um “remedio extraordinario” (*Pereira e Sousa, ibidem*, p. 95). Aliás, ao comparar a revista com o agravo ordinário, assim resume ele as suas características essenciais: “Differe a Revista do Aggravo Ordinario, e da Appellação, I em que ella he hum remedio extraordinario, II exige deposito, III

que se divide, desde as reformas pombalinas, em duas espécies⁴⁶: a revista de graça especial, cabível “guardada certa fôrma, e debaixo de certos requisitos legaes”⁴⁷, nos casos de manifesta nulidade e injustiça notória, e a revista de graça especialíssima, aquela que “he sem limites”⁴⁸ ou, em outras palavras, que “he hum Recurso que sempre está patente, e livre a todo o Vassallo”⁴⁹.

A primeira delas, a revista de graça especial, é cabível apenas “nos dous precisos termos de manifesta nullidade, ou injustiça notoria” (item I da lei de 1768), o que quer dizer, “em hum ponto de tanta importancia, que delle depende a tranquillidade pública dos Meus Vassallos”, agora conforme o item II, que “sómente se possão julgar taes nos casos literalmente expressos nos dous Preambulos das ditas Ordenações do Livro terceiro, Titulo setenta e cinco, e Titulo noventa e cinco”.

Segundo o primeiro destes dispositivos das Ordenações Filipinas, “he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada, ou he contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assi como se o Juiz julgase direitamente que o menor de quatorze anos podia fazer testamento, ou poderia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso” (3.75). De acordo com o outro dispositivo, por seu turno, é cabível a revista quando “os condenados allegarem, que as sentenças forão dadas per falsas provas, ou per falsas scripturas, declarando e especificando a falsidade, a qual não fosse antes allegada nesses feitos, ou se foi allegada, não foi recebida, ou allegando, que as sentenças forão dadas per Juizes sobornados, e peitados para darem as ditas sentenças” (3.95). É interessante que, no espírito de eliminar incertezas e restringir o uso indiscriminado da revista⁵⁰, a lei de 1768 tenha procurado precisar

não suspende a Execução das Sentenças, IV requer maior número de votos, V he diverso o modo de sua expedição” (Pereira e Sousa, *ibidem*, p. 95).

⁴⁶ Não mais subsistindo a antiga revista de justiça, conforme explica Lobão: “Á face d’esta lei e d’estas mysteriosas palavras, ficou proscripta e reprovada a distincção que faziam os DD. entre a revista de justiça e a revista de graça, declarando os casos peculiares de uma e outra” (Lobão, *Segundas linhas sobre o processo civil*, parte 2 (1869), p. 105).

⁴⁷ Pereira e Sousa, *ibidem*, p. 91.

⁴⁸ Pereira e Sousa, *ibidem*, p. 91.

⁴⁹ Pereira e Sousa, *ibidem*, p. 108.

⁵⁰ Sobre este assunto, “ha tambem diversas opiniões, que tem constituido perplexidade no direito das partes, e contrariedade nas decisões das Revistas”, o que é, por si só, indesejável.

o sentido da expressão “direito expresso” empregada pela legislação – no sentido de que “as Sentenças se devem julgar notoriamente injustas pelo principio de serem proferidas contra Direito expresso”. Por isso a lei passa a determinar que “o Direito expresso, de que se trata nas referidas Leis, deve ser o Direito Patrio dos Meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil” (item III da lei de 1768). Esta determinação será de extrema importância para a sorte do direito comum em Portugal e será melhor debatida no próximo capítulo.

Enquanto a lei de 1768 tentou ordenar melhor e racionalizar o regramento legal da revista de graça especial, reduzindo ambiguidades e incertezas em relação a seu cabimento e procedimento, a revista de graça especialíssima, diferentemente, foi intencionalmente concebida sem qualquer tipo de amarra ou limitação prevista em lei⁵¹. Sendo “sem limites”⁵², podia o Príncipe julgá-la como bem entendesse, tanto em relação à sua admissibilidade (por exemplo, independentemente da observância de qualquer prazo de interposição) quanto em relação ao seu mérito (o direito, no final das contas, acaba por ser aquilo que o rei diz que ele é⁵³). Tudo depende, em outras palavras, da vontade absoluta do soberano – ou de sua generosidade, benevolência, arbítrio ou capricho, a depender da perspectiva que se toma. Como explica Pereira e Sousa, “esta revista não está sujeita a norma alguma particular, e pende em tudo do Real Arbítrio. Regularmente o Príncipe nestes Recursos extraordinários, e immediatos, manda informar algum Ministro com audiencia da parte. Numas vezes decide o Príncipe o caso por si mesmo, e a decisão baixa por Decreto, ou Aviso, expedido pela mesma Secretaria de Estado, outas vezes nomêa Juizes que decidão, outas vezes finalmente manda consultar o Tribunal competente; e no de se conformar com a Consulta, sendo esta a favor do Recorrente, pelo mesmo Tribunal

⁵¹ Faça-se apenas a ressalva de que o direito português conhecia já uma “revista de graça especialíssima”, não mencionada embora no texto das Ordenações, antes das reformas pombalinas. Pereira de Sousa, citando Pinheiro da Veiga, refere-se a esta revisão “ex gratia specialissima” como “*tertia etiam revisionis species*” (Pereira de Sousa, *Tractatus de Revisionibus* (1672), p. 11). E ele transcreve, em abono de sua explicação, um “Alvará de revista per via de graça specialissima” datado de 27 de setembro de 1666. Isso explica por que a lei de 1768 se refere ao abuso “que se tem feito das denominações de Revista de graça especial, e de Revista de graça especialíssima” ao seu tempo. A noção de graça especialíssima é, assim, anterior a Pombal.

⁵² Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o processo civil*, tomo I (4ª ed. 1831), p. 91.

⁵³ Pode-se pedir “na revista de graça especialíssima para se conhecer da injustiça de tudo” (Lobão, *Segundas linhas sobre o processo civil*, parte 2 (1869), p. 109).

se expede Provisão em que se declara, que a Ordem he de especial Resolução Regia”⁵⁴.

6. As Leis Imperiais, a Boa Razão e o direito expresso

A lei de 13 de agosto de 1769 veio a se tornar famosa como a Lei da Boa Razão, mas não foi ela o primeiro diploma a utilizar esta expressão. O título LXIV das Ordenações Filipinas, cujo título é “*como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações*”, determina em seu preâmbulo, após reconhecer expressamente a supremacia do direito pátrio⁵⁵ sobre o romano (as Leis Imperiais), que “*sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pela Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario*” (3.64). Mas com a ressalva, importantíssima, de que “*as quais leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas*” (3.64). A boa razão, em outras palavras, é critério para a seleção do direito (romano) aplicável desde muito antes. Não se encontra aí, portanto, o ineditismo da lei de 1769. Mas então onde ele estará?

Ao tempo de Pombal, com efeito, a praxe forense vinha frequentemente desrespeitando a *hierarquia entre as fontes* estabelecida pelas Ordenações e tornando praticamente sem efeito prático a ressalva que limitava a aplicação das leis imperiais pela “*boa razão em que são fundadas*”. Como narra a própria Lei da Boa Razão, “*nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos*” e, ademais, vinha-se argumentando e julgando “*pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistantemente, sem se fazer diferença entre as que são fundadas naquella boa razão, que a sobredita Ordenação do Reino determinou por unico fundamento para as mandar seguir; e entre as que; ou tem vizivel incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma, que possa sustentallas, ou tem por unicas razões, não só os interesses dos diferentes partidos, que nas revoluções da República, e do Imperio Romano, governarão o espirito dos seus Prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e Seitas, que seguirão; mas tambem tiverão por fundamentos outras razões assim de particulares costumes dos mesmos*

⁵⁴ Pereira e Sousa, *ibidem*, p. 91.

⁵⁵ “Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Côrte, ou costume com os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per eles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispõem: porque a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direito” (3.64).

Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da Gentilidade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da Christandade dos Seculos”. Este o cenário de desrespeito generalizado pelas disposições vigentes denunciado pela Lei da Boa Razão.

Ocorre que as Ordenações Filipinas nunca chegaram a *definir* boa razão⁵⁶. Este foi o gancho de que se valeu a Pombal para, sugerindo agir em defesa da observância de uma regra antiga, enxertar nesta expressão tradicional do direito português tudo que de novo havia na ideologia de seu tempo, enchendo “*de vinho novo os odres velhos*” como diria Braga da Cruz⁵⁷. É precisamente aqui que reside o ineditismo da Lei da Boa Razão. Mas esta novidade radical que viria a lume em 1769 é melhor compreendida em conjunto com as disposições da lei de 1768. Quando a lei de 1768 dispõe que as sentenças “*notoriamente injustas pelo principio de serem proferidas contra Direito expresso*” só o serão quando o direito expresso a que alude a lei for “*o Direito Patrio dos Meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil*” (item III), ela acaba, inevitavelmente, por preparar terreno para as novidades de 1769. O *rebaixamento processual* do direito romano – que deixa de ser fundamento do recurso de revista em 1768 – antecipa assim o golpe mortal que ele sofreria, no quadro geral das fontes do direito português, no ano seguinte.

A mudança das leis, no entanto, muito frequentemente, não basta para mudar a *mentalidade*

⁵⁶ “Com efeito, a expressão boa razão, embora já ocasionalmente utilizada pelas Ordenações no sentido corrente de ‘razão natural’ ou ‘justa razão’, assumia agora um sentido novo. As normas de direito romano apenas se aplicariam quando, caso a caso, se mostrassem concordes com a boa razão. (...) Numa palavra: apresentar-se conforme a boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes” (Almeida Costa, *História do direito português* (3ª ed. 2007), p. 370).

⁵⁷ “Aqui residia, porém, todo o carácter inovador – para não dizer revolucionário – da Lei de 18 de agosto de 1768: - É que, para além do que havia de arrojado em interpretar desta maneira as Ordenações – pois o texto destas, rigorosamente, não proclamara a subsidiariedade da boa razão em si, mas sim a do direito romano por se presumir fundado nela -, vai o legislador pombalino permitir-se explicar, ele próprio, que o legislador das Ordenações não chegara a explicar, ou seja, o que deve entender-se, para estes efeitos, pelo termo boa razão; e é então que aproveita o ensejo para, como soe dizer-se, ‘encher de vinho novo os odres velhos’, injectando nas encanecidas estruturas do direito português todo o pensamento racionalista e iluminista da escola do direito natural e do ‘usus modernus pandectarum’” (Braga da Cruz, *O direito subsidiário na história do direito português* (1975), p. 126).

dos juristas. Às leis de 1768 e 1769 logo se seguiria, com efeito, em 1772, a reforma dos estudos jurídicos através da reforma – que viria a ser conhecida como *pombalina* - da Universidade de Coimbra (com os novos Estatutos da Universidade)⁵⁸. Esperava-se que o treinamento de novas gerações de juristas pudesse contribuir para o abandono de velhos hábitos⁵⁹. Por isso é curioso que a praxe forense não tenha deixado, mesmo após as reformas pombalinas, de resistir à sua maneira contra aquilo que ela de mais radical encarnava.

Lobão, em suas *Segundas Linhas*, cuja primeira edição é de 1817, dá um exemplo destas dificuldades: “*quid ergo, se sendo o caso omissis nas leis patrias for julgado contra alguma romana clara, justa e qualificada tal, na forma dos ditos Estatutos?*”⁶⁰ Relata ele em resposta: “*Bem que cá de longe e do cantinho da minha aldeia, tenho observado que as revistas se concedem, quando, nos casos omissis nas leis patrias, as sentenças de que se pedem são notoriamente injustas e proferidas contra as leis romanas, qualificadas justas, e recebidas n’esses artigos pelo uso das nações ou legislações d’estas, etc*”⁶¹⁻⁶². Em violação, ao menos aparente, das disposições contidas nas leis de 1768 e 1769. Ao legislador, em qualquer tempo, não é fácil derrotar velhos hábitos.

7. O enforcement processual do ideário pombalino

Diz-se, no Brasil, que algumas leis pegam e que outras não. Há nesta expressão popular grande dose de sabedoria, porque o destino de um número não tão pequeno de leis é o de permanecerem confinadas

às páginas dos diários oficiais em que são publicadas. Algumas delas não pegam, com efeito, porque o *uomo della strada* as ignora ou desrespeita. Outras, que se destinam mais a influenciar juízes e advogados do que, propriamente, a população em geral, não pegam porque são rejeitadas – em maior ou menor medida – pela prática do foro. É o que acontece, por exemplo, com certas normas de natureza processual, ou ainda com outras que regulam as fontes do direito – quais são elas e como elas se relacionam entre si.

As reformas pombalinas expressam, explicitamente, o desejo de alterar a própria maneira com que os juristas de seu tempo compreendiam e lidavam com o direito, ao exigir deles que alterassem *radicalmente* a maneira com que selecionavam as fontes do direito aplicáveis aos casos concretos e como as deveriam interpretar. Mas a reforma das fontes, para ser bem-sucedida, para pegar de verdade, precisaria da adesão de juízes e advogados – algo sempre difícil, como testemunham as próprias leis portuguesas ao longo dos séculos ao lamentar a criatividade e a indocilidade de juízes e advogados diante da vontade do legislador. Basta lembrar, por exemplo, de um alvará de 1774 que, após deplorar o fato de que se vinha então desrespeitando a proibição legal de estipulação de honorários *quota litis*, acrescenta à pena de nulidade estas outras: “*De tres annos de degredo para Angola, e de perpétua suspensão, e inhabilidade contra os Advogados: E de cinco annos de degredo para Angola contra os mais Procuradores, ou outras quaesquer pessoas, que forem esstipulantes nas ditas convenções, por qualquer fórma que sejam celebradas*”. Ou ainda outro alvará, também de 1774, que, após “*declarar por absurda a sobredita intelligencia* [isto é, certa interpretação de normas de natureza tributária a que o alvará alude]”, termina por reprovar “*outra qualquer interpretação com as comminações de hum mez de cadeia aos Advogados, que allegarem o contrario, do que as sobreditas Leis tão claramente dispõem; e de suspensão aos Juizes, que lhes deferirem*”. A própria Lei da Boa Razão (item IV), ao repreender enfaticamente o uso – corrente no foro – de que, “*depois de huma vez haver sido negado o Recurso da Revista, se torne a requerer por segunda súpplia Revista de Revista, debaixo de qualquer côr, ou pretexto que seja*”, ameaça os faltosos “*com as penas da suspensão dos Ministros, que a favor dellas informarem, e de metade valor dos bens litigiosos para as despezas da Casa da Supplicação, contra as partes, que taes requerimentos apresentarem*”.

Uma primeira maneira de superar esta dificuldade é, evidentemente, reformar o próprio *ensino jurídico*. Juízes e advogados refletem em sua vida profissional, inevitavelmente, aquilo que aprenderam nos bancos escolares. Não é por isso nenhuma coincidência que

⁵⁸ Sobre o seu significado histórico, por exemplo: Caetano, *História do direito português* (2ª ed. 1985), p. 35.

⁵⁹ Braga da Cruz, *O direito subsidiário na história do direito português* (1975), p. 134.

⁶⁰ Lobão, *Segundas linhas sobre o processo civil*, parte 2 (1869), p. 114.

⁶¹ Lobão, *ibidem*, p. 114.

⁶² Sobre esta questão, no cotejo entre a lei de 1768 e a de 1769, pondera Lobão o seguinte: Se attendemos á ultima legislação, ou como derogatoria (por isso que ultima) da lei antecedente, ou como declaratoria d’ella, será sem duvida conceder-se a revista da sentença proferida contra uma lei subsidiaria e auctorizada pelas leis patrias, para dever precisamente observar-se no caso omissis n’estas, sendo o mesmo proferir-se contra uma lei patria, que contra uma romana em geral auctorizada pela patria. Se porém considerâmos odiosas as revistas, e que a L. de 1768 especial, aindaque anterior, é uma limitação das leis geraes posteriores, ex Moraes, de Execut., L. 1, C. 4, n. 3, devemos mudar de voto. Esta interpretação é privativa dos senhores desembargadores do paço” (Lobão, *ibidem*, p. 114.).

o Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, parecer da Junta de Providência Literária sobre as *causas da decadência* do ensino publicado em 1771⁶³, tenha criticado com tintas fortes a preeminência do direito romano no currículo universitário⁶⁴. A entrada em vigor dos novos estatutos logo em seguida serviria assim, nas palavras do alvará de 28 de agosto de 1772 que os aprovou, para arrancar e extirpar “as raízes de tantos defeitos, vícios, e maquinações de ignorância artificial”. Eventualmente, mas não imediatamente, este projeto de marginalização – ou supressão – do direito romano viria a se mostrar em larga medida bem-sucedido na formação dos juristas portugueses⁶⁵.

Outra maneira de assegurar a aplicação pelos juízes das novas leis é a existência de um sistema recursal que permita ao soberano controlar eficazmente a maneira com que os juízes interpretam e aplicam o direito. E para este objetivo serviu marcadamente bem a lei de 3 de novembro de 1768. A reforma dos assentos, aliás, levada também a cabo pela Lei da Boa Razão, atende à mesma finalidade⁶⁶. Se o direito, em outras palavras, “deve resultar de uma vontade ao serviço da razão”⁶⁷,

⁶³ Sobre a contribuição dos brasileiros para os trabalhos da comissão, os irmãos João e Francisco Coutinho: *Marcos/Mathias/Noronha*, História do direito brasileiro (2015), p. 158.

⁶⁴ “Assim, tanto no tocante ao Direito Romano como ao Direito Canônico – os dois ensinamentos tradicionais – propuseram-se os reformadores por alterar por completo o *mos docendi*, banindo a orientação escolástica ou bartolista e contrapondo-lhe o método histórico-crítico. Mas, ao mesmo tempo, subordinava-se o ensino do direito romano às necessidades do foro português, de harmonia com a Lei da Boa Razão, e preconizava-se francamente o ‘uso moderno’ das leis romanas” (Merêa, Estudos de história do ensino jurídico em Portugal (2005), p. 17).

⁶⁵ Braga da Cruz, O direito subsidiário na história do direito português (1975), p. 144.

⁶⁶ A investigação deste tema – o significado dos assentos para a história do direito luso-brasileiro – ultrapassaria, infelizmente, os limites deste artigo. Sobre o assunto, confira-se, por exemplo, em Portugal, o clássico Castanheira Neves, o Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais (reimpressão 2014). No Brasil, veja-se, por exemplo, Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito (2004), p. 131.

⁶⁷ “A razão, que se fortificara no campo das ciências naturais, irrompe no terreno político-jurídico, onde vai atacar envelhecidas estruturas medievais: uma Razão crítica – uma Razão que tem, apenas, dimensão humana – irá proceder a universal julgamento” (Gomes da Silva, História do direito português (4ª ed. 2006), p. 435). Com a ressalva de que “o iluminismo jurídico – como anota M. Cattaneo – se caracteriza por dois elementos fundamentais: ‘por uma atitude racionalista em relação ao direito natural, e por uma atitude voluntarista, em relação ao direito positivo’. O direito deve resultar de uma vontade ao serviço da razão” (Gomes da Silva, *ibidem*, p. 439).

e se é no soberano – em uma época de despotismo, mais ou menos ilustrado – que se concentram as esperanças de realização desta promessa, deve o processo servir como um instrumento eficaz para a sua consecução. É a *vontade* absoluta do soberano que, em última análise, deve servir à salvaguarda da *razão* – a boa razão – cuja emprego ele exigiria de seus juízes na interpretação e na aplicação do direito⁶⁸. Será o recurso de revista, nos contornos que recebeu em 1768, que atenderá ao propósito de servir como este instrumento de controle. Como bem recordam Paula Costa e Silva e Ana Fouto, dizer o direito, no final das contas, “é ter a última palavra”⁶⁹.

É bem verdade, na comparação da história do direito de diversos povos, que a revista portuguesa não é um caso único. A *appellatio* e a *supplicatio* romanas⁷⁰, por exemplo, servem em larga medida a propósito semelhante. O mesmo se diga do recurso à consciência do monarca no desenvolvimento histórico dos tribunais de *equity* na Inglaterra⁷¹. Mas é inegável que a revista serviu a Portugal ao longo dos séculos – de modo impressionantemente consistente, a despeito das inúmeras transformações políticas vividas pelo país em todo este tempo⁷² – como um eficaz instrumento de controle e uniformização do direito que contribuiu, decisivamente, para que a Lei da Boa Razão passasse à história como uma *lei que pegou*, a despeito de todas as resistências que teve de enfrentar. Talvez seja a lei *sem epíteto* de 3 de novembro de 1768, assim, por sua importância para

⁶⁸ No sentido de que “a racionalidade e a segurança exigiam controle” (Costa e Silva/Fouto, O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão, in: Lima Marques/Cerqueira, A função modernizadora do direito comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão - homenagem à memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2020), p. 286.

⁶⁹ Costa e Silva/Fouto, O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão, in: Lima Marques/Cerqueira, A função modernizadora do direito comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão - homenagem à memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2020), p. 280

⁷⁰ Sobre elas, por exemplo: Cruz e Tucci/Azevedo, Lições de história do processo civil romano (2001), pp. 164 e 177, e Kaser, Das römische Zivilprozessrecht (1966), p. 506.

⁷¹ Veja, por exemplo, Baker, An Introduction to English Legal History (4ª ed. 2007), p. 103.

⁷² Sobre a revista no direito brasileiro após a independência, veja-se, por todos: Mitidiero, Dos recursos de revista ao recurso extraordinário e ao recurso especial: perfil histórico, in: Revista de processo comparado 8 (2018), p. 331. Também Bilac Pinto/Bittencourt, Recurso de revista (1936), p. 10, e Ramalho, Practica civil e comercial (1861), p. 252. Sobre a revista no direito português, por exemplo: Costa e Silva, L’uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese, Rivista di diritto processuale 2 (2012), p. 409.

a história do direito luso-brasileiro, também digna de ser conhecida por um nome. Proponho “Lei da Reforma da Revista”.

8. Bibliografia

- Almeida Costa*, Mário Júlio de. História do direito português (3ª ed. 2007).
- Azevedo*, João Lúcio de. O Marquês de Pombal e a sua época (1922).
- Baker*, John. An Introduction to English Legal History (4ª ed. 2007).
- Bilac Pinto/Bittencourt*, Recurso de revista (1936).
- Braga da Cruz*, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português (1975).
- Cabral de Moncada*, Luís. Um «iluminista» português do século XVIII: Luiz António Verney (1941).
- Caetano*, Marcello. História do direito português (2ª ed. 1985).
- Castanheira Neves*, António. O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais (reimpressão 2014).
- Correa Telles*, José Homem. Commentario critico a lei da boa razão (1865).
- Costa e Silva*, Paula. L’uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese, Rivista di diritto processuale 2 (2012).
- Costa e Silva/Fouto*, O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão, in: Lima Marques/Cerqueira, A função modernizadora do direito comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão - homenagem à memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2020)
- Cruz e Tucci*, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito (2004).
- Cruz e Tucci*, José Rogério/Azevedo, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano (2009).
- _____. Lições de história do processo civil romano (2001).
- Gomes da Silva*, Nuno J. Espinosa. História do direito português (4ª ed. 2006).
- Kaser*, Max. Das römische Zivilprozessrecht (1966).
- Lobão*, Manuel de Almeida e Sousa de. Segundas linhas sobre o processo civil, parte 2 (1869).
- Marcos*, Rui de Figueiredo/Mathias, Carlos Fernando/Noronha, Ibsen. História do direito brasileiro (2015).
- Maxwell*, Kenneth. Pombal: Paradox of the Enlightenment (1995).
- Mello Freire*, Paschoal José de. Historia iuris civilis lusitani (5ª ed. 1853).
- Merêa*, Paulo. Estudos de história do ensino jurídico em Portugal (2005).
- Mitidiero*, Daniel. Dos recursos de revista ao recurso extraordinário e ao recurso especial: perfil histórico, in: Revista de processo comparado 8 (2018).
- Pereira de Sousa*, Inacio. Tractatus de Revisionibus (1672).
- Pereira e Sousa*, Joaquim José Caetano. Primeiras Linhas sobre o processo civil, tomo I (4ª ed. 1831).
- Pollig*, João Victor. A transformação do direito no mundo moderno: um estudo analítico sobre a Lei da Boa Razão (1769), Fronteiras e Debates 4 (2017).
- Ramalho*, Joaquim Ignacio. Practica civil e comercial (1861).
- Wehling/Wehling*, Despotismo ilustrado e uniformização legislativa. O direito comum nos períodos pombalino e pós-pombalino, Revista da Faculdade de Letras (1997).

REGRAS SEGUNDO WITTGENSTEIN E REGRAS JURÍDICAS

JOÃO MARQUES MARTINS

Advogado

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo: O presente estudo consiste numa interpretação das considerações sobre o conceito e função de regra expandidas em *Philosophische Untersuchungen*, com o fito de determinar o seu interesse jurídico. Na primeira parte, são apresentadas as principais conclusões alcançadas por WITTGENSTEIN, quando se estribou na noção de regra para compreender e explicar a linguagem. Na segunda parte, procede-se a uma análise crítica da utilidade destas conclusões para compreender e explicar aspetos fundamentais do Direito.

Abstract: This study consists of an interpretation of the considerations on the concept and function of rule set out in *Philosophische Untersuchungen*, for the purpose of determining their interest to Jurisprudence. In the first part, the main conclusions reached by WITTGENSTEIN, when he applied the notion of a rule to understand and explain language, are presented. In the second part, a critical analysis of the usefulness of these conclusions in understanding and explaining fundamental aspects of law is carried out.

• Introdução

I – WITTGENSTEIN é, consensualmente, um dos pensadores mais influentes do século XX, particularmente na corrente ou tradição habitualmente conhecida por “filosofia analítica”. Atribui-se-lhe um papel determinante no reconhecimento da problematidade da linguagem. Fê-lo, consabidamente, na sequência dos trabalhos fundantes de FREGE e, mais tarde, de RUSSELL.

Naquela que é habitualmente conhecida como a sua segunda filosofia – explanada em *Philosophische Untersuchungen* –, WITTGENSTEIN conferiu centralidade ao conceito de *regra*. Sendo a regra um elemento nuclear para o Direito, dificilmente poderá a ciência jurídica deixar de se interessar por quanto dela disse WITTGENSTEIN. A primeira parte deste estudo visará, precisamente, expor as ideias do filósofo austríaco sobre regras.

WITTGENSTEIN é um dos filósofos mais estudados dentro e fora da filosofia: muitíssimo se escreveu e se tem escrito sobre quanto ele escreveu. Seria um exercício espúrio lavrar um recenseamento bibliográfico da tendencialmente infinita literatura secundária sobre *Philosophische Untersuchungen*, para criticá-la e, quem sabe, sugerir uma alternativa.¹ O presente trabalho é

jurídico; a filosofia da linguagem preenche nele uma função instrumental: é meio, não fim. Logo, afigura-se legítimo fazer uma leitura e interpretação do texto de WITTGENSTEIN que se não deixe condicionar pelas múltiplas leituras e interpretações que dele, em diversos domínios e com distintos propósitos, outros fizeram. Crê-se, aliás, que assim me ponho em sintonia com a pretensão do A. explicitada no prefácio da sua obra: “Eu não gostaria de, com os meus escritos, poupar o pensamento de outros. Antes, se fosse possível, estimular a alguém o seu próprio pensamento”.²

II – *Philosophische Untersuchungen* foi publicada pela primeira vez em 1953. Volvidos quase 70 anos, estranho seria se a presente reflexão inaugurasse o interesse dos juristas pelas ideias vertidas na obra. Não

Wittgenstein on Rules and Private Language – An Elementary Exposition, Harvard University Press, 1982; BAKER, G. P. / HACKER, P. M. S., *Scepticism, Rules and Language*, Blackwell, 1984; DIAMOND, Cora, “Rules: Looking in the Right Place”, in: D. Z. Phillips / Peter Winch (org.), *Wittgenstein: Attention to Particulars*, Mcmillan, 1989, pp.12-34; MILLER, Alexander / WRIGHT, Crispin (org.), *Rule-following and Meaning*, Acumen Publishing, 2002.

² “Ich möchte nicht mit meiner Schrift Andern das Denken ersparen. Sondern, wenn es möglich wäre, jemand zu eigenen Gedanken anregen.”.

¹ Dentre a extensa literatura filosófica sobre o tema, merecem especial destaque as seguintes obras: KRIPKE, Saul,

é, certamente, o caso. Diversos cultores do Direito se debruçaram anteriormente sobre o pensamento de WITTGENSTEIN, procurando inspiração ou perspectivas que os ajudassem a compreender e a explicar os enredos da sua ciência. Deste esforço darei conta, ainda que sincopada, na segunda parte do trabalho.

Fá-lo-ei com dois propósitos.

Em primeiro lugar, para ajuizar se tudo quanto se importou da filosofia de WITTGENSTEIN para o Direito desempenha, na nossa ciência, alguma função aclaratória ou inovatória. Não falta, antecipa-se, quem tenha procurado demonstrar a inutilidade daquelas ideias para o Direito. De resto, sublinhe-se, a natureza carismática de WITTGENSTEIN tem induzido precipitações, tornando o seu pensamento refém de espíritos com propensão para idolatria intelectual.

Em segundo lugar, importará perceber se as incursões jurídicas pela segunda filosofia de WITTGENSTEIN esgotaram os seus gizáveis contributos para o Direito. Tal julgamento decidirá sobre a necessidade de introduzir, nesta reflexão, uma terceira parte.

III – Cabem, ainda em jeito introdutório, algumas explicações metodológicas.

Nesta investigação, utilizei a seguinte versão da obra que lhe dá mote: *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp Verlag (7.^a edição), 2015. Sempre que essencial, traduzi e transcrevi as passagens relevantes, dando nota do original em pé de página. Esta tarefa beneficiou, evidentemente, das mais importantes traduções para língua inglesa e, certamente, do trabalho fundamental de M. S. LOURENÇO para a Função Calouste Gulbenkian, que constitui, provavelmente, a mais conseguida tradução da obra de WITTGENSTEIN para português.

Philosophische Untersuchungen está escrita num estilo aforístico, alegórico e dialógico. Soa como um debate radiofónico entre dois filósofos que, além de atreitos a expressarem-se por enigmas, têm exatamente a mesma voz. É tão difícil não entender uma palavra, como compreender com segurança uma ideia. Ninguém pode reclamar triunfantemente ter alcançado as ideias de WITTGENSTEIN. Ele, porventura nos limites do seu mundo, também não foi capaz de expô-las claramente.

I

As Regras segundo WITTGENSTEIN

1. A introdução das regras e seus problemas

I – Em *Philosophische Untersuchungen*, raramente são empregues tecnicismos. Um dos desvios a este padrão é o conceito técnico-filosófico “jogo de

linguagem”.³ Encontramo-lo no cerne do pensamento e do argumentário do A., mau grado se trate, evidentemente, de uma utilização figurativa do vocábulo “jogo”. Para WITTGENSTEIN, falar uma língua é tomar parte de uma teia de múltiplos (intermináveis?) jogos sectoriais de linguagem, por vezes interligados, dotados de uma tessitura imensamente rica e complexa, que dificilmente se deixa captar integralmente pelo intelecto humano.⁴

A aplicação metafórica do conceito de “jogo” serve dois propósitos explicativos. O primeiro consiste em ilustrar a ideia de que falar uma língua é uma atividade (humana) ou, mais radicalmente, uma forma de vida.⁵ Em segundo lugar, o A. pretende evidenciar o seguinte: trata-se de uma atividade humana que, tal como um jogo, se encontra regulada, ou seja, está sujeita a regras.⁶

Embora o A. o não faça explícito em momento algum, poderíamos constatar, dizendo o óbvio, que as regras do jogo de linguagem regulam a utilização das palavras, sendo destinatários das mesmas os sujeitos falantes

II – Quando, trabalhando na resolução de um problema conceptual ou normativo, remetemos para um termo explicativo ou para um critério operativo, sucede amiudadamente que nos vemos precisados de lidar com o escolho da compreensão do termo ou da aplicação do critério. Assim sucedeu neste caso, tendo-se o A. achado na necessidade, nem sempre explícita, de abordar e debelar os problemas inerentes aos seguintes temas:

- (a) Génesis das regras (*infra* 2)
- (b) (In)completude do sistema de regras (*infra* 3)
- (c) Aferição do cumprimento das regras (*infra* 4)
- (d) Relação entre a intenção normativa e a observância das regras (*infra* 5)

2. Génesis das regras

2.1. Essência

A tese óbvia, aparentemente simples e logicamente conveniente para explicar a génesis das regras do jogo de linguagem é a seguinte: o ser humano associa

³ *Philosophische...*, §7.

⁴ Justificando-se por isso a surpresa do A. face ao que os lógicos (incluindo o autor do *Tractatus Logico-Philosophicus*) haviam dito a respeito da linguagem, os quais, pugnando por um reducionismo equívoco, acabaram chegando a um modelo imprestável (*Philosophische...*, §23).

⁵ *Philosophische...*, §23

⁶ Este paralelo é tornado claro pela primeira vez em *Philosophische...*, §§ 53 e 54.

palavras a objetos, os quais constituem os elementos de um conjunto conceptual.⁷ Consequentemente, cada palavra refere os elementos de um conjunto agregados sob o mesmo conceito pela circunstância de partilharem, de forma exclusiva, um acervo essencial de propriedades. Apela-se, por conseguinte, à definição intensional de conjunto, como seja $C: \{x|x \text{ tem } a, b, c\}$, representando, neste exemplo, as letras *a*, *b* e *c* a essência do conceito. Segue a regra: todo o *x* com *a*, *b* e *c* é referido pela palavra “ α ”.

Sendo exata esta descrição e fazendo-a transitar para uma dimensão investigatória, constitutiva, filosófica até, podemos sugerir que determinar as noções, por exemplo, de “belo” e de “correto” consiste em identificar a essência destes conceitos, ou seja, estipular ou acordar, quiçá ao cabo de um confronto argumentativo, que propriedades deve ter aquilo que designamos “belo” ou “correto”.

2.2. Crítica e alternativa

I – WITTGENSTEIN constrói uma série de argumentos destinados a colocar em crise o entendimento de que o método acima identificado descreve fielmente e integralmente a construção das regras do jogo de linguagem, isto é, da própria linguagem. O A. tece a crítica *mostrando* a alternativa. Escolhe para início de demonstração, precisamente, a palavra “jogo”.⁸

No habitual registo dialógico, surge o interlocutor opondo: “*Tu falas de todos os possíveis jogos de linguagem, mas em parte alguma disseste qual é a essência desses jogos de linguagem e, portanto, da própria linguagem.*”⁹ WITTGENSTEIN aceita o óbice, mas declara que não identificou a essência dos jogos de linguagem porquanto não há nada que todos tenham em comum.

A palavra “jogo” comprova, segundo WITTGENSTEIN, esta conclusão, pois não há nada de comum a todos os processos a que chamamos “jogo”. Alguns jogos implicam competição, mas outros não. Alguns supõem pluralidade de jogadores, mas nem todos. Não parece, por conseguinte, haver uma marca distintiva, uma essência definitiva de todas as realidades a que chamamos “jogo”. Antes: “*O que vemos é uma intrincada rede de semelhanças, que reciprocamente se sobrepõem e cruzam. Semelhanças em grande*

e em pequena escala”.¹⁰ Ou seja: o que aglutina as diferentes realidades subordinadas a um mesmo conceito e, por conseguinte, designáveis pela mesma palavra ou expressão é uma comunhão equiparável à que divisamos nas “*parecenças familiares*”.¹¹

WITTGENSTEIN segue depois aplicando a sua tese a outras palavras ou conceitos, como sejam “compreender” (§§138 – 155), “ler” (§§156-171) “ser guiado” (§§172-177). Para cada caso, o A. procura demonstrar a inexistência de uma essência comum a todos os fenómenos que referimos com aquelas palavras. Conclui, finalmente, que as regras que regulam a aplicação destes vocábulos nos respetivos jogos de linguagem são muito mais complexas do que teríamos pensado inicialmente.¹²

Este facto abala o dogma da essência e afasta, por conseguinte, a possibilidade de explicar rigorosamente o sentido de algumas palavras apresentando uma definição conceptual. Coerentemente, observou WITTGENSTEIN: “*(É) assim que se esclarece o que é um jogo. Dão-se exemplos e espera-se que sejam compreendidos num determinado sentido*”.¹³

Logo: a regra de utilização de, pelo menos, algumas palavras não pode ser um produto da relação *essência ↔ conceito ↔ palavra*.

De que fenómeno ou processo é, então, a regra um produto?

As considerações *supra* expostas permitem supor que a génese da regra que disciplina, por exemplo, a utilização de “jogo” corresponde à elaboração de um rol de entidades que são referidas por esta palavra. Neste passo, recorre-se, embora com pertinentes nuances, à definição extensional de conjunto – $D: \{x, y, z, \dots\}$. As letras *x*, *y* e *z* representam os elementos consensualmente subordinados ao conceito e, portanto, referidos pela palavra associada. Esclareça-se, porém, com intenso destaque, o seguinte: o A. não sugere que a regra reguladora da utilização da palavra consiste numa lista finda e finita dos elementos do conceito; ao invés, aponta para uma lista em permanente e interminável construção.¹⁴

Surge, então, a óbvia pergunta: quem e como elabora, ou está a elaborar, tal lista? Os falantes de uma língua, quando jogam o jogo de linguagem. A

¹⁰ *Philosophische...*, §66: “*Wir sehen ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen*”.

¹¹ *Philosophische...*, §67

¹² *Philosophische...*, §182

¹³ *Philosophische...*, §71: “*Und gerade so erklärt man etwa, was ein Spiel ist. Man gibt Beispiele und will, daß sie in einem gewissen Sinn verstanden werden*”.

¹⁴ Esta constatação permite a seguinte conclusão: frequentemente, para resolver um problema filosófico não basta uma definição, nem constatar que uma palavra é indefinível (*Philosophische...*, §182).

⁷ Esta atividade constitutiva assemelha-se a uma tarefa de catalogação e de etiquetagem dos componentes do mundo.

⁸ Embora o argumento já houvesse sido perfunctoriamente enunciado pela primeira vez logo no §14, a respeito da palavra “ferramenta”.

⁹ *Philosophische...*, §65: “*Du redest von allen möglichen Sprachspielen, hast aber nirgends gesagt, was denn das Wesentliche des Sprachspiels, und also der Sprache, ist.*”

construção das regras que disciplinam a utilização de algumas palavras é um processo permanente e de imensa complexidade, cujo dínamo é a utilização da própria palavra no seio de uma comunidade de falantes. Pelo que esta utilização não está, assim, subordinada a regras acabadas/fechadas: a regra determina o uso e o uso determina a regra. Numa famigerada síntese: o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem.¹⁵

III – Fazendo um breve excuro à exposição do pensamento de Wittgenstein, plenamente justificado atendendo ao fito da presente reflexão, cabe notar que o Direito conhece muito assiduamente o problema da insuficiência ou insegurança das definições intensionais e extensionais.

(a) Tal embaraço sucede, por exemplo, com “dano”. Começa-se, habitualmente, por reduzi-lo a conceitos mais primários: o dano é a “*diminuição ou supressão de uma situação favorável protegida pelo Direito*”.¹⁶

Retomando palavras escritas noutra lugar¹⁷, repare-se na dificuldade de esclarecer o que seja “*situação favorável protegida pelo Direito*”. Pretendemos captar a essência da realidade jurídica em jogo e propor uma definição. Logo, devemos identificar a(s) propriedade(s) que têm e não de ter as situações favoráveis protegidas pelo Direito. Todavia, rapidamente concluímos que os juristas não se entendem sobre aquelas propriedades. E não sem razão o fazem: optando-se por sugerir propriedades vagas e abrangentes, perder-se-á a compreensibilidade que se pede a uma definição; escolhendo propriedades precisas e com conteúdo, nega-se o *dever* inerente ao fenómeno evolutivo sociocultural, capaz de providenciar novas situações favoráveis ou alargar a tutela da responsabilidade civil a outras já existentes.

O recurso à técnica da listagem pressuporia uma metodologia jurídico-constitutiva que, na realidade, só parcialmente se cumpre. Seria a seguinte: o legislador identificou, prévia e especificamente, quais as situações favoráveis protegidas pelo Direito; se a situação é perturbada (diminuída ou suprimida), essa tutela torna-se efetiva (verificados os demais requisitos), designadamente através da atribuição de uma indemnização. Todavia, nem o legislador completou, em dado momento histórico, semelhante tarefa enumerativa, nem é crível que fosse conveniente fazê-lo. Com efeito,

¹⁵ *Philosophische...*, §43: “Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache”.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil – VIII*. Almedina (reimpressão da edição de 2010), 2014, p. 511.

¹⁷ MARQUES MARTINS, *Prova por Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Aquiliana*, Princípa, 2017, pp. 264-6.

esta abstenção tem permitido o influxo imediato da evolução sociocultural, até científica, na identificação das situações favoráveis protegidas pelo Direito. Com facilidade se introduzem exemplos: danos não-patrimoniais; dano biológico; dano de privação de uso; eventualmente, dano de perda de *chance*. Em cada um destes casos se reconhece proteção a situações favoráveis cuja tutela jurídica não foi ou não é isenta de debate. Ora, a *incompletude* da tarefa legiferante e o referido fenómeno evolutivo impede os juristas de organizarem uma lista finda e finita.

Em suma: a conceptualização de situação favorável juridicamente protegida e, logo, de dano é uma tarefa inacabável, pois respeita a um conjunto em permanente revisão, no seio da evolução histórico-social e juscientífica.

(b) Fenómeno interessante surpreende-se com o termo “prova”. CASTRO MENDES, depois de uma extensa e profícua investigação, propôs uma definição, inclinando-se para a perspectiva do resultado da atividade probatória como sendo a mais certa utilização do vocábulo.

Mas em diversos contextos, particularmente no foro, utiliza-se o vocábulo “prova” para designar a atividade e os meios nela utilizados.

Qual será, então, o referente da palavra “prova”? Tenho por desnecessária, até metodologicamente questionável, uma resposta. A prova identifica uma atividade, que se desenvolve através de meios, da qual é indissociável, funcional e finalisticamente, um resultado. Sem que se tenha percebido que estas dimensões são significativamente interdependentes, dificilmente se terá captado o pleno sentido deste instituto e, logo, o significado (jurídico) da palavra “prova”.

3. (In)completude do sistema de regras

I – A refutação da tese segundo a qual as regras do jogo de linguagem são geradas na relação *essência ↔ conceito ↔ palavra* e a subsequente introdução da alternativa consistente em listagens edificadas e permanentemente revistas pelo uso tornou aparente um problema precedentemente oculto.

Para percebê-lo, devemos recuperar o exemplo construído com a palavra “jogo”.

Face ao (surpreendente) abandono do projeto de identificar a essência de um conceito, o interlocutor de WITTGENSTEIN constata: “Mas assim a utilização da palavra não está regulada; o jogo que com ela jogamos não está regulado”.¹⁸ Ou seja, explorando até final a

¹⁸ *Philosophische...*, §68: “Aber dann ist ja die Anwendung des Wortes nicht geregelt; das ›Spiel‹, welches wir mit ihm spielen, ist nicht geregelt”.

tese proposta por WITTGENSTEIN, constata-se que não é viável identificar rigorosamente as fronteiras de um conceito: o que ainda é, ou já não é, jogo?

O A. reconhece esta impossibilidade, mas contrapõe que o jogo jogado com a palavra “jogo” apenas não está *completamente* limitado por regras. Inexiste, porém, qualquer extravagância problemática, pois nenhum jogo se encontra total e integralmente regulado, apesar de isso não impedir que seja jogado.¹⁹ Isto é: mau grado a utilização de uma palavra se não achar totalmente regulada, donde a tenuidade dos limites do conceito, isso não nos impede de fazer com ela um uso profícuo, de nos fazermos com ela entender.²⁰

II – Ultrapassando aquele ceticismo radical, WITTGENSTEIN tece então uma série de considerações destinadas a demonstrar que as regras, apesar de não estarem fechadas nem serem totalmente claras, são úteis e manuseáveis. A preocupação investida pelo A. nesta demonstração compreende-se quando temos presente um ouvinte cuja mente se ocupa de sistemas de regras lógicas ou matemáticas, onde a vaguidade e a indeterminabilidade são corpos estranhos.²¹ Todavia, se olharmos para outras latitudes não deixamos de reconhecer premência às clarificações propostas por WITTGENSTEIN. Tenha-se por exemplo as perguntas feitas pelos leigos aos juristas: “Mas, afinal, o que é que diz a lei a esse respeito?” Esperam sempre na resposta: “A lei diz isto assim e assim”. Todavia, por vezes ouvem: “Bom, depende...”.

Generalizando as considerações de WITTGENSTEIN, podemos constatar o seguinte: nenhum sistema humano de regras regula definitiva e integralmente o seu objeto. Esta *imperfeição* não inutiliza, todavia, esse sistema; mais: talvez se não trate de uma insuficiência, mas do pressuposto da necessária ductilidade do sistema.

4. Aferição do cumprimento das regras

4.1. Segundo o critério da presença da essência ou da pertença à lista fechada

I – A tese segundo a qual as regras do jogo de linguagem são geradas na relação *essência ↔ conceito ↔ palavra* contém implicitamente um método simples e direto

¹⁹ *Philosophische...*, §§68 e 69.

²⁰ *Philosophische...*, §84.

²¹ Note-se que uma das pretensões de WITTGENSTEIN era refutar a tese de que a linguagem natural seria redutível à lógica ou, porventura mais exatamente, que a construção de uma linguagem ideal logicamente regulada é um instrumento útil para compreender a linguagem natural (v. *Philosophische...*, §107).

de aferição de observância da regra. Sintetiza-se assim: podemos dizer se uma regra de linguagem foi respeitada verificando se o referente tem as propriedades essenciais do conceito associado à palavra. Ilustra-se esta técnica sem dificuldade. Suponha-se uma regra de linguagem segundo a qual a palavra “cadeira” refere todos os objetos, e apenas estes, compostos por pernas, assento e encosto. Faltando uma destas propriedades ao objeto referido, a utilização da palavra “cadeira” poderá ser considerada incorreta por um outro falante ou suscitar o debate sobre se o objeto identificado não deverá, antes, ser subordinado a conceitos *vizinhos*: banco, sofá, etc.

II – Admitindo que cada palavra identifica um conjunto fechado de elementos agrupados por um acordo intencionado ou espontâneo, a técnica de aferição do cumprimento da regra que disciplina o uso de determinada palavra é ainda mais lhana e intuitivo: bastará verificar se a entidade referida é um elemento do conjunto.

4.2. O paradoxo induzido pela crítica

A crítica lançada por Wittgenstein sobre os *supra* descritos métodos de construção da linguagem, em particular sobre a relação *essência ↔ conceito ↔ palavra*, mas também, ainda que implicitamente, a um sistema fechado e terminado assente na relação *lista ↔ conceito ↔ palavra*, pôs igualmente em crise os métodos de apreciação do cumprimento das regras do jogo de linguagem enunciados no ponto precedente. Com efeito, se não há uma essência comum a todos os elementos referidos pela palavra, o exercício de confrontação/verificação é inútil. Igualmente, se a lista de elementos não está fechada, sendo aliás inacabável, a consulta do rol de elementos não serve de critério em todas as ocasiões.

A expressão máxima desta crise é um momento famoso da filosofia analítica do século XX, que viria a circular sob a expressão “*rule-following paradox*”. A melhor forma de compreender o problema consiste em percorrer o caminho trilhado por Wittgenstein.

No §85, o A. observa que as regras nem sempre são claras, nem sempre o seu sentido se deixa inequivocamente captar: “Uma regra está aí como um sinal a indicar o caminho. Não deixa ele em aberto qualquer dúvida sobre o caminho que tenho de seguir? (...) E se em vez de um sinal no caminho estiver uma cadeira fechada de sinais, ou traços de giz que se cruzam no chão – há para eles apenas uma interpretação? (...)”²²

²² “Eine Regel steht da, wie ein Wegweiser. - Läßt er keinen Zweifel offen über den Weg, den ich zu gehen habe? (...)”

Esta incerteza sobre o significado normativo da regra permite ao interlocutor de WITTGENSTEIN afrontar a perfeição do jogo de linguagem. No §100 registra-se a seguinte discussão: “«Não é efetivamente um jogo, quando há vaguidade nas regras.»” WITTGENSTEIN refuta esta consideração, opondo com uma pergunta retórica: “Não é então um jogo?”. O interlocutor concede e aperfeiçoa o óbice: «*Sim, talvez lhe chames jogo, mas não é, em todo o caso, um jogo completo*»²³.

Adiante, no §142, WITTGENSTEIN aclara uma distinção fundamental (já referida implicitamente no §85): “O uso das palavras só nos está claramente prescrito nos casos normais; nós sabemos, não temos qualquer dúvida, sobre o que temos de dizer em cada caso. Quanto mais anormal for o caso, tanto mais duvidoso se torna saber o que é que então devemos dizer.”²⁴.

Estas conclusões são a ponte para a deteção da dúvida fundamental, premente sobretudo nos designados “casos anormais”, mas que, a proceder, poria em causa os fundamentos da determinabilidade do significado de algumas palavras e, conseqüentemente, os alicerces do edifício da linguagem. No §198, o problema é assim colocado pelo interlocutor: “Mas como é que uma regra me pode ensinar o que devo fazer neste ponto? Qualquer coisa que faça está de acordo com a regra segundo uma qualquer interpretação.”²⁵. WITTGENSTEIN contrapõe: “Não, isso não deve dizer-se assim. Antes assim: cada interpretação pende, juntamente com o interpretado, no ar; ela não lhe fornece qualquer suporte. As interpretações, só por si, não determinam o significado.”²⁶ O interlocutor insiste: “Se é assim, tudo o que faça está de acordo com a regra?”²⁷.

WITTGENSTEIN é, portanto, colocado perante a imprestabilidade da (putativa) solução do problema da vaguidade da regra, ou seja, é confrontado com a insuficiência da interpretação enquanto atividade ou método para determinar o significado da regra: cada

Und wenn statt eines Wegweisers eine geschlossene Kette von Wegweisern stünde, oder Kreidestriche auf dem Boden liefen, - gibt es für sie nur eine Deutung?”

²³ “»Es ist doch kein Spiel, wenn es eine Vagheit in den Regeln gibt.« - Aber ist es dann kein Spiel? - »Ja, vielleicht wirst du es Spiel nennen, aber es ist doch jedenfalls kein vollkommenes Spiel.«”

²⁴ “Nur in normalen Fällen ist der Gebrauch der Worte uns klar vorgezeichnet; wir wissen, haben keinen Zweifel, was wir in diesem oder jenem Fall zu sagen haben. Je abnormaler der Fall, desto zweifelhafter wird es, was wir nun hier sagen sollen.”

²⁵ “»Aber wie kann mich eine Regel lehren, was ich an dieser Stelle zu tun habe? Was immer ich tue, ist doch durch irgendeine Deutung mit der Regel zu vereinbaren.«”

²⁶ “Nein, so sollte es nicht heißen. Sondern so: Jede Deutung hängt, mitsamt dem Gedeuteten, in der Luft; sie kann ihm nicht als Stütze dienen. Die Deutungen allein bestimmen die Bedeutung nicht.”

²⁷ “»Also ist, was immer ich tue, mit der Regel vereinbar?“”.

qual pode propor uma interpretação que conforme a regra à conduta, ou o inverso.

O A. opõe-se à procedência desta crítica bulindo com os alicerces da suposição em que assenta: a interpretação não é o instrumento que serve no esclarecimento do significado da regra; ou, pelo menos, não o é só por si.

Contrariamente ao que ocasionalmente se escreve, WITTGENSTEIN não estava a levantar um problema para o qual não conhecesse a solução. Na sua perspetiva, não há qualquer paradoxo; apenas uma pergunta que merece uma óbvia resposta.

4.3. Solução

I – O esclarecimento da dúvida fundamental apresentada a WITTGENSTEIN ocorre logo no §198: “O que tem a expressão da regra – digamos, um sinal a indicar caminho – que ver com o que faço? Que ligação existe aqui? – Apenas algo como isto: eu fui treinado a reagir de determinada forma a este sinal, e agora é assim que eu reajo.”²⁸ O interlocutor opõe-lhe a inaptidão clarificante desta consideração: “Mas com isso apenas identificaste umnexo causal, não esclareceste como aconteceu que nós agora nos orientássemos por esse sinal que indica o caminho, nem em que consiste esse seguir o sinal.”²⁹. WITTGENSTEIN densifica a sua explicação, em termos que soarão muito familiares aos juristas: “Não; eu também sugeri que alguém se orienta pelo sinal no caminho porquanto há um uso estável, um costume.”³⁰.

A solução é depois sintetizada no §202: “«Seguir uma regra» é uma Praxis.»³¹

Com esta resposta/solução WITTGENSTEIN sustenta que a aplicação das regras do jogo de linguagem não é precedida por qualquer intrincada rede de operações intelectuais, raciocínios complexos, interpretações elaboradas da regra sobre o uso de certa palavra: seguimos uma prática reiterada, acompanhada por uma convicção, porventura não totalmente consciente, de obrigatoriedade. Uma conduta desconforme à prática reiterada, à praxis, contraria a regra, e é tudo. Não

²⁸ “Was hat der Ausdruck der Regel - sagen wir, der Wegweiser - mit meinen Handlungen zu tun? Was für eine Verbindung besteht da? - Nun, etwa diese: ich bin zu einem bestimmten Reagieren auf dieses Zeichen abgerichtet worden, und so reagiere ich nun.”

²⁹ “Aber damit hast du nur einen kausalen Zusammenhang angegeben, nur erklärt, wie es dazu kam, daß wir uns jetzt nach dem Wegweiser richten; nicht, worin dieses Dem-Zeichen-Folgen eigentlich besteht.”

³⁰ “Nein; ich habe auch noch angedeutet, daß sich Einer nur insofern nach einem Wegweiser richtet, als es einen ständigen Gebrauch, eine Gepflogenheit, gibt.”

³¹ “Darum ist »der Regel folgen« eine Praxis.”. Ideia reforçada e desenvolvida no §217.

há, por isso, na perspetiva de WITTGENSTEIN, qualquer paradoxo cético sobre a possibilidade de determinar o sentido da regra e, conseqüentemente, o momento e forma do seu (in)cumprimento.

II – Qual é, então, o papel da interpretação na determinação do sentido da regra e, conseqüentemente, na aferição do (in)cumprimento de uma regra? Esta é uma questão que, salvo melhor opinião, não chega a ser devidamente esclarecida. Dado que WITTGENSTEIN entendia que as regras do jogo de linguagem *brotavam* do uso reiterado da palavra com certa(s) funções denotativas e que, por conseguinte, a violação da regra decorria da conduta desconforme à prática estabilizada, a interpretação da regra não tem um papel fundamental na construção e no funcionamento deste sistema. Por isso terá o A. prescindido de apreender e tratar o problema com a sua devida extensão. Todavia, WITTGENSTEIN não se coibiu de, como vimos, notar que a interpretação pende no ar com o interpretado, apontando assim para um problema fundacional. Além disso, acrescentou algumas considerações, pouco menos do que enigmáticas, no §201: *“O nosso paradoxo era este: uma regra não pode determinar qualquer conduta, porque qualquer conduta pode ser levada a concordar com a regra. A resposta foi: se qualquer conduta pode ser levada a concordar com a regra, então também pode ser levada a contrariá-la. De modo que não há concordância nem contradição.”* O A., depois, esclarece: *“Que está ali um equívoco demonstra-o a circunstância de neste raciocínio termos colocado interpretação atrás de interpretação, como se cada uma nos acalmasse, pelo menos por um momento, até pensarmos numa outra interpretação que se encontra atrás daquela. Com isso mostramos designadamente que existe uma conceção de regra que não é uma interpretação; mas que, de caso em caso de aplicação, expressa aquele que nós nomeamos «seguir uma regra» ou «contrariar uma regra». Por isso há uma tendência para dizer: qualquer conduta segundo a regra é uma interpretação. Todavia, «interpretação» deveria apenas designar: substituir uma expressão da regra por outra”.*

5. A relação entre a intenção normativa e a observância das regras

Nos §§ 186 a 197, WITTGENSTEIN procura eliminar a perplexidade do seu interlocutor perante o seguinte estranho fenómeno: *“É como se nós pudéssemos alcançar toda a utilização da palavra de um só golpe”*³². A estranheza compreende-se bem: pois se a(s)

regra(s) que regulam a utilização de algumas palavras são vagas e inacabadas, como se pode justificar a inegável sensação de aprendermos, *de um só golpe*, absolutamente o significado da palavra, a sua função no jogo de linguagem.

WITTGENSTEIN pretende sustentar que esta sensação, este fenómeno, é trivial, nada tem de peculiar. Os argumentos utilizados nesta tarefa afiguram-se relevantes para a presente investigação. Com efeito, o A. debate com o seu interlocutor o conteúdo e alcance da intenção daquele que formula uma ordem e o estado psicológico daquele que a acata.

Muito embora não seja possível divisar com clareza as conclusões que WITTGENSTEIN pretende extrair das alegorias de que se serve, parece poder firmar-se o seguinte: (i) quando profere a ordem, o seu autor fá-lo em abstrato, não *intenciona*, nesse momento, todos os possíveis casos da sua aplicação; porém, é como se todos esses casos se contivessem, *ab initio*, na sua intenção ordenadora; (ii) em cada caso de aplicação, o destinatário tem de renovar o processo decisório de observância da ordem; mas compreendeu o seu sentido desde o momento em que lhe foi dirigida.

6. Conclusão intermédia e transição

WITTGENSTEIN faz afirmações a respeito das regras que, apesar de contextualizadas pelo jogo de linguagem, têm não raramente uma expressão generalizante. Porventura têm-se motivado nesta particularidade as pretensões jurídicas de extrair contributos do pensamento do A. para o Direito.

Atendemos a considerações no âmbito de quatro temas: (i) génese das regras; (ii) (in)completude do sistema de regras; (iii) aferição do cumprimento das regras; (iv) relação entre a intenção normativa e a observância das regras.

A dúvida coloca-se, então, de forma aguda: são estas reflexões úteis na compreensão dos problemas paralelos que detetamos na ciência jurídica, ou não passam de trivialidades há muito conhecidas no Direito?³³

³² §197: *“»Es ist, als könnten wir die ganze Verwendung des Wortes mit einem Schlag erfassen.«”*

³³ A resposta a esta questão será apresentada na 2.ª parte deste estudo, a publicar no próximo número de *Ius Dictum*.

DAS RELAÇÕES ENTRE A TUTELA CAUTELAR E O PROCESSO PRINCIPAL – REFLEXÕES TÓPICAS A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO SURPREENDENTE E DE UM PROBLEMA CRÓNICO

MARCO CALDEIRA
Advogado

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo: É conhecida a relação de dependência entre processo cautelar e acção principal (que é transversal a todo o direito processual, tanto civil como administrativo).

No entanto, alguns aspectos desta relação podem suscitar questões controversas, nomeadamente quanto a saber em que medida a apreciação cautelar sobre a probabilidade de procedência da pretensão pode influir na decisão sobre o mérito da causa, ou até que ponto o atraso do requerente ou a morosidade dos Tribunais pode ser atendível para a consideração sobre a (in)existência de um prejuízo irreparável.

São esses problemas que, neste texto, se procura analisar, ainda que de forma não exaustiva.

Abstract: The strict connection between an interlocutory injunction procedure and its respective main claim is well known. However, such a connection can also raise controversial issues, namely as to know whether the judgement made in the interlocutory injunction, regarding the grounds for the plaintiff's request, may or not interfere within the final decision to be issued on the main claim; or the question of knowing if the the plaintiff's delay in filing the main claim, or the slow functioning of the administrative courts, may or shall be taken into account on the judgement regarding the (in)existence of a serious risk of an irreversible situation – in order to decide if the interlocutory injunction shall be granted.

This article attempts to provide a preliminary approach to these issues.

1. Tal como sucede no processo civil¹, também no âmbito do contencioso administrativo não suscita qualquer dúvida a afirmação da *interdependência* entre acção principal e processo cautelar, sendo este *instrumental* face àquele.

Assim, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”)², o princípio da tutela jurisdicional efectiva compreende, não apenas o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, mas também a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão (cf. artigo 2.º, n.º 1), podendo o interessado requerer a adopção das providências cautelares

adequadas para assegurar o efeito útil das decisões a proferir em processo declarativo [cf. artigo 2.º, n.º 2, alínea q), do CPTA]. Por seu turno, cabe aos Tribunais administrativos, além do mais, assegurar os meios cautelares destinados à salvaguarda da utilidade das sentenças a proferir nos processos declarativos (cf. artigo 3.º, n.º 3 do CPTA).

Mais se prevê que quem tenha legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo (cf. artigo 112.º, n.º 1) – enfatizando-se, pois, que a finalidade da tutela cautelar reside na garantia do efeito útil da decisão do processo principal. Também por esse motivo, a adequação das providências, além de ser um requisito para o seu decretamento, acaba também por ser um limite, no sentido de que *o requerente não pode obter no processo cautelar mais do que pode obter no processo principal*, dada a

¹ Cf., em especial, os artigos 2.º, n.º 2, *in fine*, 362.º, n.º 1, 364.º, n.º 1 e 368.º, n.º 1 do Código de Processo Civil (“CPC”), aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

instrumentalidade daquele em relação a este³. Neste sentido, assim como a providência cautelar deve ser decretada em caso de risco sério de constituição de uma situação de facto consumado ou de dano irreversível (cf. *infra*), já sob um prisma inverso, mas simetricamente, a providência não pode ser concedida se do seu decretamento resultarem efeitos jurídicos que, por se consolidarem, seriam depois insusceptíveis de ser alterados pela decisão a proferir na acção principal⁴.

Esta ligação umbilical é, logo de seguida, acentuada pelo artigo 113.º, que, justamente sob a epígrafe “Relação com a causa principal”, dispõe que “[o] processo cautelar depende da causa que tem por objeto a decisão sobre o mérito, podendo ser intentado como preliminar ou como incidente do processo respetivo” (n.º 1), ou, como completa o artigo 114.º, n.º 1, podendo ser apresentado (i) previamente à instauração do processo principal, (ii) juntamente com a petição inicial do processo principal, ou (iii) na pendência do processo principal⁵.

Sem surpresas, os requisitos para o decretamento das providências cautelares também são legalmente estabelecidos tendo como referência os interesses a prosseguir através do processo principal: assim, as providências cautelares devem ser adoptadas “quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal” (o denominado *periculum in mora*) e “seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente” (o *fumus boni iuris*)⁶.

Por fim, as vicissitudes do processo principal – incluindo a prolação de decisão desfavorável ao autor – também se repercutem sobre a decisão proferida no processo cautelar, podendo determinar a sua extinção, por caducidade ou revogação, ou, pelo menos, à sua

alteração (nos termos do disposto nos artigos 123.º e 124.º, n.ºs 1 e 3, do CPTA, a que adiante voltaremos).

Por esse motivo se afirma que “[o] processo cautelar existe em função do processo em que se discute o fundo da causa, para assegurar a utilidade da sentença a proferir no âmbito desse processo, que, por isso, é qualificado como processo principal”⁷. Ou, noutra formulação até mais expressiva, “não existe ou subsiste processo cautelar sem processo principal”⁸.

2. Sendo conhecidas e pacificamente aceites as necessárias relações entre processo cautelar e acção principal – consagradas, no essencial, nas disposições legais acima citadas e que expressam o reconhecimento da instrumentalidade, da *provisoriedade* e também da *sumariedade* como características naturais da tutela cautelar e intrínsecas a esta⁹ –, isso não significa, contudo, que, a propósito de tais relações, não possam colocar-se, por vezes, algumas questões melindrosas ou, pelo menos, carecidas de ponderação mais cuidada.

Esta breve nota pretende dar conta de algumas questões que podem ser ou têm sido levantadas sobre a influência recíproca entre processos: por um lado, sobre a relevância que o juízo feito em sede cautelar sobre o *fumus* pode ou não ter na decisão da acção principal e, por outro lado, sobre a influência

⁷ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 16.01.2020, processo n.º 985/19.3BELSB (bem como, anteriormente, em sentido próximo, o aresto do mesmo Tribunal superior de 06.03.2014, processo n.º 10845/14).

⁸ Razão pela qual deve considerar-se “inepta, por contraditória nos próprios termos, a petição inicial de providência cautelar em que se reconhece que a acção principal já não terá qualquer utilidade”: cf. o Acórdão do TCA Norte de 16.10.2020, processo n.º 00962/19.4BEAVR. É que, como o STA afirmou em 11.11.2010, o processo cautelar é um mero *serventário dos fins a atingir no processo principal*: cf. o Acórdão proferido no processo n.º 0627/10. Neste sentido, não pode conceber-se a tutela cautelar sem uma vinculação objectiva e subsidiária relativamente à tutela jurisdicional definitiva a obter no processo principal (cf. Acórdão do mesmo STA de 27.04.2006, processo n.º 019/06).

⁹ Na doutrina mais recente, cf., em especial, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição revista, Almedina, Coimbra, 2017, *maxime* páginas 914 e 915, 930 a 932, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, páginas 441 a 447, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 18.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, páginas 327, 328, 341 e seguintes, bem como TIAGO AMORIM, “A tutela cautelar”, in AA.VV., *Comentários à legislação processual administrativa* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Volume II, 5.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2020, páginas 693 a 695.

³ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo (“TCA”) Norte de 01.07.2016, processo n.º 00130/16.7BEBRG. Esta decisão está disponível em www.dgsi.pt, tal como as demais citadas ao longo do texto.

⁴ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 17.12.2020, processo n.º 1203/20.7BELSB.

⁵ A relação entre os dois processos – cautelar e principal – justifica também a solução do legislador de determinar a sua necessária apensação: cf. o artigo 113.º, n.ºs 2 e 3, do CPTA.

⁶ Cf. artigo 120.º, n.º 1 do CPTA.

Sem prejuízo disso, há sempre lugar, também, a uma ponderação de interesses, devendo o decretamento das providências ser recusado quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências (cf. artigo 120.º, n.º 2).

de factores extrínsecos à acção principal, mas que se repercutem sobre a sua morosidade (aumentando-a), para efeitos do preenchimento do *periculum*.

Vejamos, sucintamente, por esta ordem.

3. A primeira questão coloca-se, deve dizer-se, a propósito de uma decisão, a todos os títulos, surpreendente: estamos a referir-nos, concretamente, ao Acórdão do TCA Norte de 14.02.2020, proferido no processo n.º 02774/17.0BEBRG – S1, no qual se decidiu que *“[i]mpõe-se no processo principal a autoridade do caso julgado da decisão, transitada em julgado, proferida na providência cautelar que julgou extinta a mesma por considerar inimpugnável a decisão impugnada no processo principal, com as mesmas partes”*.

Em termos sumários, a factualidade relevante, tal como se retira do aresto *sub judice*, é a seguinte: (i) tendo sido impugnado (no processo principal) um acto administrativo de resgate de uma concessão e requerida (no processo cautelar) a suspensão da sua eficácia, o Tribunal de primeira instância, em sede cautelar, começou por entender que, *prima facie*, não se vislumbrava que a impugnação do acto em causa tivesse sido extemporânea; (ii) porém, em sede de recurso, o TCA Norte veio a decidir em sentido contrário, o que determinou a extinção do processo cautelar; (iii) tendo transitado em julgado essa decisão, o Tribunal de primeira instância decidiu então que esse entendimento teria forçosamente de se aplicar também na acção principal, pelo que julgou procedente a excepção de intempestividade da impugnação e absolveu a entidade demandada (apesar de o autor também ter fundamentado a sua pretensão impugnatória em vícios geradores de nulidade). Foi desta decisão, proferida no processo principal, que foi interposto o recurso que deu origem ao Acórdão do TCA Norte de 14.02.2020, aqui em análise.

Ora, nesse Acórdão, apesar de começar por reconhecer que *“o procedimento cautelar caracteriza-se pela sua instrumentalidade, (dependência da acção principal), provisoriedade (não está em causa a resolução definitiva de um litígio) e sumariedade (summária cognitião do caso através de um procedimento simplificado e rápido)”* – razão pela qual a decisão do processo cautelar não faz caso julgado no processo principal –, o TCA Norte logo se apressou a ressaltar que isso só é assim no que diz respeito à decisão sobre o mérito do processo cautelar, *“não se aplica[ndo], contudo, às questões adjectivas porque estas não têm, sequer, causa de pedir, factos a alegar e provar. Antecedem lógica e legalmente o conhecimento de mérito”*. Por outro lado, acrescenta o TCA Norte, *“a inexistência da excepção de caso julgado não obsta à verificação de uma decisão transitada em julgado cuja*

autoridade se imponha às mesmas partes”, pois, para que a autoridade do caso julgado formal se imponha, *“basta que haja identidade das partes e da questão que foi objecto da primeira decisão”*.

Prossegue depois o aresto em causa nos seguintes termos:

“Acresce que embora formalmente a providência cautelar e o processo principal sejam processos autónomos, não são processos absolutamente distintos e sem qualquer conexão, sendo um apenso ao outro, e, no contencioso administrativo, até se dá a particularidade de a decisão do processo principal poder ser antecipada na providência cautelar – artigos 113º, n.º 2, e 121º, n.º1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Não se vê razão para não estender a força de caso julgado formal do acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte proferido no processo cautelar ao presente processo principal.

Quando as razões de ser que presidem à figura da autoridade do caso julgado, formal e material, são as mesmas que presidem ao caso concreto. A função positiva do caso julgado, de impor às mesmas partes o decidido com trânsito em julgado sobre a mesma questão processual.

As partes são as mesmas e já viram decidido, com trânsito em julgado, a mesmíssima questão: a intempestividade da acção principal (...).”

Por estes motivos, no entender do TCA Norte, o Tribunal a quo teria decidido acertadamente ao considerar que *“deveria respeitar a decisão transitada em julgado no processo cautelar relativamente a essa questão adjectiva do processo principal, a da tempestividade do acto impugnado, com repercussão no processo cautelar, a da respectiva extinção, afastando no caso concreto o seu próprio entendimento”*.

4. Este Acórdão não pode deixar de provocar a maior perplexidade, seja porque (pela nossa parte) não se conhece outra decisão que tenha perfilhado o mesmo entendimento, seja porque semelhante orientação não parece ter suficiente respaldo na lei – afigurando-se, pelo contrário, que o regime legal vigente, tal como reiterada e pacificamente aplicado pela jurisprudência administrativa, aponta precisamente no sentido inverso.

Não há dúvidas de que a decisão que ponha termo ao processo principal, se desfavorável ao autor/requerente, tem necessariamente influência no processo cautelar:

- (i) caso tenha transitado em julgado, determina a caducidade das providências que tenham

sido decretadas [cf. artigo 123.º, n.º 1, alínea e), do CPTA]¹⁰, o que é decidido pelo Tribunal, oficiosamente ou a pedido fundamentado de qualquer interessado, mediante prévia audição das partes (cf. artigo 123.º, n.º 3 do CPTA)¹¹;

- (ii) caso tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo¹², a mera prolação de decisão desfavorável na acção principal habilita a alteração ou revogação dessas providências (cf. artigo 124.º, n.ºs 1 e 3, do CPTA), seguindo-se os mesmos termos aplicáveis à respectiva declaração de caducidade (por força da remissão do artigo 124.º, n.º 2 do CPTA)¹³.

Mas, se isso é assim – isto é, se a decisão da acção principal influencia inequivocamente o processo cautelar –, já o contrário não é verdade: tanto no que respeita às decisões sobre o mérito da pretensão cautelar formulada, quer (dir-se-ia, por maioria de razão) quanto às decisões que incidam sobre questões meramente adjectivas, as decisões proferidas nos processos cautelares não formam caso julgado material¹⁴, pelo que não têm por que influir (decisivamente) sobre o veredicto a proferir no processo principal. Naturalmente, tratando-se de decisões proferidas pelo mesmo Tribunal (e, eventualmente,

com posterior intervenção da segunda instância, em sede de recurso) sobre questões fundamentalmente idênticas, no âmbito da mesma relação jurídica controvertida, é normal que o juízo feito quanto ao *fumus* em sede cautelar assumam alguma relevância em sede da acção principal, até sob pena de total incoerência e contradição – mas essa relevância tem sempre de ser *instrumental*, a título de elemento *auxiliar* à decisão, e nunca com força vinculativa e conformadora da mesma. E isto, note-se, não apenas no que diz respeito aos vícios que, por algum motivo, só tenham sido invocados na acção principal mas não em sede cautelar (caso em que não existe identidade nos fundamentos de ilegalidade submetidos ao juízo decisório do Tribunal¹⁵), mas também, inclusivamente, nos vícios que tenham sido invocados nos dois processos, em virtude de a apreciação do Tribunal no processo cautelar ser meramente perfunctória e de a prova no processo principal poder ser mais conclusiva.

Por este motivo é que o entendimento jurisprudencial consolidado é, claramente, o de que a *decisão proferida em sede de um processo*

¹⁰ No entanto, para que o processo cautelar possa ser declarado extinto com base naquele fundamento, é necessário que “*resulte estabilizado*” o trânsito em julgado da decisão desfavorável (ao autor) proferida no processo principal; assim, se dessa decisão foi interposto recurso jurisdicional, ainda que extemporâneo, não pode a instância cautelar ser extinta sem que, antes, seja proferida, no processo principal, decisão de rejeição do recurso, com fundamento nessa extemporaneidade: cf., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) de 02.07.2020, processo n.º 053/19.8BEBJA.

¹¹ No caso, improvável, de a acção principal ser decidida antes do processo cautelar, é evidente que esta decisão constituiria fundamento para o indeferimento das providências cautelares requeridas, por ficar comprovado não ser provável a procedência da pretensão formulada no processo principal, nos termos do disposto no artigo 120.º, n.º 1 do CPTA.

¹² Que é a regra: cf. o artigo 143.º, n.º 1 do CPTA.

¹³ Neste sentido, na jurisprudência recente, veja-se o Acórdão do TCA Norte de 13.11.2020, processo n.º 02368/09.4BEPRT: “*A improcedência de decisão da causa principal por sentença de que tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo consubstancia uma alteração das circunstâncias inicialmente existentes apta a alterar o juízo formulado pelo juiz do processo cautelar quanto ao “fumus boni iuris”*”.

¹⁴ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 21.02.2013, processo n.º 09630/13.

¹⁵ Na verdade, nada impõe que, no processo cautelar, sejam invocados todos os vícios que serão mais tarde invocados na acção principal, podendo o requerente, muito legitimamente, cingir a arguição do *fumus* apenas aos vícios que lhe pareçam mais evidentes, reservando depois para a acção a discussão integral sobre todas as eventuais causas de invalidade do acto impugnado.

No entanto, embora não exista uma obrigação de coincidência total (sobreposição) dos vícios invocados na providência e na acção, o que é certo é que, em sede cautelar, o requerente tem de alegar *alguma coisa* para procurar demonstrar ao Tribunal o preenchimento do requisito do *fumus*: caso contrário, “[n]ada alegando ou consubstanciando o requerente no requerimento inicial da providência no sentido da invalidade do ato cuja suspensão de eficácia pretende obter, não pode, naturalmente, ter-se por demonstrado o requisito do *fumus boni iuris*, situação que configuraria, aliás, motivo para o requerimento inicial da providência cautelar ser liminarmente rejeitado ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 116.º do CPTA por manifesta falta de fundamento da pretensão formulada, na medida em que seria possível constatar, logo perante o requerimento inicial da providência, pela manifesta falta de fundamento da pretensão” (cf. o Acórdão do TCA Sul de 10.05.2018, processo n.º 595/17.0BELSB).

Por último, no sentido de ser um ónus do requerente do processo cautelar “*trazer ao processo factos e argumentos que preencham esse juízo de probabilidade*” “*da existência do direito que se pretende fazer valer*” na acção principal, cf. o Acórdão do STA de 10.12.2020, processo n.º 010/20.1BEMDL-A. Nesta linha, “[a] falta de alegação, no requerimento cautelar, de factos demonstrativos da titularidade legítima do direito (...) que a Requerente (...) visa acautelar, determina o não preenchimento do requisito do *fumus boni iuris*” (cf. o Acórdão do TCA Sul de 17.12.2020, processo n.º 1392/19.3BELRA).

*cautelar não vincula os termos da decisão proferida no processo principal*¹⁶: é que, como o *juízo* da questão de direito depende da concreta factualidade dada como provada¹⁷, a conclusão, em sede cautelar, pela inexistência de um *fumus boni iuris* “*não obsta que em sede de ação principal o Requerente e ali A., se proponha a requerer todos os meios de prova que se revelem adequados para infirmar tal conclusão e a provar o que defende*”¹⁸. Ou seja, como, no processo cautelar, o juiz apenas deve efectuar uma apreciação sumária, perfunctória, preliminar, a conclusão a que se chegue relativamente ao preenchimento do *fumus* não é automaticamente transponível para o processo principal, no qual se discutirá, em detalhe, a questão de fundo: tal como é possível que o Tribunal julgue a acção improcedente depois de ter decretado a providência cautelar¹⁹, não é o facto de não a decretar, com fundamento na inexistência de *fumus*, que o impede de, mais tarde, dar provimento ao autor em sede principal, seja porque, neste, pode ter sido efectuada prova mais robusta da factualidade subjacente aos vícios invocados – apesar do princípio da liberdade de prova²⁰, pense-se no caso da prova testemunhal ou da prova pericial, cuja admissibilidade em sede cautelar é restringida pela jurisprudência (no

primeiro caso²¹) ou vedada pela lei (no segundo²²), e recorde-se que o processo instrutor só tem legalmente de ser junto na acção principal (cf. artigo 84.º, n.º 1 do CPTA)²³ –, porque podem ter sido juntos pareceres jurídicos com argumentos que não foram tidos em conta no processo cautelar, seja, enfim, porque aqui podem ter sido invocados vícios distintos daqueles que foram arguidos em sede cautelar (já que nada obriga a que exista uma absoluta coincidência da alegação jurídica em ambos os processos) ou porque o juiz, ao abrigo do disposto no artigo 95.º, n.º 3 do CPTA – utilizando uma faculdade que não está prevista para o processo cautelar²⁴ – poderá ter identificado “*a existência de causas de invalidade diversas das (...) alegadas*” pelo autor e, com base em tais vícios, concluído pela procedência do pedido formulado na acção principal²⁵.

¹⁶ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 19.12.2013, processo n.º 10633/13.

¹⁷ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 02.07.2020, processo n.º 2612/10.5BELSB.

¹⁸ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 12.11.2020, processo n.º 270/20.8BESNT.

¹⁹ Note-se que, no processo cautelar, e para efeitos do preenchimento do *fumus*, não se exige que “*as ilegalidades assacadas ao ato (...) sejam manifestas ou evidentes (...), nem sequer a certeza do direito, mas apenas a sua mera probabilidade, bastando, por conseguinte, a sua verosimilhança ou plausibilidade*” (cf. o Acórdão do TCA Norte de 13.11.2020, processo n.º 00957/20.5BEPRT). Aliás, apesar de a lei ter chegado a admitir que as providências cautelares fossem decretadas quando fosse “*evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal*” [cf. a alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro], mesmo aí, a decisão de decretamento da providência cautelar “*não exige a eliminação de todas as dúvidas nem garante de forma inquestionável que a acção não poderá ter diferente solução do que a antecipada no processo cautelar. A eliminação de todas essas dúvidas e a garantia do bom direito só são alcançáveis na acção principal*” (cf., neste sentido, os Acórdãos do STA de 31.10.2012, processos n.º 0850/12 e n.º 0890/12).

²⁰ Que postula que “[*n*]as providências cautelares qualquer meio de prova deve ser admissível, desde que adequado ao que se pretende comprovar” (cf. o Acórdão do TCA Sul de 02.04.2014, processo n.º 10965/14).

²¹ Cf., designadamente, o Acórdão do TCA Norte de 19.06.2020, processo n.º 02816/19.5BEPRT: “*Só será necessário, em providência cautelar, produzir prova testemunhal que, pela sua natureza, torna mais demorado o processo, se for de todo indispensável para um juízo meramente perfunctório sobre factos essenciais à decisão cautelar*”. O entendimento da jurisprudência, nesta matéria, é o de que “[*o*] juiz cautelar deve ser firme a não admitir a prova inútil ou excessiva, tal como deve ser firme a procurar a verdade própria do processo cautelar através dos meios de prova estritamente necessários”: cf. o Acórdão do TCA Sul de 30.04.2020, processo n.º 17/19.1BECTB-S1.

²² Cf. o artigo 118.º, n.º 3, *in fine*, do CPTA, na redacção do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

²³ Não por acaso, o artigo 121.º, n.º 1 do CPTA só permite a antecipação do conhecimento do mérito da causa no processo cautelar quando, entre outros requisitos, “*se verifique que foram trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários para o efeito*”, o que constitui a admissão, por parte do próprio legislador, de que os elementos de que o juiz dispõe em sede cautelar poderão não ser necessariamente os mesmos que constarão do processo principal – o que, naturalmente, poderá fundamentar uma decisão final distinta, mesmo que em ambos os processos esteja em causa a mesma questão jurídica.

²⁴ Neste sentido, afirmando que “[*o*] artigo 95.º, n.º 3 do CPTA não é aplicável às providências cautelares, incluindo às que sejam instrumentais de processos impugnatórios”, cf., recentemente, o Acórdão do STA de 10.12.2020, processo n.º 010/20.1BEMDL-A (já acima citado).

²⁵ No limite: se até à própria Administração, autora do acto impugnado, se reconhece que possa mudar de ideias quanto à (in)validade do acto por si praticado “*até ao encerramento da discussão*” no processo judicial (ou seja, mesmo depois da apresentação da contestação) – como resulta hoje do disposto no artigo 168.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro –, por que motivo não haveria de se reconhecer semelhante prerrogativa ao juiz, que é soberano na aplicação do Direito ao caso (cf. artigo 5.º, n.º 3 do CPC), perante meios de prova diferentes

Assim, em síntese, o facto de a providência cautelar ser indeferida com fundamento na falta de preenchimento do *fumus*, por alegada intempestividade na impugnação do acto cuja eficácia se pretende suspender, não deve vincular o juiz no processo principal, seja na decisão (vertida no despacho saneador²⁶) sobre a verificação da excepção de caducidade do direito de acção²⁷, seja, claro, na decisão final sobre a (in)existência dos vícios assacados ao acto impugnado.

Por outras palavras, “*atenta a natureza formal do caso julgado cautelar*”, o juízo formulado pelo Tribunal nesse processo “*não se automatiza na decisão principal, pois outros elementos poderão ser trazidos a esses autos que turvem a evidência que se manifestou ao julgador cautelar*”²⁸, pelo que, em síntese, *não pode o Tribunal na instância cautelar proferir qualquer pronúncia que produza os seus efeitos noutra processo, ainda que o presente processo seja dele dependente e instrumental*²⁹.

De resto, porque *não constitui finalidade da instância cautelar decidir definitivamente sobre a legalidade da decisão tomada* (nomeadamente se são ou não procedentes as causas de invalidade do ato suspendendo, caso em que seria antecipar o juízo cognitivo da decisão a proferir no processo principal, para o presente processo sumário e urgente)³⁰, está *excluída do processo cautelar uma análise de tal forma detalhada que venha a desembocar na antecipação da decisão para a causa principal*³¹, sob pena de ultrapassagem do que devem considerar-se os *limites próprios* da tutela cautelar³²; assim, por mais desenvolvida que seja a apreciação levada a cabo pelo Tribunal sobre o preenchimento do *fumus*, a sentença

e à luz de vícios que, potencialmente, serão também *diferentes* daqueles que foram invocados no processo cautelar (que é, insiste-se, *diferente* da acção principal)?

²⁶ Cf. artigo 88.º, n.º 1, alínea a) do CPTA.

Este despacho saneador deve ser proferido na audiência prévia [cf. artigos 87.º-A, n.º 1, alínea d), e 88.º, n.º 3 do CPTA]; no entanto, se for claro que o processo deve findar por força da procedência da excepção de intempestividade, não deverá sequer haver lugar a esta diligência processual (cf. artigo 87.º-B, n.º 1 do CPTA).

²⁷ Ou, na actual terminologia da lei, da “*intempestividade da prática do acto processual*”: cf. o artigo 89.º, n.º 4, alínea k) do CPTA.

²⁸ Cf. o Acórdão do TCA Norte de 20.01.2012, processo n.º 01072/10.5BELSB.

²⁹ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 10.09.2020, processo n.º 378/20.0BELRA.

³⁰ Cf. o Acórdão do TCA Norte de 15.06.2018, processo n.º 02778/17.3BEBRG.

³¹ Cf. o Acórdão do TCA Norte de 20.10.2017, processo n.º 00203/17.9BECBR-A.

³² Nas palavras do Acórdão do TCA Norte de 20.12.2017, processo n.º 01527/16.8BEPNF.

cautelar nunca pode confundir-se com uma decisão de mérito, que apenas no processo principal pode ser proferida³³, sendo a *provisoriedade*, enquanto característica da tutela cautelar, que *impede que o tribunal adopte uma regulação que dê resposta definitiva à questão de fundo sobre a qual versa o litígio*³⁴.

Com efeito, apesar de o CPTA não conter um preceito análogo ao artigo 364.º, n.º 4 do CPC³⁵, não restam dúvidas de que idêntica solução tem de valer também em sede de contencioso administrativo, “*por ser inerente à própria condição do processo cautelar*”³⁶. Também no mesmo sentido, aliás, aponta o disposto no artigo 109.º, n.º 1 do CPTA, que reserva a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias para situações em que seja necessária “*a célere emissão de uma decisão de mérito*” para “*assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar*” – sendo que, se a tutela cautelar for “*possível*” ou “*suficiente*”, isso significa, justamente, que, no caso concreto, até pode haver necessidade da “*célere emissão de uma decisão*” – mas não da “*célere emissão de uma decisão de mérito*”³⁷...

³³ Por esse motivo, por exemplo, “*[n]ão é por constar da sentença cautelar, de forma desenvolvida, o regime jurídico do domínio público marítimo, bem como o uso de termos e formas verbais que parecem implicar um juízo final sobre a improcedência do alegado, que se deve concluir que foi decidida de forma definitiva a pretensão deduzida na acção principal*”: cf. o Acórdão do TCA Sul de 28.05.2020, processo n.º 580/19.7BEALM.

Do exposto no texto decorre, também, uma outra consequência, de índole processual: o facto de a decisão cautelar nunca incidir sobre o mérito da causa impede que da mesma seja interposto recurso *per saltum* para o STA, ao abrigo do disposto no artigo 151.º, n.º 1 do CPTA (cf., neste sentido, o Acórdão do STA de 29.06.2005, processo n.º 0608/05).

³⁴ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 18.09.2020, processo n.º 00845/20.5BEBRG.

Dito de outro modo, a *provisoriedade* da providência cautelar “*impõe que esta, para além de ter uma duração limitada, não esvazie, ou, pelo menos, não prejudique a eficácia da decisão que vier a ser tomada na acção principal*”: cf. o Acórdão do TCA Sul de 17.12.2020, processo n.º 1203/20.7BELSB, já acima citado. Neste sentido, “*excede a competência do Tribunal onde foi requerida a medida cautelar emitir pronúncia que estabeleça definitivamente o direito na questão subjacente à pretensão nele formulada*” (cf. Acórdão do STA de 30.09.2009, processo n.º 0718/09).

³⁵ Que dispõe expressamente que “*[n]em o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal*”.

³⁶ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, página 931.

³⁷ Como nota ANABELA COSTA LEÃO, “[s]e do que se trata é

Assim, o processo cautelar “[*n*]ão visa decidir do mérito das questões suscitadas, nem decidir a título definitivo, visando tão só acautelar ou prevenir os efeitos negativos da própria delonga do processo principal e evitar a produção de prejuízos irreversíveis ou situações de facto consumado”, pelo que, “[*q*]uer o julgamento de facto, quer o de direito na instância cautelar esgota-se neste próprio processo, não se repercutindo, a nenhum título, no âmbito da acção principal”³⁸.

É esta diferença que, aliás, recomenda alguma contenção na conclusão pela inexistência de *fumus boni iuris* no caso de a providência cautelar se destinar a suspender os efeitos de um acto administrativo cuja impugnação só foi requerida em Tribunal após decorridos mais de três meses³⁹ desde a data da sua produção de efeitos⁴⁰: é que, embora a extemporaneidade na impugnação do acto administrativo vote a acção principal à improcedência (e, por esse motivo, esvazie o *fumus bonis iuris* e, conseqüentemente, a própria utilidade do processo cautelar), é necessário aferir se, nessa acção, são ou não invocados fundamentos que possam conduzir à nulidade do acto impugnado e, nesse sentido, determinem a tempestividade da impugnação,

de acautelar danos decorrentes do decurso do tempo do processo principal, estamos de pleno no âmbito cautelar; se do que se trata é de urgência na decisão de mérito, então ou a providência cautelar não é suficiente ou, se antecipar definitivamente a decisão final, não é possível”: cf. “Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias”, in AA.VV., *Comentários à legislação processual administrativa* (COORD. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Volume II, 5.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2020, páginas 673 e 674.

A intimação pressupõe assim uma urgência *principal*, razão pela qual a lei, no artigo 110.º-A do CPTA, prevê que, quando as circunstâncias do caso não forem “*de molde a justificar o decretamento de uma intimação, por se bastarem com a adoção de uma providência cautelar*”, o juiz deve convidar o autor a substituir a petição da intimação por um requerimento inicial cautelar (n.º 1), podendo inclusivamente, em caso de “*especial urgência que o justifique*”, decretar desde logo, provisoriamente, a providência cautelar que julgue adequada à situação concreta (n.º 2).

³⁸ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 10.12.2019, processo n.º 29/19.5BELSB.

³⁹ Que, como se sabe, constitui o prazo-regra para a impugnação de actos administrativos [cf. artigo 58.º, n.º 1, alínea a) do CPTA], pelo menos quando essa impugnação se funde na mera anulabilidade (que é, também, o desvalor-regra normalmente associado a actos administrativos ilegais, nos termos do artigo 163.º, n.º 1 do CPA).

⁴⁰ Cf., a este propósito, a regra geral constante do artigo 59.º, n.º 1 do CPTA, depois concretizada nos números subsequentes do mesmo preceito legal.

permitindo ao juiz formular um juízo de mérito sobre a procedência (e não de mera admissibilidade) do pedido impugnatório formulado.

Assim, se o processo cautelar deve ser extinto se se destinar à suspensão de eficácia de um acto administrativo que não foi impugnado no prazo de três meses⁴¹, isso já não será assim se na acção tiver sido pedida a declaração de nulidade do acto (ou se, no processo cautelar, o requerente anunciar que a acção a propor será peticionada essa declaração de nulidade)⁴² – a menos, claro, que os fundamentos aduzidos para essa suposta nulidade forem claramente improcedentes⁴³.

Assim, em conclusão, afigura-se que, ao contrário do decidido no Acórdão do TCA Norte de 14.02.2020, acima citado, não deverá a pronúncia sobre a intempestividade na impugnação de um acto administrativo, feita em sede de processo cautelar (mesmo que confirmada ou reforçada por decisão proferida pelo Tribunal de recurso), ter efeitos automáticos e vinculativos no seio da acção principal, por nesta última sede poderem ser diferentes os vícios arguidos, os meios de prova produzidos e os argumentos jurídicos apresentados, podendo legitimamente o juiz no processo principal concluir pela tempestividade na impugnação e, a final, pela ilegalidade do acto impugnado, ainda que tal não fosse manifesto na apreciação perfunctória efectuada em sede cautelar.

5. Isto, quanto ao *fumus*.

Não obstante, como se sabe e já acima se referiu, para aferir se uma providência deve ser decretada, há que determinar, cumulativamente, (i) se há um fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal (*periculum in mora*), (ii) se é provável que a pretensão formulada no processo principal pelo requerente seja julgada procedente (*fumus boni iuris*) (n.º 1), e, caso a resposta seja positiva, (iii) devem ser ponderados os interesses em presença quanto aos danos que resultariam do decretamento da providência e do seu não decretamento (n.º 2)⁴⁴.

⁴¹ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 16.01.2020, processo n.º 985/19.3BELSB, já acima citado, bem como os Acórdãos do TCA Norte de 29.11.2019, processo n.º 00187/19.9BECBR, e de 03.04.2020, processo n.º 02403/19.8BEPRT.

⁴² Cf. o Acórdão do TCA Sul de 10.09.2020, processo n.º 378/20.0BELRA, já acima citado.

⁴³ Cf. o Acórdão do STA de 23.04.2020, processo n.º 0102/19.0BALS.

⁴⁴ Nestes precisos termos, cf. o Acórdão do TCA Norte de 19.06.2020, processo n.º 02278/19.7BEBRG-A.

Ou seja, o êxito da providência cautelar requer a afirmação de um “*periculum in mora*”⁴⁵, o qual constitui, verdadeiramente, a alma do processo cautelar⁴⁶ e que tem de assentar em factos concretos (“*que sustentem uma situação de risco real e efetivo e não apenas um risco potencial ou uma conjectura, dependente de juízos meramente subjetivos*”⁴⁷), cujo ónus de alegação e prova cabe ao requerente da providência, sob pena de indeferimento da sua pretensão⁴⁸: na verdade, o *fumus* e o *periculum* constituem requisitos cumulativos⁴⁹ – o que se explica, justamente, por força da instrumentalidade do processo cautelar⁵⁰ –, pelo que basta a inexistência de um deles para que a concessão da providência seja negada⁵¹.

⁴⁵ Cf. o Acórdão do TCA Norte de 30.04.2020, processo n.º 03091/19.7BEPRT.

⁴⁶ Na expressão do Acórdão do TCA Sul 06.10.2016, processo n.º 13617/16.

Referindo que o *periculum in mora* é o leitmotiv da tutela cautelar, cf., mais recentemente, o Acórdão do STA de 11.09.2019, processo n.º 049/19.0BALSB.

⁴⁷ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 19.12.2017, processo n.º 219/17.5BELSB.

⁴⁸ Cf., exemplificativamente, os Acórdãos do TCA Sul de 18.12.2014, processo n.º 11653/14, de 30.04.2015, processo n.º 11727/14, de 01.10.2015, processo n.º 12457/15, de 15.10.2015, processo n.º 12513/15, de 06.10.2016, processo n.º 13617/16 (já acima citado), de 21.09.2017, processo n.º 2963/16.5BELSB, de 10.05.2018, processo n.º 595/17.0BELSB (já acima citado), e de 17.12.2020, processos n.º 1203/20.7BELSB (já acima citado) e n.º 548/19.3BECTB, bem como do TCA Norte de 14.09.2012, processo n.º 03712/11.0BEPRT, de 14.12.2012, processo n.º 01133/12.6BELSB, de 22.01.2016, processo n.º 02031/15.7BEPRT, de 12.06.2019, processo n.º 00339/19.1BEPNF, de 14.02.2020, processo n.º 00264/19.6BEMDL, de 15.05.2020, processo n.º 03182/19.4BEPRT, e de 16.10.2020, processo n.º 03317/19.7BEPRT.

⁴⁹ Cf., entre tantos outros, os Acórdãos do TCA Norte de 20.10.2017, processo n.º 00203/17.9BECBR-A., e de 19.06.2020, processo n.º 02816/19.5BEPRT, já acima citado.

⁵⁰ Como afirma o TCA Norte, “[é] precisamente por os processos cautelares terem função instrumental, destinando-se a assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo principal – o que tem por objeto a decisão sobre o mérito do litígio – que a lei faz depender a concessão de providência cautelar da verificação de uma situação de *periculum in mora*, em qualquer das suas duas vertentes a que alude o n.º 1 do artigo 120.º do CPTA: “fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado” ou a “produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal””: cf. o Acórdão de 13.11.2020, processo n.º 00957/20.5BEPRT, já acima citado.

⁵¹ Cf. os Acórdãos do TCA Norte de 20.10.2017, processo n.º 00203/17.9BECBR-A., de 19.06.2020, processo n.º 02816/19.5BEPRT, e de 03.04.2020, processo n.º 02403/19.8BEPRT, já acima citados.

Ora, também neste âmbito é possível colocar diversas questões relevantes: continuando a centrar-nos nas relações entre acção principal e processo cautelar, depois de termos visto que o juízo cautelar sobre o *fumus* não deve “contaminar” necessariamente a decisão do processo principal (tanto no que respeita à excepção de caducidade do direito de acção, como no que se refere à procedência dos vícios em que se funda o pedido impugnatório), resta agora fazer o percurso inverso quanto ao *periculum* e compreender se as vicissitudes da acção principal podem ou não repercutir-se (e em que termos) no processo cautelar.

Estamos a pensar, concretamente, em dois problemas específicos – relativamente aos quais, ao contrário do que sucedia na primeira questão colocada, não temos uma posição definida.

6. O primeiro problema prende-se com o *timing* da instauração da acção principal: sabendo-se que o *periculum* consiste no “fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal” (cf., novamente, o artigo 120.º, n.º 1 do CPTA), será relevante atender ao comportamento processual do requerente, no que respeita ao momento em que propôs em Tribunal a acção principal de que o processo cautelar depende?

É verdade que, juridicamente, o momento em que a petição inicial dá entrada em juízo só parece ser relevante para efeitos de extinção do processo cautelar ou de caducidade da providência cautelar decretada – com efeito, são estas as consequências, como acima se viu, que a lei associa aos casos em que o requerente não tenha feito uso, no respectivo prazo, do meio contencioso adequado à tutela dos interesses a que o pedido de adopção de providência cautelar se destinou [cf. artigo 123.º, n.º 1, alínea a), do CPTA]⁵².

No entanto, nestes casos, a extinção do processo cautelar ou a caducidade da providência cautelar decretada ainda se fundam no desaparecimento do *fumus*, isto é, na impossibilidade jurídica de o interessado vir a obter, no processo principal, a tutela do direito que visou assegurar por via cautelar⁵³. O

⁵² Sendo de salientar que, quando a acção principal não esteja legalmente sujeita a prazo, o requerente deve, em qualquer caso, propor a acção no prazo de 90 dias desde o trânsito em julgado da decisão que tenha decretado a providência cautelar requerida (cf. artigo 123.º, n.º 2 do CPTA), sob pena de caducidade dessa providência.

⁵³ Não é assim, porém, nos casos previstos no artigo 123.º, n.º 2 do CPTA, mencionados na nota anterior, em que a caducidade da providência não se prende com o desaparecimento do *fumus* (já que a acção principal continua, legalmente, a poder ser intentada pelo autor e o seu mérito conhecido pelo Tribunal), mas sim com o intuito do legisla-

que aqui se pergunta é se, para efeitos do *periculum*, a falta de propositura da acção (quando esta não seja sujeita a prazo) ou a sua instauração no último momento legalmente possível (no caso contrário) devem ou não ter algum “peso” na ponderação a efectuar pelo juiz.

A resposta não se afigura simples.

Por um lado, a lei admite claramente que a providência cautelar possa ser requerida previamente à instauração da acção principal [cf. artigos 113.º, n.º 3, e 114.º, n.º 1, alínea a) do CPTA] e não prevê, em lado algum, que o facto de o interessado recorrer às vias cautelares preclua a possibilidade de esgotar o prazo legal para a instauração da acção principal, sendo certo que só no caso de se pretender que o juiz antecipe o mérito da causa é que se exige que o processo principal já tenha sido intentado⁵⁴.

Por outro lado, porém, o princípio geral da boa fé – que também tem inequívoca aplicação em sede processual (cf. o artigo 8.º, n.º 1 do CPTA) – também parece apontar no sentido de vedar o que, na gíria desportiva, poderia ser qualificado como a atribuição de um “benefício ao infractor”, impedindo o interessado de se prevalecer de uma situação de urgência para a qual (também) contribuiu para maximizar as suas possibilidades de obtenção de uma tutela cautelar. Neste sentido, se o que o interessado pretende, em sede cautelar, é evitar que a decisão a proferir no processo cautelar perca o seu efeito útil por força do tempo até lá decorrido, será indiferente, para a aferição do *periculum* pelo juiz, que essa acção já tenha ou não sido intentada (e, tendo-o sido, que o autor tenha de algum modo contribuído para a maior morosidade na decisão a proferir nessa sede, designadamente através de incidentes escusados ou diligências probatórias excessivas⁵⁵)?

dor de evitar que o interessado se prevaleça de uma tutela cautelar conferida *sine die* – ou seja, que, tendo obtido já uma tutela cautelar, o autor depois se prevaleça da ausência de prazo legal imperativo para a propositura da acção para perpetuar a vigência da providência obtida.

⁵⁴ Nos termos do disposto no artigo 121.º, n.º 1 do CPTA e que constitui, aliás, a principal diferença entre este mecanismo previsto no contencioso administrativo e a denominada inversão do contencioso prevista no regime processual civil (cf. os artigos 369.º, n.º 1, e 371.º, n.º 1 do CPC).

⁵⁵ O que é relevante, pelo menos, para a determinação da eventual responsabilidade do Estado por atraso no funcionamento da Justiça (em violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável), ao abrigo do disposto nos artigos 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 20.º, n.º 4 da Constituição e 12.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (“RRCEEP”), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: cf., a esse propósito, o que escrevemos na obra colectiva *O Regime da Responsa-*

Tal como, por exemplo, uma entidade adjudicante não pode prevalecer-se de um motivo de “urgência imperiosa” para adoptar um procedimento de ajuste directo, se essa urgência não era imprevisível ou resulta de facto lhe é imputável⁵⁶, ou o lesado que requeira o ressarcimento pelos danos causados a título de responsabilidade civil extracontratual pode ver reduzido ou mesmo excluído o montante da indemnização (que, de outro modo, lhe seria) devida, caso a sua actuação ou omissão tenham contribuído para a produção, manutenção ou agravamento dos danos por si sofridos⁵⁷, o que se pergunta – sem que pareça existir uma resposta evidente ou incontroversa – é se, também aqui, a “culpa” do interessado tem ou não qualquer “peso” na conclusão do juiz pela verificação, ou não verificação, do *periculum*, para efeitos do decretamento da(s) providência(s) cautelar(es) requerida(s).

Sabe-se que a aferição sobre a existência de um *periculum* é essencialmente fáctica, assentando num juízo probabilístico, sobre as probabilidades de se produzirem ou não determinados em cada um dos cenários possíveis (decretamento ou não decretamento da providência requerida); mas será que o contributo do próprio requerente para o aumento do risco contra o qual (só) agora pretende reagir⁵⁸ não terá (ou deverá ter) qualquer relevância neste âmbito? Dito de outro modo, o que fazer quando os factos apontam no sentido de que (i) o *periculum* se verifica, mas (ii) a conduta do próprio requerente que o invoca também contribuiu para essa verificação?

Sem certezas, equaciona-se que talvez a solução mais equilibrada passe por só atribuir relevância à morosidade do interessado da propositura da acção quando esta não esteja sujeita a prazo e quando a opção pela falta de instauração do processo principal seja censurável, a ponto de a invocação de um justo

bilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 394 e 395, e demais bibliografia aí citada.

⁵⁶ Nos termos do disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁵⁷ Nos termos do disposto no artigo 4.º do RRCEEP.

⁵⁸ *Rectius*, o juízo valorativo sobre esse contributo para a verificação ou agravamento dos riscos associados ao não decretamento da providência.

De referir que, na doutrina processual civilística, se entende que é pressuposto da tutela cautelar que o dano que se pretende evitar seja imputável ao requerido, não devendo uma providência ser decretada quando tal dano respeitar a um facto imputável ao próprio requerente ou quando este tiver contribuído para a respectiva verificação: cf., por último, MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES, *Providências Cautelares*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, página 211.

receio de criação de um facto consumado ou de um prejuízo irreparável ou de difícil reparação se aproxime de uma *utilização abusiva* da tutela cautelar (ou seja, sempre que o princípio da boa fé forneça um parâmetro minimamente seguro para valorar negativamente a actuação do autor/requerente). Note-se que, nas acções administrativas sujeitas a prazo, estaremos a falar de prazos de três (para a impugnação de actos) ou de seis meses (para a impugnação de regulamentos administrativos com fundamento em ilegalidade formal ou procedimental da qual não resulte inconstitucionalidade⁵⁹, ou para a anulação de contratos⁶⁰), cujo esgotamento não será, normalmente, apto a contribuir de forma determinante para o facto consumado ou dano irreversível, sendo certo que, em qualquer caso, a própria providência deverá ser decidida num prazo muito curto e, portanto, num momento em que os eventuais impactos da “morosidade” do autor na propositura da acção poderão ainda não ser minimamente visíveis. Importa não esquecer que, estando-se perante o *exercício de um direito*, quaisquer visões restritivas têm de ser encaradas com particulares reservas, afigurando-se que, em sede cautelar como em sede da acção principal, o princípio da boa fé, na sua vertente de abuso do direito (cf. artigo 334.º do Código Civil) e enquanto norma geral de proibição de comportamentos contraditórios⁶¹, constitui um limite

⁵⁹ Cf. artigo 74.º, n.º 2 do CPTA.

⁶⁰ Cf. artigo 77.º-B, n.ºs 2 e 3 do CPTA.

⁶¹ Que, como se sabe, conhece muitas outras manifestações na lei, nomeadamente no que respeita à impossibilidade de o interessado impugnar (com fundamento em mera anulabilidade) um acto administrativo que o próprio tenha aceite (cf. artigo 56.º, n.º 1 do CPTA).

Alguns Autores reconduzem este caso a uma manifestação de falta de interesse em agir – cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, página 374, bem como JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A impugnabilidade de atos administrativos no Anteprojecto de Revisão do CPTA”, in AA.VV., *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), AAFDL, Lisboa, 2014, página 371 –, o que, embora não colha o consenso na doutrina (cf., em especial, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A aceitação do acto administrativo”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, páginas 925 e seguintes, bem como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, página 390, que consideram estarmos perante um pressuposto processual autónomo), poderá constituir um outro enquadramento pertinente para o problema que aqui nos ocupa, isto é: a morosidade na propositura da acção principal enquanto questão relativa ao *interesse processual cautelar*.

adequado a balizar os contornos da admissibilidade do recurso à via cautelar⁶².

De resto, o problema não é novo e nem sequer é exclusivo da tutela cautelar⁶³, podendo abstractamente colocar-se (e já se tendo colocado em concreto) relativamente a qualquer meio processual previsto na lei unicamente para situações de urgência, nomeadamente quanto à intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, consagrada nos artigos 109.º e seguintes do CPTA. Ora, neste âmbito, e perante uma situação em que um interessado lançou mão daquele meio processual dois anos depois do facto que originou a lesão contra a qual veio reagir, o STA já concluiu que “[a] apreciação da urgência da tutela judicial limitada a uma visão puramente cronológica dos factos afigura-se demasiado redutora”, sendo que “concluir que um recurso “tardio” à via judicial e à tutela urgente significa necessariamente que, afinal, não se coloca a condição de urgência implica especular sobre os motivos que levaram o A. da acção a não procurar a via judicial imediatamente após a lesão do direito”⁶⁴. Tal significa, por conseguinte,

É certo que, sendo o interesse em agir definido pela *necessidade de tutela judiciária*, no caso em apreço, essa necessidade continua a verificar-se – ponto será saber em que medida essa tutela deverá ser concedida ao interessado que tenha contribuído para o agravamento dessa necessidade.

⁶² E sem esquecer que a lei contempla ainda outros mecanismos para sancionar o requerente em caso de utilização abusiva da tutela cautelar: não apenas a possibilidade de aplicação da taxa sancionatória excepcional prevista no artigo 531.º do CPC, mas também a responsabilização do requerente pelos danos que, com dolo ou negligência grosseira, tenha causado ao requerido e aos contra-interessados (cf. artigo 126.º, n.º 1 do CPTA).

⁶³ E, mesmo na tutela cautelar, o problema não se coloca apenas no caso de atraso na propositura da acção principal, podendo igualmente colocar-se relativamente a outras condutas que contribuam para entorpecer o regular andamento da acção principal, ainda que tempestiva e oportunamente proposta: pense-se no caso de o autor requerer diligências probatórias inadmissíveis ou impertinentes, suscitar sucessivos incidentes dilatórios, não colaborar atempadamente com o Tribunal, etc..

No entanto, por facilidade de exposição, a análise feita no texto circunscreve-se à tardia instauração do processo principal, sem prejuízo de as conclusões serem também aplicáveis a outras condutas do requerente que contribuam para a verificação do *periculum in mora* do qual pretende prevalecer-se, para efeitos do decretamento da providência cautelar requerida.

⁶⁴ Cf. Acórdão de 16.05.2019, processo n.º 02762/17.7BELSB.

Com destaque para este Acórdão, cf. RUI MESQUITA GUIMARÃES, “Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias: o impacto do decurso do tempo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 135, Maio-Junho de 2019,

que é necessária uma apreciação casuística, que não se limite a atender ao hiato temporal em abstracto decorrido, mas às circunstâncias concretas que estiveram na base do recurso tardio à justiça, sendo que alguma doutrina, em concordância com este aresto, considera que o atraso do autor não deve excluir automaticamente a tutela judicial nem levar a concluir acriticamente pela falta de verificação do pressuposto da “urgência”, devendo a intimação ser admitida se a situação de urgência já se verificasse originariamente e se continuarem a verificar-se os pressupostos que justificam a emissão de uma decisão célere⁶⁵.

Neste sentido, estendendo este entendimento à questão que aqui nos ocupa, afigura-se que só perante o caso concreto poderá apurar-se se o atraso do requerente na propositura da acção principal deve ou não ser impeditivo da concessão da tutela cautelar requerida – sendo que, em caso de decisão desfavorável, a mesma não se fundamentará, em estrito rigor, na falta de verificação do *periculum*, mas na circunstância de, à luz do princípio da boa fé (e das suas diversas ramificações), o requerente não poder ser “premiado” por uma circunstância para a qual contribuiu.

7. Um segundo problema que se coloca é o de saber se, e até que ponto, a morosidade associada à resolução da acção principal pode fundamentar a verificação do *periculum*; ou, dito de outro modo – porque aquela primeira formulação é redundante –, importa saber se o que releva é a morosidade *concreta* ou *abstracta* da acção principal.

Esta é uma questão que, hoje, infelizmente, assume uma particular acuidade, pois, como se sabe, e tem sido assinalado até a nível internacional, a nossa jurisdição administrativa não tem conseguido dar vazão, a um ritmo satisfatório, a todos os milhares de processos que anualmente lhes são submetidos para decisão. Assim, por exemplo, em 20 de Julho de 2020, o Conselho emitiu uma Recomendação relativa ao Programa Nacional de Reformas de Portugal para 2020, em cujo Considerando (23) se alude aos “*estrangulamentos que subsistem, designadamente em termos de morosidade dos processos judiciais*

páginas 3 a 8, bem como ANABELA COSTA LEÃO, “Intimação...”, cit., páginas 670 e 671.

⁶⁵ Neste sentido, cf. RUI MESQUITA GUIMARÃES, “Intimação...”, cit., página 8.

Pronunciando-se antes do Acórdão citado no texto, mas parecendo subscrever uma posição mais restritiva, no sentido de que a intimação não deverá ser utilizada quando o interessado deixou esgotar os prazos de que dispunha para lançar mão de outras vias de reacção contra a lesão, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, páginas 885 e 886.

e do grande número de processos em atraso nos tribunais administrativos e fiscais”, culminando com uma recomendação (4) ao Estado Português para “[a]umentar a eficiência dos tribunais administrativos e fiscais”⁶⁶. Mais recentemente, no Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito, elaborado pelos serviços da Comissão Europeia, é possível ler, entre outras afirmações que completam um diagnóstico preocupante, que “os tribunais ainda têm um número relativamente elevado de processos pendentes e os processos continuam a ser relativamente morosos”, sendo que Portugal “figura entre os Estados-Membros com processos mais morosos” e “continua a ter uma das taxas mais altas de processos administrativos pendentes”, registando-se que “o tempo de decisão nos tribunais administrativos e fiscais continua acima dos 900 dias na primeira instância e acima dos 1 000 dias na segunda instância” [cf. SWD(2020) 321 final, de 30 de Setembro].

Só por aqui, já se vê a premência da questão suscitada: se o *periculum* implica a existência de “indícios que determinem a necessidade de uma intervenção judicial preventiva, destinada a impedir a consumação de situações lesivas, que, de outro modo, resultariam com a demora do processo principal”⁶⁷, então, quanto maior for a demora do processo principal, mais fácil será o preenchimento daquele requisito⁶⁸. O que, transpondo esta consideração para a nossa situação actual e concreta, significa o seguinte: se uma acção for de resolução simples, por não implicar qualquer produção de prova além da que já consta dos documentos juntos ao processo, e por as questões jurídicas suscitadas não revestirem particular complexidade, será expectável que a decisão final do processo principal seja proferida num horizonte temporal relativamente reduzido, durante o qual talvez ainda não se tenha, possivelmente, produzido uma situação de “facto consumado” ou um prejuízo irreversível ou de difícil reparação; mas, se, num determinado momento histórico, o tempo médio de decisão da acção principal em primeira instância ronda os três anos⁶⁹ e, em caso de

⁶⁶ Cf. a Recomendação do Conselho e o seu parecer sobre o Programa de Estabilidade de Portugal para 2020 (2020/C 282/22), no *Jornal Oficial da União Europeia*, C 282, de 26 de Agosto de 2020.

⁶⁷ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 19.12.2017, processo n.º 219/17.5BELSB, já acima citado.

⁶⁸ Dito de outro modo, se o que está em causa é o “fundado receio de que, quando o processo principal termine, a sentença aí proferida já não venha a tempo de dar resposta adequada às situações jurídicas envolvidas em litígio” (cf. Acórdãos de TCA Sul de 01.10.2015, processo n.º 12457/15, e de 21.09.2017, processo n.º 2963/16.5BELSB, já acima citados), o *terminus* da acção principal é, naturalmente, um marco temporal da maior relevância.

⁶⁹ Devendo ainda notar-se que a conjugação da

recurso, pode esperar-se uma morosidade idêntica ou superior em segunda instância, então, nesses casos, o efeito útil da sentença estará sempre, por definição, esvaziado. Isto é: hoje, uma acção que não revista a forma de processo urgente⁷⁰ está, mesmo em caso de procedência, forçosamente condenada a redundar numa decisão *platónica* – não pela *natureza das coisas* (como se se tratasse de uma inevitabilidade), mas pelo *funcionamento concreto* da “máquina” judiciária administrativa nos nossos dias.

O exposto leva assim a uma interrogação inquietante: a de saber se a *ineficiência da justiça*, traduzida na morosidade dos Tribunais na resolução das acções principais, pode constituir fundamento para que, em sede cautelar, o requisito do *periculum* se considere preenchido. Conclusão arrojada, mas que, a ser acolhida, talvez representasse um impulso (algo perverso, é certo) para um melhor funcionamento da nossa jurisdição administrativa⁷¹.

Dir-se-á, e não sem razão, que não podem ser as entidades requeridas a suportar integralmente o “custo” da morosidade judiciária; assim é, certamente. Mas a provocação que aqui se deixa visa apenas deixar

“litoralização” da Administração Pública e do nosso tecido empresarial com as regras de determinação de competência territorial (cf. artigos 16.º e seguintes do CPTA) conduzem a uma concentração excessiva de litígios num conjunto muito circunscrito de Tribunais administrativos de primeira instância, em especial o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa – o que, evidentemente, contribui para a maior morosidade na resolução dos litígios pendentes nestes Tribunais.

⁷⁰ Para o elenco destes processos, cf. o artigo 36.º, n.º 1 do CPTA.

Em rigor, deve dizer-se que, mesmo no âmbito dos processos urgentes, o panorama do funcionamento da jurisdição administrativa também não se mostra particularmente animador: veja-se, paradigmaticamente, a morosidade na decisão sobre o levantamento do efeito suspensivo automático produzido por acções de contencioso pré-contratual destinadas à impugnação de actos de adjudicação, verificando-se que, por diversas vezes, a decisão sobre esses *incidentes* demorou mais tempo do que seria razoável para a prolação de uma decisão sobre o próprio *mérito* do processo – o que conduziu o legislador, através da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro, a restringir consideravelmente o escopo do artigo 103.º-A do CPTA (criticamente sobre esta opção legislativa – que, diga-se, se prevê venha a ser reforçada em breve, tendo em conta o regime constante do Decreto n.º 95/XIV, o qual, apesar de vetado pelo Presidente da República, deverá ser aprovado novamente pelo Parlamento, sem alterações nesta parte –, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit., páginas 8 a 10).

⁷¹ Um pouco a exemplo da célebre sugestão, feita por algumas vezes há muitos anos, de que o silêncio da Administração Pública sobre requerimentos apresentados pelos administrados valesse como deferimento tácito, como forma de obrigar os órgãos administrativos a decidir dentro do prazo legalmente fixado para esse efeito.

um alerta: num País em que as acções em primeira instância demoram, *em média*⁷², três anos – prazo que duplica em caso de interposição de recurso, faculdade que a parte vencida tem quase sempre incentivo a utilizar –, a não existir uma tutela efectiva nem sequer no plano cautelar⁷³. é o próprio direito de acesso à justiça⁷⁴ (e, conseqüentemente, o Estado de Direito⁷⁵) que assim se vê(em) posto(s) em causa.

⁷² O que significa que, se haverá processos que duram menos do que três anos, outros há que, por seu turno, demoram bem mais, tornando mais improvável a subsistência de um mínimo de efeito útil da decisão que venha a ser proferida nesse âmbito, no caso de não ser decretada uma providência cautelar.

⁷³ Verdade seja dita, esta tutela já é seriamente vulnerada no dia-a-dia do foro, não tanto (ou não só) pela morosidade dos Tribunais, mas, sobretudo, pelo seu rígido formalismo no que respeita ao preenchimento do *periculum*: desde a exigência de que o requerente demonstre estar em risco de insolvência para que possa ter uma providência decretada ao entendimento (hoje, felizmente abandonado) de que os prejuízos pecuniários, porque quantificáveis, seriam sempre ressarcíveis *a posteriori* (e, portanto, nesses casos, nunca haveria fundamento para o *periculum*), na nossa jurisprudência já se assistiu a um pouco de tudo, infelizmente.

⁷⁴ Cf. artigo 20.º, n.º 1 da Constituição.

⁷⁵ Cf. artigo 2.º da Constituição.

TUTELAS INIBITÓRIAS ORDENADAS POR TRIBUNAIS ARBITRAIS

ANTI-SUIT INJUNCTIONS ISSUED BY ARBITRAL COURTS

MARCEL PITERMAN¹

Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sumário: 1. A litispendência, as regras do *first-in-time*, do *forum non conveniens* e as convenções de arbitragem. 2. As *anti-suit injunctions* entre as famílias do *common law* e do *civil law*. 3. As *anti-suit injunctions* ordenadas por tribunais arbitrais no âmbito europeu 4. Conclusão. Referências.

Resumo: O ensaio analisa o cenário de arbitragem e dos processos paralelos, em especial, se o tribunal arbitral tem autoridade para ordenar uma *anti-suit injunction* quando a parte iniciar ou prosseguir processos perante outros tribunais, em violação à convenção de arbitragem. Para resolver esse problema, serão combinadas duas famílias jurídicas, a do *common law* e a do *civil law*. É também analisada a jurisprudência europeia, em especial, o recente caso *Gazprom*, em que o tribunal de um Estado-Membro solicitou ao Tribunal de Justiça da União Europeia que proferisse uma decisão prejudicial sobre a interpretação do direito da União e o Regulamento (CE) n.º 44/2001, o que poderia resultar numa contribuição para a uniformização do direito da União Europeia em todos os Estados-Membros.

Abstract: The essay examines the scenario of arbitration and parallel proceedings, in particular, whether the arbitral tribunal has the authority to issue an *anti-suit injunction* when the party initiates or continues proceedings before other courts in violation of the arbitration agreement. To solve this problem, two legal families will be combined, common law and civil law. As well the case-law of the Court of Justice of the European Union, in particular the recent *Gazprom* case, where a court in a Member State has requested to the European Court to give a preliminary ruling on the interpretation of European Union law and Regulation n.º 44/2001, which could result in a contribution to the standardization of European Union law in all Member States.

Palavras-chave: arbitragem; *anti-suit injunction*; processos paralelos; caso *West Tankers*; caso *Gazprom*; União Europeia

Keywords: arbitration; *anti-suit injunction*; parallel proceedings; *West Tankers* case; *Gazprom* case; European Union

1. A litispendência, as regras do *first in time*, do *forum non conveniens* e as convenções de arbitragem.

O Regime de Bruxelas é o conjunto de normas que regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial no âmbito do direito da União Europeia.² Este

regime consiste em quatro diplomas regulatórios³ e tanto a Convenção de Bruxelas e de Lugano como o Regulamento (CE) n.º 44/2001 mantém excluída de seus domínios a arbitragem comercial internacional, consoante dispõem o n.º 4 do artigo 1.º da Convenção e a alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento. A omissão da arbitragem dos termos do Regulamento

¹ marcel.piterman@campus.ul.pt / doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

² Acerca do Regime de Bruxelas, DÁRIO MOURA VICENTE / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Comentários à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994.

³ A Convenção de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, a Convenção de Lugano, de 16 de setembro de 1988, o Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I) e, finalmente, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro de 2012 (Regulamento de Bruxelas reformulado).

(CE) n.º 44/2001 é considerada pela doutrina como uma exclusão muito problemática, pois deu origem a vários acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como a uma extensa e controversa discussão sobre a questão de processos paralelos.⁴

Há processos paralelos quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais com diferentes jurisdições.⁵ A tramitação simultânea de processos paralelos não contribui de forma alguma para o bom funcionamento do sistema judiciário, pois, além desses processos retardarem a prestação da tutela jurisdicional, impõem mais encargos financeiros e há evidente desperdício de recursos judiciais, tudo somado ao risco de serem proferidas decisões contraditórias acerca das mesmas questões. A tramitação de processos paralelos envolvendo as mesmas partes e a mesma causa de pedir e a existência de julgamentos contraditórios no âmbito das convenções de arbitragem e dos pactos de jurisdição sempre foi tratada de acordo com a regra cronológica, segundo a qual o tribunal em que a ação foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal em que a ação foi submetida em primeiro lugar. A litispendência sempre foi resolvida de acordo com a regra geral do *first-in-time*, típica dos sistemas do *civil law*, que contrasta com a doutrina do *forum non conveniens*, característica do *common law*, poder discricionário do tribunal⁶ que pode declinar da competência sob o argumento de que, por questão de justiça, a causa deva ser julgada por um tribunal de outro Estado. Os países de *civil law* sempre foram contrários à adoção da doutrina do *forum non conveniens* sob o argumento de que, de acordo com as várias constituições, todos devem ser julgados por um juiz natural.⁷

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Owusu*, quando analisou a compatibilidade da ideia do *forum non conveniens* com a Convenção de Bruxelas e de Lugano, decidiu que o diploma opõe-se a que

um órgão jurisdicional de um Estado-Contratante decline da competência por considerar que um órgão jurisdicional de um Estado não-contratante é um foro mais adequado para conhecer do litígio em causa, mesmo que a questão da competência de um órgão jurisdicional de outro Estado-Contratante não se coloque ou que esse litígio não tenha qualquer nexo com outro Estado-Contratante.⁸ O tribunal adotou a regra do *first-in-time* para a resolução de processos paralelos, quando decidiu que se uma das partes iniciar processos em violação ao pacto de jurisdição antes de a outra parte demandar perante o tribunal escolhido no pacto, o segundo tribunal deve suspender o processo até que o primeiro tribunal decida se é competente (caso *Gasser*).⁹ A decisão do tribunal foi objeto de diversas críticas, porque, embora tenha sido aplicada a regra do *first-in-time*, poderia estar encorajando táticas de litigância de má-fé, já que as ações seriam ajuizadas perante outros tribunais que não os eleitos no pacto de jurisdição, dando azo às chamadas ações-torpedo, uma manobra abusiva, segundo a qual o tribunal de um Estado-Membro, com um sistema processual excessivamente lento, é demandado em primeiro lugar, e o atraso subsequente da decisão pode garantir uma vantagem para a parte, frustrando os resultados em termos de tempo e os custos adicionais decorrentes de litígios prolongados, abrindo esse tipo de oportunidades para os litigantes que não estão dispostos a cumprir suas obrigações contratuais.¹⁰

Após a Comissão Europeia emitir uma série de propostas e relatórios com possíveis soluções para aumentar a eficácia das convenções de arbitragem, na versão final do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 foi mantida a exclusão, persistindo o problema dos processos paralelos no âmbito dessas convenções,¹¹ além de muitas outras questões em aberto, o que não ficou imune a críticas, já que o chamado “one-fits-all regime as is pursued by Art 1(2)(d) may be inappropriate for dealing with such a variety of constellations.”¹²

⁴ MARTIN ILLMER, *Scope and definitions*. In *The brussels I Regulation recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 74. Acerca da necessidade de a União Europeia regular a arbitragem comercial, JOHN GAFFNEY, *Should the European Union regulate commercial arbitration?* In *Arbitration International*, volume XXXIII, 2017, pp. 81-98.

⁵ Sobre os processos paralelos e o *forum non conveniens*, PETER SCHLOSSER, *Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation*, In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 53-84.

⁶ PETER SCHLOSSER, *Jurisdiction and international judicial*, p. 57.

⁷ PETER SCHLOSSER, *Jurisdiction and international judicial*, p. 387.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 01.03.2005, disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 09/12/2003, disponível em <http://curia.europa.eu>.

¹⁰ Por todos, JUSTIN KOOK, *Pragmatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements*, *Aberdeen Student Law Review*, volume IV, set. 2013, p. 78-82. Sobre a litigância de má-fé, PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

¹¹ “Não se encontra, assim, rasto de regulação da litispendência entre ações estaduais e arbitrais no Regulamento 1215/2012.” PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 94.

¹² GUIDO CARDUCCI, *The New EU Regulation 1215/2012*

No entanto, convém mencionar que o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, na sua versão final, solucionou o problema dos processos paralelos e os pactos de jurisdição ao estabelecer no n.º 2 do artigo 31.º que se for demandado um tribunal do Estado-Membro ao qual é atribuída competência exclusiva por um pacto de jurisdição referido no artigo 25.º, os tribunais dos outros Estados-Membros “devem suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente.” Agora, a regra do *first-in-time* situa-se no artigo 29.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 e prescreve que quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, qualquer tribunal que não seja o tribunal demandado em primeiro lugar deve suspender oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar, sem prejuízo de quando for atribuída competência exclusiva num pacto de jurisdição.

A mencionada alteração visa à proteção da competência exclusiva decorrente do pacto de jurisdição, bem como à outorga de prioridade na apreciação da validade do acordo ao tribunal designado no pacto. Além disso, o novo regime implica o abandono da orientação defendida pelo tribunal ao julgar o caso *Gasser* e combate as ações-torpedo, ou seja, as ações que são propostas num tribunal incompetente de um Estado-Membro com o propósito de bloquear a propositura da ação no tribunal designado no pacto de jurisdição.

2. As *anti-suit injunctions* entre as famílias do *common law* e do *civil law*

A *anti-suit injunction* ou tutela inibitória foi desenvolvida no direito inglês e destina-se a obter, de um tribunal, uma ordem dirigida a uma pessoa, que a proíba de intentar, contra o requerente, uma ação num foro impróprio ou num *forum shopping* inaceitável.¹³ Em outras palavras, é uma ordem do tribunal que determina ao arguido não iniciar, ou deixar de prosseguir com determinados pedidos, desistir deles ou fazer diligências necessárias para pôr termo ou suspender um processo pendente num tribunal estatal ou arbitral, estabelecido num

país estrangeiro.¹⁴ O tribunal que mantém a sua jurisdição ou antecipa que fará isso, procura tutelar essa jurisdição ou, mais geralmente, a jurisdição do foro que julga ser a mais adequada.¹⁵ A ordem é endereçada e vincula o litigante real ou potencial nos outros processos e não é endereçada, bem como não tem efeito sobre os outros tribunais.¹⁶

A experiência tem demonstrado que quando se verifica a concorrência de vários tribunais competentes, a parte procura ingressar com a ação naquele tribunal que lhe seja mais vantajoso ou favorável e essa escolha do tribunal mais favorável ao requerente que acaba por caracterizar o *forum shopping*. Os motivos que podem levar a parte a optar por um tribunal em detrimento dos demais vão desde o direito material aplicável, que pode variar consoante as regras de conflito de foro, como a facilidade no reconhecimento da decisão proferida e até mesmo os custos mais baixos do processo. Talvez por isso, o direito processual português, *ex vi*, alínea c do artigo 62 do Código de Processo Civil, exija um elemento ponderoso de conexão entre o objeto do litígio e a ordem jurídica nacional e, na falta dessa conexão, a eventual “denegação de justiça” não produzirá qualquer perturbação social importante, bem como livrará os tribunais nacionais portugueses de se tornarem objeto de um *forum shopping* internacional.¹⁷

As *anti-suit injunctions* acabaram por ser instrumentos comuns nos sistemas de *common law*, especialmente nas ordens jurídicas inglesa e norteamericana. Na base das *anti-suit injunctions* encontra-se um *legal right not to be sued abroad* e através delas o autor de uma ação obtém de um tribunal uma ordem de proibição de o réu dessa mesma ação propor ou prosseguir outra ação no estrangeiro. Se o réu desacatar a ordem de proibição emitida pelo tribunal poderá enfrentar sanções processuais e penais - *contempt of court*. Os tribunais ingleses previnem a

¹⁴ THOMAS RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 4. Nas palavras de Paula Costa e Silva, são “ordens dirigidas a uma parte, através das quais o tribunal lhes impõe a inibição da propositura de uma concreta acção perante tribunal diverso daquele que emite a ordem, sendo este, também tipicamente, um tribunal estadual estrangeiro ou um tribunal arbitral. Sendo violada a injunção, a parte incorre na pena civil fixada pelo tribunal, não estando excluída a aplicação de pena mais severa por *contempt of court*.” PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento*, p. 91.

¹⁵ EMMANUEL GAILLARD, Introduction, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005, p. 1.

¹⁶ THOMAS RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, p. 4.

¹⁷ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2000, 9.ª reimpr., pp. 447-448.

of 12 December 2012 on jurisdiction and international arbitration: with notes on parallel arbitration, court proceedings and the EU commission’s proposal. *Arbitration International*, volume XXIX, n. 3, 2013, p. 467.

¹³ ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 234.

sua jurisdição ao ordenarem *anti-suit injunctions*, o que decorre do poder geral para ordenar *injunctions* constante do *Senior Courts Act 1981 (England and Wales)*, especificamente o seu artigo 37 (1), *in verbis*: “The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.” A exata dimensão desses poderes foi definida em diversos julgados da *High Court* e a controvérsia dos acórdãos dos tribunais acerca do uso correto da *injunctive relief* é considerada relevante por três razões principais.

Primeiro, ajuda a explicar por que o remédio é tão controverso e demonstra algumas das razões pelas quais o Tribunal de Justiça da União Europeia, em última instância, optou por proibir seu uso na Europa. Em segundo lugar, demonstra que os tribunais ingleses não o utilizam irrestritamente, o que só justifica o seu uso em circunstâncias bastante extremas. Finalmente, a jurisprudência demonstra uma diferença entre *anti-suit injunctions* que tutelam uma cláusula contratual de eleição de foro e *anti-suit injunctions* que não tutelam qualquer pacto,¹⁸ uma diferença relevante, que deve ser levada em conta. A *injunctive relief* tem sido criticada, especialmente pela doutrina e pelos tribunais do sistema do *civil law*, onde são em grande parte, mas não inteiramente, desconhecidas, apesar de alguns tribunais estarem cada vez mais dispostos, em determinadas circunstâncias, a solicitar a uma parte que suspenda ou extinga uma ação movida noutro país.¹⁹

Nos últimos anos, a utilização da *anti-suit injunction* no contexto da arbitragem internacional em países de *civil law* tem aumentado em considerável escala, a exemplo da decisão proferida em primeira instância na Comarca de Curitiba, no Brasil, envolvendo a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) e a UEG Araucária Ltda. Nesse caso, as partes haviam estipulado que qualquer disputa oriunda do contrato seria decidida através da *ICC arbitration*, com sede em Paris. A COPEL questionou a validade da convenção de arbitragem sob o argumento de que, em se tratando de uma companhia estatal, a matéria envolvia interesse público, de natureza não arbitrável,

e requereu uma *injunction* para que fosse suspensa a arbitragem. O argumento, excepcionalmente, foi acolhido pelo Tribunal de Justiça de Curitiba e as partes, bem como a ICC, foram notificadas da *anti-suit injunction*.²⁰ Porém, via de regra, argumenta-se que a injunção anti-petição é irreconciliável com o princípio da confiança mútua e com o direito internacional público, e que equivale a uma ingerência injustificável na soberania de um estado estrangeiro e na jurisdição de um tribunal estrangeiro.²¹ Segundo autorizada doutrina, no sistema romano-germânico não se encontra nada de semelhante às *anti-suit injunctions*, podendo um idêntico efeito ser obtido apenas através de algo “tão raro como as promessas de não instaurar uma ação ou de desistir de uma ação pendente,”²² que igualmente podem ser alcançadas através da celebração de negócios processuais, como o *pactum de non petendo*.²³ Tendo em conta esse aspecto, os tribunais pertencentes à família do *civil law* são avessos à ideia de uma *injunctive relief* voltada contra um tribunal estrangeiro, já que isso resulta numa interferência na soberania do Estado a que pertence o tribunal e reduz sobremaneira a capacidade de decidir acerca de sua própria competência. Isso devido ao desenvolvimento da ideia de *mutual trust between Member States* como um princípio fundamental do Regime de Bruxelas, confiança mútua de acordo com a ideia de que os tribunais dos Estados-Membros devem respeitar o direito do tribunal de outro Estado-Membro para determinar sua própria competência e respeitar aquilo que foi decidido.²⁴

O conceito de confiança mútua entre os Estados-Membros integrou a *ratio decidendi* no caso *Gasser*, julgado nos termos da Convenção de Bruxelas, um ano antes do julgamento do caso *Turner*. Em ambos, o Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou o entendimento de que as *anti-suit injunctions*, ao permitirem que um tribunal de um Estado-Membro emita ordens a um tribunal de outro Estado-Membro, quanto ao direito deste último de pronunciar-se sobre uma causa, infringem a confiança mútua no sentido

¹⁸ NEIL A. DOWERS, The anti-suit injunction and the EU: legal tradition and europeanization in international private law, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume II, n.º 4, 2013, p. 961.

¹⁹ Tradicionais nos sistemas do *common law*, as *anti-suit injunctions* podem ser encontradas em diversos países do *civil law*, a exemplo do Brasil, Alemanha e Canadá. A respeito, com amplas referências, EMMANUEL GAILLARD, Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration, In *Pervasive problems in international arbitration*. Kluwer Law International, 2006, pp. 203-204.

²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Agravo de Instrumento n.º 142.683-1, julgado em 26.06.2003, disponível em <https://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia>.

²¹ THOMAS RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, p. 2.

²² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A incompatibilidade das *anti-suit injunctions* com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 - anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers), In *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009, p. 199.

²³ PAULA COSTA E SILVA, Pactum de non petendo. A exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material, In *Negócios Processuais, coleção grandes temas do novo CPC*, Salvador, JusPodivm, 2015.

²⁴ NEIL A. DOWERS, The anti-suit injunction and the EU, p. 965.

de que nenhum tribunal deve invadir a competência de outro tribunal de um Estado-Membro da União Europeia. Além disso, as *anti-suit injunctions* podem representar uma violação ao direito de acesso à justiça, já que impedem uma parte de iniciar processos perante um tribunal estadual. Porém, não ficou suficientemente esclarecido se as *anti-suit injunctions*, em apoio à arbitragem, permaneceram proibidas, nos termos do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

A despeito de toda a controvérsia em torno do cabimento das *anti-suit injunctions*, é justamente para prevenir a propositura de ações-torpedo perante tribunais-torpedo e dessa forma garantir a eficácia das convenções de arbitragem que as partes utilizam esse remédio, a fim de que seja emitida uma ordem judicial que proíba a outra parte de ingressar com a ação perante outro tribunal ou seja suspenso o andamento da ação, se porventura já começou. Nessa esteira, os tribunais pertencentes à família do *common law* colocam a ênfase na importância de proteger os direitos e obrigações contratuais e o inegável poder do tribunal para defendê-los. Eles não consideram que haja interferência com a jurisdição do tribunal estrangeiro, porque as *anti-suit injunctions* são concedidas apenas *in personam*, ou seja, sempre são direcionadas contra a parte e não contra o outro tribunal. Segundo o Juiz Hobhouse, a expressão *anti-suit injunction* pareceu enganosa, “since it fosters the impression that the order is addressed to and intended to bind the foreign court” e, diante desse *misleading*, o magistrado propôs uma terminologia alternativa e passou a chamá-las de “restraining orders”.²⁵ Com o passar do tempo, não houve adeptos a essa proposta e acabou-se por compreender a *anti-suit injunction* como uma ação *in personam*, que apenas proíbe ao visado dirigir-se a um tribunal *non conveniens*, acarretando, para o prevaricador, sanções pecuniárias e até sanções de natureza penal.²⁶

Quanto ao direito fundamental de acesso à justiça, o direito do *common law* entende que, ao celebrarem uma convenção de arbitragem, as partes renunciam ao direito de usar as regras de competência para acesso à jurisdição. Além de produzir um efeito positivo, o de atribuir a um tribunal arbitral competência para decidir um litígio, a arbitragem produz um efeito negativo, o de retirar competência ao tribunal legalmente competente.²⁷ Sob esse aspecto, ainda, os tribunais ingleses enfrentam uma espécie de “campo minado”, ao delinear quando exatamente seria apropriado

ordenar uma injunção. Em última análise, o tribunal distingue duas categorias de casos: aqueles em que o tribunal foi acionado para fazer cumprir um acordo de eleição de foro - às vezes também expressado negativamente como um direito contratual de não ser processado em outro foro - e todos os outros casos.²⁸ Recorde-se, também, ser altamente discutível se a *injunctive relief* pode ser ordenada por um tribunal arbitral, sendo certo que os árbitros também têm a autoridade para ordenar *anti-suit injunctions* sob certos requisitos, nomeadamente para tutelar o processo arbitral, ou seja, quando uma parte estiver tentando fraudulentamente prejudicar a competência do tribunal arbitral. Isso vale se a convenção atribui competência a um tribunal Estadual ou a um tribunal arbitral. Essas circunstâncias fornecem “the paradigm case for the prompt issue of an injunction”.²⁹

Ainda, se o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 (Regulamento de Bruxelas reformulado) apenas incide nos processos iniciados perante os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia, as ações-torpedo ajuizadas perante os tribunais de um Estado-Terceiro não estão sujeitas ao mecanismo de litispendência e o dever dos tribunais dos outros Estados-Membros de suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base no pacto de jurisdição declare que não é competente não se estende aos tribunais dos Estados-Terceiros e, portanto, mecanismos para evitar processos paralelos, como por exemplo as *anti-suit injunctions*, estão ainda disponíveis em relação aos *third state torpedos*.

A posição de direito inglês é clara a este respeito. Na hipótese de a parte do contrato, em violação ao pacto de jurisdição exclusivo do direito inglês, iniciar um processo judicial em uma jurisdição estrangeira, aquela parte prejudicada pode apresentar uma objeção perante o tribunal estrangeiro, onde o processo foi iniciado. Se, no caso de o tribunal estrangeiro analisar o mérito do caso, em vez de, em preliminar, decidir acerca da sua competência para conhecer do caso, o réu terá direito a indenização por perdas e danos. A outra opção disponível para a parte prejudicada seria requerer uma *anti-suit injunction* perante o tribunal inglês, buscando restringir a parte que violou o pacto exclusivo de jurisdição de continuar com o processo estrangeiro. Aqui, o pacto de jurisdição também inclui a convenção de arbitragem.³⁰ Mesmo que o Regulamento (UE)

²⁵ Acórdão da *House of Lords*, julgado em 13.12.2001, in 1 WLR, 2002, p. 107 ss.

²⁶ ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem*, p. 234.

²⁷ OZLEM SUSLER, *The English Approach to Competence-Compétence*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Volume XIII, n.º 3, 2013.

²⁸ NEIL A. DOWERS, *The anti-suit injunction and the EU*, p. 961.

²⁹ Acórdão da *Court of Appeal*, julgado em 17.05.1994, In 1 Lloyd’s Rep, 1995, p. 87 ss.

³⁰ JAE SUNDARAM, *Does the judgment of the CJEU in Gazprom bring about clarity on the grant of anti-suit injunctions under the brussels I regulation?* *Denning Law Journal*, Volume 27, 2015, pp. 320-321. No caso *Swissmarine Services SA* contra

n.º 1215/2012 tenha solucionado os problemas acima mencionados, referentes aos processos paralelos e os pactos de jurisdição, permanece em aberto a questão acerca das convenções de arbitragem e os processos paralelos. A supressão do n.º 4 do artigo 29.º da proposta da Comissão Europeia deixou espaço para as partes se valerem de técnicas abusivas, quando existe uma convenção de arbitragem, como a propositura de uma ação-torpedo perante um tribunal-torpedo.

Embora seja cada vez menos controvertido o poder do tribunal arbitral para determinar medidas cautelares interinais,³¹ a propósito da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (LAV) que dispõe, a partir do artigo 20.º, acerca das providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral, ainda permanece em aberto a possibilidade de, com base na convenção de arbitragem, o tribunal arbitral ordenar seu cumprimento específico, especialmente pelo fato de os árbitros não terem poderes para adotar medidas que não sejam dentro da sua própria jurisdição.³²

Ademais, a arbitragem não pode funcionar sem o apoio e a supervisão do tribunal judicial. A assistência do tribunal é necessária para executar decisões arbitrais, nomear ou remover árbitros, determinar o local da arbitragem, proferir uma decisão prejudicial sobre o direito substantivo, prorrogar o prazo das decisões, incorporar sentenças arbitrais em sentenças judiciais, ou emitir *anti-suit injunctions* para evitar que as partes violem uma convenção de arbitragem válida, iniciando processos no exterior. A supervisão do tribunal também é necessária para rever a competência dos árbitros, examinar o procedimento de arbitragem, restringir processos de arbitragem ilegítimos e anular sentenças arbitrais em circunstâncias excepcionais.³³

Gupta Coal India Private Ltd, Acórdão da *Hight Court*, julgado em 15.01.2015, In *EWHC (Comm)*, p. 265 ss., o contrato de afiliação celebrado entre as partes continha uma cláusula de exclusividade de direito e jurisdição inglesas e o réu, em violação a essa cláusula, iniciou processos perante os tribunais em Nagpur, na Índia. O processo perante o tribunal indiano foi extinto por incompetência do tribunal, o que foi confirmado em recurso ante o Supremo Tribunal de Mumbai, na Índia, em maio de 2014. No processo iniciado perante os tribunais ingleses, decidiu-se que as custas em que os requerentes incorreram, em relação ao processo indiano, deveriam ser consideradas como perdas e danos sofridos como resultado da violação do pacto exclusivo de direito e jurisdição ingleses, a serem revertidos para a outra parte.

³¹ PAULA COSTA E SILVA, A arbitrabilidade de medidas cautelares, *Revista da ordem dos advogados*, Ano 63, abr. 2003, pp. 211-236.

³² Por todos, LAURENT LÉVI, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005, p. 120.

³³ NEIL DOWERS / ZHENG SOPHIA TANG, *Arbitration in EU*

À míngua de disposições legais referentes às *anti-suit injunctions*, a exemplo da *ICSID Arbitration Rules*, que nada dispõem a respeito, acaba-se por incluir o mecanismo das injunções a partir da noção geral de medidas provisórias, que poderão ser “recommended by the ICSID Tribunal, in the absence of an agreement to the contrary by the parties, and may also be ordered by any competent authority if the parties have so stipulated in the arbitration agreement”, o que significa dizer que as *ICSID Arbitration Rules* conferem ao *ICSID Tribunal* “the power to recommend provisional measures unless the parties have agreed otherwise, while access to other authorities, notably national courts, remains open depending on an authorization by the parties in the arbitration agreement.”³⁴

Isto levanta, direta ou indiretamente, as seguintes questões: primeiro, se uma *anti-suit injunction* deve ser tratada, em todos os aspectos, como uma medida provisória; E, dois, se tais medidas seriam proscritas pelos *ICSID Arbitrators*, com base em considerações mais gerais, nomeadamente a exclusividade da arbitragem sob os domínios da *International Centre for Settlement of Investment Disputes* ou a autoridade de qualquer tribunal arbitral de poder decidir acerca da sua própria competência. Ciente dessa controvérsia, mas com o intuito de evitar os efeitos nefastos de uma disputa judicial e de tutelar de maneira adequada a convenção de arbitragem, a *ICSID* recomendou a uma das partes que requeresse a suspensão de outra arbitragem - *the Islamabad-based arbitration* - que estava pendente.³⁵ Apesar disso tudo, a atual legislação europeia não responde se o tribunal arbitral tem poder para ordenar uma *anti-suit injunction* e dessa forma assegurar o cumprimento da convenção de arbitragem, problema que poderia ser facilmente solucionado através do *case law* do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a new proposal, *Groningen Journal of International Law*, volume III, n.º 1, 2015, p. 126

³⁴ D. KERAMEUS KONSTANTINOS, *Anti-suit injunctions in ICSID Arbitration*, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005, p. 132.

³⁵ Decisão do *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, julgado em 06.08.2003. Disponível em <https://www.italaw.com>. Tais medidas, portanto, podem ser apenas recomendadas, jamais ordenadas ou prescritas. Consequentemente, não há maiores consequências em caso de descumprimento da recomendação do Tribunal. A decisão foi amplamente analisada em D. KERAMEUS KONSTANTINOS, *Anti-suit injunctions in ICSID Arbitration*, pp. 131-137. O autor, após analisar a complexidade do tema conclui que “anti-suit injunctions may open the way to retaliation and judicial war.”

3. As *Anti-Suit Injunctions* ordenadas por Tribunais Arbitrais no Âmbito Europeu

É amplamente discutível no âmbito europeu se os tribunais arbitrais são competentes para ordenar uma *anti-suit injunction*. A solução para este problema depende em grande parte da natureza e dos efeitos das convenções de arbitragem. A este respeito, duas teorias devem ser consideradas. De acordo com teoria processual, a convenção de arbitragem simplesmente confere aos árbitros o poder de avaliar autonomamente se eles são competentes para se pronunciar sobre o mérito da causa (*Kompetenz-Kompetenz*), mas não impede as partes de instaurarem processos judiciais.³⁶ Em outras palavras, os árbitros podem invocar a convenção de arbitragem para definir sua jurisdição, mas não proibir as partes e impedi-las de recorrer aos tribunais judiciais contra a convenção de arbitragem. Se a ação judicial for proposta, cabe ao tribunal declinar da competência e encaminhar as partes à arbitragem, conforme disposto no Artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque de 1958. De acordo com a teoria contratual, a convenção de arbitragem é um contrato celebrado entre as partes e o tribunal arbitral exerce jurisdição sobre os litígios dele decorrentes. Por conseguinte, a existência de uma convenção de arbitragem válida confere poderes aos árbitros não apenas para processar e julgar os litígios decorrentes da relação jurídica referida no contrato, mas também a ordenar o cumprimento das decisões arbitrais. Deste ponto de vista, ao emitir uma ordem - *arbitral anti-suit injunction*, o tribunal arbitral estaria a executar um contrato sobre o qual ele tem jurisdição e competência.³⁷ A teoria contratual tem sido criticada nos sistemas de *civil law*, na medida em que define a convenção de arbitragem como um contrato de direito material, segundo o qual os árbitros têm poderes para afastar a jurisdição dos tribunais estaduais. Além disso, afirma-se que a jurisdição é algo que se declara e não algo que pode ser ordenado. Consequentemente, declarar a jurisdição permite ao árbitro se pronunciar sobre o mérito da causa instaurada perante ele, mas não inclui o poder de afastar a jurisdição de outros tribunais.³⁸ Isso poderia fazer concluir, de forma apressada, que *arbitration anti-suit injunctions* sejam apenas admissíveis nos sistemas jurídicos do *common*

law, em que a convenção de arbitragem é vista como um contrato entre as partes, cujo cumprimento pode ser determinado pelos árbitros. Em contrapartida, se a convenção de arbitragem possui natureza processual, como nos sistemas de *civil law*, os árbitros poderiam firmar a sua competência, mas não prevenir a jurisdição dos tribunais estaduais por meio de *anti-suit injunctions*. Caberia apenas aos tribunais estaduais encaminhar as partes à arbitragem sempre que o processo fosse instaurado em desacordo à convenção de arbitragem válida.

O Tribunal de Justiça da União Europeia acabou por pronunciar-se, algumas vezes, quando suscitada uma questão prejudicial, acerca da compatibilidade das *anti-suit injunctions* com o direito da União Europeia e, especificamente, no âmbito das convenções de arbitragem. No caso *Turner contra Grovit*, o requerente, cidadão inglês, que trabalhou temporariamente em Espanha, foi repentinamente demitido e em maio de 1997 iniciou processos em Inglaterra contra seu ex-empregador, sob o argumento de ter sido demitido sem justa causa. Todavia, em julho de 1998, o empregador iniciou processos de indenização por quebra de contrato de trabalho contra o requerente perante o Tribunal de Madrid. *Turner*, por sua vez, intentou em Inglaterra uma *anti-suit injunction* para obstar os processos espanhóis sob o fundamento de que “spanish proceedings were brought in bad faith and with the intent of obstructing the ongoing English proceedings”.³⁹

Tanto a *Court of Appeal* como a *House of Lords* entenderam que era compatível com o Regime de Bruxelas e emissão de uma injunção por parte de tribunais ingleses para impedir os processos instaurados em Espanha se esses processos foram iniciados “only to harass and oppress the English plaintiff.”⁴⁰ Mesmo assim, a *House of Lords* reconheceu que a matéria revelava controvérsia e remeteu a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que por sua vez definiu que a Convenção de Bruxelas e de Lugano de 1988 se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado-Contratante profira uma injunção pela qual proíbe a parte, num processo que aí se encontra pendente, que intente ou prossiga uma ação judicial num órgão jurisdicional de outro Estado contratante, mesmo que essa parte tenha atuado de má-fé, com o objetivo de entravar o processo já pendente, dado que tal proibição constitui uma ingerência

³⁶ LAURENT LÉVI, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, p. 119.

³⁷ PIETRO ORTOLANI, *Anti-suit injunctions in support of arbitration under the Recast Brussels I Regulation*, *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law - Working Paper Series*, volume VI, 2015, p. 11.

³⁸ LAURENT LÉVI, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, p. 120.

³⁹ THALIA KRUGER, *The anti-suit injunction in the european judicial space: Turner v Grovit*, In *The international and comparative law quarterly*, volume VIII, n.º 4, out. 2004, p. 1031.

⁴⁰ JONATHAN HILL / CHRISTOPHER CLARKSON, *Clarkson & Hill's conflict of laws*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 157-158.

na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas.⁴¹ Como fundamento da decisão, mencionou-se que quando o requerente se vê confrontado com uma decisão que o proíbe de intentar uma ação num outro Estado-Contratante, existe uma ingerência na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas, pois que essa ingerência é contrária ao princípio da confiança mútua que está na base da Convenção e obsta a que um órgão jurisdicional, salvo casos específicos, fiscalize a competência do órgão jurisdicional de outro Estado-Contratante.

Assinale-se, pela importância, que o caso *Turner* era daqueles que a própria *House of Lords* hesitava em ordenar a *injunctive relief*, já que não se tratava de ruptura de cláusula de eleição de foro celebrada em contrato, ou seja, a injunção emitida pelos tribunais ingleses, apesar de ser um mecanismo efetivo para prevenção de processos paralelos no âmbito europeu, não estava a tutelar o direito contratual de não ser processado em Espanha, e nem mesmo se podia argumentar que a emissão de uma injunção não implicaria interferência na jurisdição do tribunal estrangeiro, sendo esse último argumento extremamente frágil. O argumento central da incompatibilidade das *anti-suit injunctions* com a Convenção, repita-se, foi o princípio da confiança mútua. Simplesmente pelo fato de que a Convenção não permite a fiscalização da competência de um tribunal pelo tribunal de outro Estado-Contratante, nem mesmo para a realização de um dos objetivos da Convenção, que é o de minimizar o risco de contradição entre as decisões e evitar a multiplicação dos processos, visto que a utilização da injunção priva do seu efeito útil os mecanismos específicos previstos pela Convenção em caso de litispêndia e de conexão.⁴² A doutrina, de modo geral, sufraga esse

entendimento. Argumenta-se, com propriedade, que a certeza jurídica e a segurança jurídica viabilizam condições institucionais para a autodeterminação da pessoa (“citizens to live autonomous lives”) e para o desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (“mutual trust”).⁴³

Agora, no que toca especialmente ao direito arbitral, durante vários anos os tribunais ingleses consideraram que, no caso em que as partes pactuaram uma convenção de arbitragem, o objeto do pedido na *injunctive relief* para restringir a parte de iniciar um processo em violação à convenção era simplesmente “arbitragem” e, em virtude do disposto na alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001, essa *injunction* ficava fora do âmbito de incidência do Regulamento Bruxelas I.⁴⁴ Ao excluírem a arbitragem de seus domínios, a relação dos regulamentos, especialmente a do Regulamento (CE) n.º 44/2001 com a arbitragem não se revelou particularmente problemática até à sua grande deficiência ter sido revelada no célebre caso *West Tankers*, julgado em 10 de fevereiro de 2009, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.⁴⁵ O caso revelou a problemática da tramitação simultânea de processos perante jurisdições diferentes, resultantes de ações-torpedo. Tais processos conduzem a uma incerteza jurídica considerável para as partes e ao risco de decisões contraditórias sobre a validade da convenção de arbitragem e sobre o mérito da causa.

Nesse caso, o navio *the Front Comor*, pertencente à *West Tankers*, foi afretado sob o formulário “Asbatankvoy” em 24 de julho de 2000 pela *Erg Petrol SpA* para transportar uma carga de petróleo até a refinaria do afretador, em Itália. No local, o navio colidiu com um cais, pertencente à *Erg Petrol SpA*, causando-lhe danos substanciais e interrompendo-lhe as atividades. A carta de afretamento, utilizada em transportes de petróleo, continha uma cláusula de arbitragem para resolução dos litígios em Londres. A empresa italiana foi indenizada por suas seguradoras até o limite de suas apólices de seguro, regidas pela lei italiana, em mais de 15 milhões de Euros, mas a indenização não cobriu todo o prejuízo.⁴⁶ Em relação

⁴¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 27.04.2004, disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁴² Portanto, como refere a doutrina “The Court of Justice in *Turner* effectively banned the use of anti-suit injunctions in situations where the Brussels Convention allocates jurisdiction. Applying the doctrine of mutual trust, the court first-seised which has accepted jurisdiction must allow a court second-seised to determine its own jurisdiction under the Convention, which would mean staying proceedings or declining jurisdiction under the *lis pendens* rule. English courts would thus no longer be able to issue anti-suit injunctions against proceedings in another member state to protect litigants where the English court has jurisdiction under the Convention, which would include cases where the English court is designated in an exclusive choice of court agreement.” NEIL A. DOWERS, *The anti-suit injunction and the EU*, p. 967.

⁴³ No original: “legal certainty and legal security enables citizens to live autonomous lives in circumstances of mutual trust”. NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the rule of law - A theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005. p. 16.

⁴⁴ JONATHAN HILL / CHRISTOPHER CLARKSON, *Clarkson & Hill's conflict of laws*, pp. 163-166.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 10.02.2009, disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁴⁶ Arbitration Act 1996 – Sez. 66. 1 e 2 – Scopo. Q.B.D. – Commercial Court 6 aprile 2011 (con nota di G. VALLAR), In

ao remanescente, não coberto pelas apólices, a *Erg* instaurou um processo de arbitragem contra a *West Tankers* em Londres, quando esta negou ser responsável pelos danos. Por sua vez, as seguradoras, invocaram a sub-rogação legal nos direitos da *Erg*, de acordo com art. 1916 do Código Civil Italiano, e propuseram uma ação no Tribunal de Siracusa para recuperarem, da *West Tankers*, os valores pagos a título de indenização sob as apólices de seguro.⁴⁷ A *West Tankers*, em resposta, invocou a preterição de tribunal arbitral, com fundamento na convenção de arbitragem. Paralelamente, a *West Tankers* ingressou com uma ação na *High Court of Justice* e requereu que o litígio entre ela e as seguradoras fosse submetido à arbitragem, por força da dita convenção. A *West Tankers* pediu também que fosse emitida uma *injunctive relief*, proibindo as seguradoras de recorrerem a um processo diferente da arbitragem e de prosseguirem a ação proposta em Itália. A *High Court of Justice* deferiu os pedidos da *West Tankers* e concedeu a *anti-suit injunction*. Inconformadas, as seguradoras interpuseram recurso da decisão para a *House of Lords*, basicamente sob o argumento de que a arbitragem foi excluída do âmbito de aplicação do Regime de Bruxelas por força da alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001.

Por sua vez, a *House of Lords*, apesar de sempre ter decidido de acordo com o precedente *the Angelic Grace*,⁴⁸ que acabou por sedimentar “a more

Rivista di Diritto Marittimo, volume IV, 2011, p. 1376.

⁴⁷ As seguradoras *Allianz* e *Generali* invocaram o direito de sub-rogação legal, que resulta do art. 1916 do Código Civil Italiano, independentemente de qualquer declaração do credor ou do devedor. Como as seguradoras não indenizaram todo o prejuízo sofrido pela *Erg*, não se sub-rogaram na totalidade do crédito, mas apenas no montante por elas satisfeito. Assim, mesmo que o credor tivesse prestado quitação pela totalidade, restou caracterizada uma sub-rogação parcial. A questão substancial colocada nos processos era, basicamente, saber se a *West Tankers* estava protegida pela cláusula de “exclusão dos erros de navegação” contida no contrato de afretamento, ou se deveria ser submetida às regras de Haia. Estavam em jogo o direito à sub-rogação, regido pela lei italiana, considerada a lei dos contratos de seguros, e a circunstância de o pedido das seguradoras estar dentro da convenção de arbitragem, regida pelas leis inglesas.

⁴⁸ Nesse precedente, proprietários panamenhos de um navio oceânico deixaram-no para fretadores italianos realizarem o transporte de grãos do porto de Rio Grande, no Brasil, para os portos do Mar Adriático italiano. Durante as operações de descarga em um porto italiano, ocorreu uma colisão entre esse navio e um elevador flutuante de propriedade dos fretadores. Ambos os navios foram danificados, cada um culpando o outro. Os proprietários iniciaram processos de arbitragem em Londres, contando com uma cláusula de arbitragem na parte da carta patente.

liberal approach to the jurisdiction to grant an anti-suit injunction restraining breach of an arbitration agreement,”⁴⁹ suspendeu o processo e suscitou uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Com efeito, desde o caso *the Angelic Grace*, os tribunais ingleses passaram a ordenar injunções em apoio à arbitragem, e autorizada doutrina chegou a sustentar que a tutela de uma convenção de arbitragem constitui uma situação em que a emissão de uma injunção pode ser considerada justificável.⁵⁰ A *House of Lords* questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia se seria compatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 a decisão de um tribunal de um Estado-Membro que proíbe uma pessoa de intentar ou prosseguir uma ação judicial noutro Estado-Membro, com o fundamento de que esta ação viola uma convenção de arbitragem. Devido à exclusão da arbitragem do Regulamento Bruxelas I, era totalmente concebível que o Tribunal de Justiça da União Europeia pudesse chegar a uma decisão diversa acerca do cabimento da *anti-suit injunction* em *West Tankers* daquela que foi obtida no caso *Turner*.

Entretanto, não foi o que ocorreu. O tribunal, embora tenha confirmado a exclusão da arbitragem do Regime de Bruxelas, entendeu que mesmo não incluindo a arbitragem no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, e, de fato, o regulamento “does not allocate jurisdiction where arbitration is concerned”,⁵¹ ela não pode ser decidida de forma a obstar ao efeito útil deste instrumento, que é, nomeadamente, o de unificar as regras de conflito de jurisdição e de garantir a liberdade de circulação de decisões no espaço comunitário. O tribunal mencionou que cada tribunal de um Estado-Membro tem o poder de se pronunciar sobre a sua própria competência para decidir o litígio que lhe é submetido. Com base neste argumento, que assenta na regra da *Kompetenz-Kompetenz*, o Acórdão definiu que o tribunal onde foi instaurada a primeira ação (Siracusa) mantém a faculdade de controlar a sua própria competência. Ou seja, ao tribunal no qual foi proposta a ação é sempre assegurada a faculdade

Logo depois, os fretadores iniciaram um processo perante um tribunal italiano em Veneza. Os proprietários então solicitaram ao tribunal inglês que 1) declarasse que os pedidos e as reconvenções estavam dentro do escopo da cláusula compromissória e 2) concedesse uma *injunction* para impedir os fretadores de continuar os processos em Itália.

⁴⁹ GEOFFREY FISHER, *Anti-suit injunctions to restrain foreign proceeding in breach of an arbitration agreement*, *Bond Law Review*, Volume XXII, n.º 1, 2010, p. 2.

⁵⁰ PETER SCHLOSSER *et al*, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, Set. 2007, p. 58.

⁵¹ NEIL A. DOWERS, *The anti-suit injunction and the EU*, p. 968.

de exercer a sua *competência-competência* antes de qualquer outro tribunal se poder declarar competente para apreciar a mesma ação.

O tribunal decidiu que a exceção de preterição de tribunal arbitral, suscitada pela *West Tankers*, incluindo a questão da validade da convenção de arbitragem, está abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, e que cabe, assim, exclusivamente a este tribunal conhecer dessa exceção, bem como da sua própria competência, por força da alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º e do n.º 3 do artigo 5.º do diploma legal. Referiu a decisão que a *injunctive relief* não respeitava o princípio geral segundo o qual cada tribunal está habilitado, por força das disposições que lhe são aplicáveis, a pronunciar-se sobre a sua própria competência para decidir do litígio que lhe é submetido e recordou que o Regulamento n.º 44/2001 não permite a fiscalização da competência de um tribunal de um Estado-Membro pelo tribunal de outro Estado-Membro e que a confiança mútua estabelecida entre tribunais exige essa conclusão. Decidiu, em suma, que a prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma ação judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa ação é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001.

Após a decisão do caso *West Tankers*, os tribunais ingleses limitaram a incidência do precedente *the Angelic Case*, entusiasticamente seguido por mais de uma década, apenas às situações em que a violação da convenção de arbitragem é encaminhada a uma *third state court*. Dito de outro modo, o precedente inglês passou a ser vinculativo apenas às situações em que as *anti-suit injunctions* fossem ordenadas para prevenir a instauração de processos perante os tribunais de Estados-Terceiros, fora do âmbito de incidência do *effet utile* do Regime de Bruxelas.⁵²

Todavia, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia é colocado em dúvida porque se trata “num certo sentido”, de uma variação do caso *Gasser*, em que agora, em vez de a incompetência do tribunal resultar de um pacto de jurisdição, essa incompetência decorre de uma convenção de arbitragem. A doutrina explica que se a alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento n.º 44/2001 exclui a arbitragem do seu âmbito de aplicação, nada impediria que o tribunal de um Estado-Membro ordenasse uma *anti-suit*

injunction com fundamento justamente na violação de uma convenção de arbitragem.⁵³ Sobre isso, Teixeira de Sousa conclui que se for proposta uma ação em violação a uma convenção de arbitragem, num tribunal de um Estado-Membro, competente segundo os critérios do Regulamento n.º 44/2001, esse tribunal mantém poderes para apreciar a sua própria competência com base na validade e eficácia da convenção de arbitragem, pelo que, nesta situação, não pode valer a exclusão constante da alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento n.º 44/2001. Além disso, o autor aduz que a decisão proferida numa injunção anti-petição, apesar de poder ser incluída no conceito de decisão do artigo 32.º do Regulamento n.º 44/2001, não é suscetível de ser reconhecida nem executada num outro Estado-Membro pelas razões de ordem pública que constam do n.º 1 do artigo 34.º, dado que esse reconhecimento e execução afetariam, entre outros, a própria soberania desse Estado.⁵⁴

O que se denota, depois de *West Tankers*, é que a *anti-suit injunction* passou a ser considerada pela doutrina uma “indirect interference in foreign proceedings” que “undermines the effectiveness of the Regulation in reaching its goal of developing a unified internal market where the free movement of decisions ensures both legal protection and certainty”. Além disso, evidenciou-se que “the *Kompetenz-Kompetenz* of tribunals remains untouched. This means that tribunals may decide on their jurisdiction and the merits, irrespective of court proceedings”.⁵⁵ A decisão acabou por retirar dos tribunais ingleses a competência para ordenar uma *injunction* ou, mesmo que a tivessem, a *injunction* não cumpriria seu papel de prevenir processos paralelos. O julgamento também suscitou o problema do *time-consuming litigation* e o risco efetivo de processos paralelos produzirem decisões contraditórias, além de colocar em perigo a prestigiada arbitragem inglesa, já que sem a competência para ordenar *injunctions*, provavelmente não será a Inglaterra eleita como sede da arbitragem.

Como soa óbvio, o tribunal de justiça adotou os argumentos e a abordagem característicos do sistema do *civil law* e a decisão ampliou demasiadamente o alcance do Regime de Bruxelas à arbitragem, de forma a prejudicar a efetividade das convenções de

⁵² Nesse sentido, a doutrina afirma: “It is clear that English courts will now only have power to provide anti-suit relief where overseas proceedings are initiated in a state outside of the Brussels regime.” STUART DUTSON / MARK HOWARTH. After *West Tankers* - Rise of the “Foreign Torpedo”? In *Arbitration*, Volume LXXV, n.º 3, 2009, p. 337.

⁵³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A incompatibilidade das *anti-suit injunctions*, p. 201.

⁵⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A incompatibilidade das *anti-suit injunctions*, pp. 202-203.

⁵⁵ PATRIZIO SANTOMAURO, Sense and sensibility: reviewing *west tankers* and dealing with its implications in the wake of the reform of EC Regulation 44/2001, *Journal of Private International Law*, Volume VI, n.º 2, ago. 2010, pp. 293-294.

arbitragem a tal ponto de conceder às partes liberdade para ignorarem as convenções e instaurarem processos perante o seu tribunal preferido para discutir acerca da existência ou validade da arbitragem, tudo com vistas a atrasar ou frustrar uma convenção de arbitragem através de ações-torpedo, além de enfraquecer o princípio da autonomia da vontade e diminuir a certeza jurídica no ambiente das relações comerciais, já que “businesses undoubtedly prefer the certainty of knowing that litigation will take place in a pre-agreed forum and this is a common reason for selecting arbitration as the method for dispute resolution, for instance to avoid one party having home advantage”.⁵⁶ Em outras palavras, o tribunal “clearly ruled that counter-measures to parallel proceedings, such as anti-suit injunctions, do not comply with provisions of the regulation” e, portanto, “West Tankers increases the risk that a party, reluctant to arbitrate, may seek to ‘torpedo’ a arbitration agreement, by pre-emptively filing suits elsewhere in Europe.”⁵⁷

Na sequência da decisão em *West Tankers*, uma vez que não se pôde presumir que um tribunal de um Estado-Membro da União, ao proferir uma decisão, estivesse atuando em defesa da convenção de arbitragem, passou-se a discutir, perante os tribunais ingleses, se eles poderiam ou não se recusar a reconhecer e executar uma decisão obtida num tribunal estrangeiro, em violação à convenção de arbitragem.⁵⁸ No caso *DHL GBS (UK) Ltd contra Fallimento Finmatica SpA*⁵⁹ duvidava-se de que um tribunal inglês pudesse recusar-se a reconhecer e executar uma decisão proferida por um tribunal italiano e, de fato, ao negar a suspensão da decisão, o Juiz *Tomlinson* observou que seria difícil para o tribunal rever a decisão do tribunal italiano quanto

à sua própria competência e à aplicabilidade da cláusula compromissória de arbitragem, por razões de ordem pública, partindo-se do pressuposto de que o tribunal italiano havia decidido corretamente acerca das questões de direito italiano, muito embora, em alguma extensão, pudesse examinar a questão da própria jurisdição. Assim, decidiu-se que um tribunal inglês não pode se recusar a reconhecer e executar uma decisão de um tribunal do Regime de Bruxelas, não obstante a existência de uma *binding arbitration clause*, o que corresponde ao raciocínio do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *West Tankers*.

A *High Court*, no caso *the Wadi Sudr*,⁶⁰ concluiu, com alguma hesitação, que o reconhecimento de uma decisão de um tribunal espanhol, obtida em infração à convenção de arbitragem, regida pelo direito Inglês e fora do âmbito de incidência do Regulamento, seria contrário à “public policy” inglesa e não era exigido ao tribunal Inglês reconhecer tal decisão. Contudo, interposto recurso, a *Court of Appeal* considerou que o tribunal inglês deveria reconhecer a decisão de outro tribunal europeu e não havia margem para argumentos de “public policies”, a menos que o julgamento estrangeiro pudesse ser incompatível com um “princípio fundamental da ordem jurídica” da Inglaterra.⁶¹ Isso, obviamente,

⁵⁶ STUART DUTSON / MARK HOWARTH, *After West Tankers*, p. 337. A crítica mais veemente pode ser vista quando os autores mencionam que “the decision appears to ignore the serious commercial problem of wasted time and costs incurred in dealing with vexatious overseas proceedings.”

⁵⁷ DELIA FERRI, *An end to abusive litigation tactics within the EU? New perspectives under Brussels I recast*, *Irish Business Law Review*, Volume XXI, n.º 1, 2013/2014, p. 29.

⁵⁸ A doutrina menciona o seguinte: “The step to the anti-anti-suit-injunction and so forth would be only a matter of time. Where will that lead when English courts are already reluctant to recognise a judgment delivered in breach of an anti-suit injunction or foreign anti-suit injunctions targeted at them? The procedural skirmishing whilst “torpedoing” the agreement would only be substituted through skirmishing with anti-suit injunctions. Jurisdiction would depend on which party is more likely to be scared by an anti-suit injunction. All certainty would be lost.” PATRIZIO SANTOMAURO, *Sense and sensibility*, p. 298.

⁵⁹ Acórdão da *Queens Bench Division*, julgado em 20.02.2009, in 1 *Lloyd’s Rep.*, p. 430 ss.

⁶⁰ A *Endesa* era uma empresa de eletricidade incorporada em Espanha, que comprou uma quantidade de carvão, embarcado a bordo de um dos navios da *National Navigation*, chamado *The Wadi Sudr*. O carvão foi entregue em atraso e, como resultado, a *Endesa* processou a *National Navigation Co* em Espanha. A *National Navigation Co*, em resposta, arguiu a incompetência do tribunal espanhol, como resultado da cláusula de arbitragem incorporada no conhecimento de embarque assinado entre ela e a *Endesa*. Além disso, a *National Navigation Co* iniciou processos em Londres, sob a convenção de arbitragem do conhecimento de embarque, para obter uma declaração de que não era civilmente responsável pelo atraso. O tribunal espanhol concluiu que não havia nenhuma cláusula de arbitragem incorporada ao conhecimento de embarque assinado entre ambas. No entanto, o tribunal espanhol suspendeu os seus procedimentos até que o tribunal inglês decidisse acerca da sua competência. A questão de importância central, portanto, era se o tribunal inglês estava vinculado, em virtude do Regime de Bruxelas, pela determinação do tribunal espanhol, de que a cláusula compromissória de arbitragem não havia sido incorporada no conhecimento de embarque.

⁶¹ Acórdão da *Court of Appeal*, julgado em 17.12.2009, in 1 *Lloyd’s Rep.*, 2010, p. 193 ss. Constatou da justificação do *decisum*: “(...) In my view, however much importance is attached to arbitration, or even to the principle that contracts are to be performed, it cannot be said that the failure on the part of the Spanish court in good faith to give effect in this case to an arbitration agreement imperfectly spelled out in the bill of lading (but in the eyes of English law sufficiently incorporated by reference) would involve a

aumentou significativamente a probabilidade de processos paralelos, resultando em atrasos e custos adicionais, em circunstâncias nas quais as partes tenham acordado o tribunal e as regras a que se submeteram e excluído a competência de qualquer tribunal nacional.⁶² Além disso, houve aplausos à decisão do tribunal em *West Tankers* e acenos para o enfraquecimento da tradição inglesa ante uma *Europeanisation of international private law* e a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, aliados à nova tradição do *mutual trust*, mediante a cooperação dos Tribunais de diferentes Estados-Membros e suas respectivas decisões em hipóteses de litispêndência, mais em conformidade com o Regime de Bruxelas, a Convenção de Haia e o mundo globalizado.⁶³

A falta de clareza em alguns aspectos do caso *West Tankers* e a confusão existente entre arbitragem e litigância comum suscitaram diversas incertezas e com a edição do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 os pactos de jurisdição receberam tratamento diverso daquele dado pelo tribunal de justiça no caso *Turner*. De acordo com a nova regra, os processos perante um tribunal eleito num pacto de jurisdição poderão prosseguir, independentemente de esse tribunal ter sido demandado em primeiro ou em segundo lugar. Os demais tribunais dos outros Estados-Membros devem suspender os processos, uma vez que o tribunal eleito no pacto tenha sido demandado, e, dessa forma, será ampliada a eficácia dos pactos de jurisdição de uma forma muito menos invasiva do que a emissão de uma injunção anti-petição por um tribunal de um Estado-Membro sobre o outro tribunal. Já o mesmo não pode ser dito com relação às convenções de arbitragem, que não foram estatuídas pelo Regulamento de Bruxelas reformulado no que diz respeito à emissão de *anti-suit injunctions* para a tutela dessas convenções, o que resultou no direito “to commence parallel court proceedings alongside arbitration,”⁶⁴ mesmo havendo, desde antes, alguns esperançosos “regarding arbitration agreements”.⁶⁵

manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the United Kingdom or of a right recognised as being fundamental within that legal order.”

⁶² Amplamente, STUART DUTSON / MARK HOWARTH, *National Navigation Co v Endesa Generacion SA (The Wadi Sudr): Dead Ahead? West Tankers sails on in the Court of Appeal in The Wadi Sudr*, In *Arbitration*, Volume LXXVI, mai. 2010, pp. 374-385.

⁶³ Por todos, NEIL A. DOWERS, pp. 970-971.

⁶⁴ NEIL A. DOWERS, *The anti-suit injunction and the EU*, p. 972.

⁶⁵ GORDON BLANKE, *The ECJ's recent jurisprudence on anti-suit injunctions under the Brussels Convention: a promising début for a more prominent role for arbitration in european commercial dispute resolution at the dawn of the 21st*

Até que, no ano de 2013, surgiu uma disputa judicial, relativamente à uma convenção de arbitragem, com uma séria oportunidade para o Tribunal de Justiça da União Europeia tomar novamente uma posição a respeito, o caso *Gazprom*. O caso adveio de uma controvérsia entre a *Gazprom* e o Estado Lituano, ambos os principais acionistas da empresa Lituana de fornecimento de gás *Lietuvos Dujos*. As relações entre os acionistas continham uma cláusula compromissória de arbitragem.⁶⁶ O litígio entre a *Gazprom* e o Estado lituano surgiu após a Lituânia constatar que o preço do gás, constante da alteração consecutiva da fórmula de preços, não era justo e contrariava os interesses de *Lietuvos Dujos*. Diante dessa alteração, a República da Lituânia, por meio do Ministério da Energia, em 25 de março de 2011, apresentou uma ação perante o Tribunal Nacional em Vilnius, Capital da Lituânia, e requereu que o tribunal determinasse à *Lietuvos Dujos* que entrasse em negociações com *Gazprom*, a fim de chegarem a um preço justo e correto para a compra de gás.

Em 29 de agosto de 2011, a *Gazprom* iniciou um processo perante o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, na Suécia, com base no argumento de que a ação proposta perante os Tribunais Lituanos violava a cláusula compromissória de arbitragem, e suscitou, em exceção, que o processo lituano violava a convenção de arbitragem celebrada entre ambos, além de requerer ao tribunal arbitral uma ordem de injunção para que fosse procedida à desistência da ação proposta perante os tribunais lituanos. O tribunal arbitral, com assento em Estocolmo, em 31 de julho de 2012, deu como provada a violação parcial da cláusula compromissória constante do acordo de acionistas e ordenou, através de uma *anti-suit injunction*, que a Lituânia retirasse determinados pedidos judiciais. O cumprimento dessa injunção anti-petição foi submetido, em primeiro lugar, ao Tribunal de Apelação e, posteriormente, ao Supremo Tribunal da Lituânia e este, em 20 de novembro de 2013, recusou reconhecer e executar a decisão arbitral, tendo em vista que o tribunal arbitral, assim agindo, teria negado a esse órgão jurisdicional nacional o poder de que dispõe para se pronunciar

century? In *European Business Law Review*, Vol 16, n.º 3, 2005, p. 591.

⁶⁶ A cláusula 7.14 deste acordo continha uma convenção de arbitragem nos termos da qual “todos os pedidos, litígios ou infrações relacionados com este acordo ou com a sua violação, a sua validade, os seus efeitos ou a sua rescisão serão definitivamente julgados por meio de arbitragem, em conformidade com o regulamento de arbitragem do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. A arbitragem terá lugar em Estocolmo, Suécia, os árbitros serão em número de três (todos nomeados pelo Instituto de Arbitragem) e a língua da arbitragem será o inglês”.

sobre a sua própria competência, além de ter violado a soberania nacional da República da Lituânia, o que era contrário às ordens públicas lituana e internacional. Assim, novamente a questão prejudicial sobre a imposição de uma injunção, agora por parte de um tribunal arbitral, que proíbe uma ação perante um tribunal de um Estado-Membro e impede a formação de processos paralelos pendentes perante um tribunal arbitral e um tribunal estadual, foi suscitada perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. O julgamento dessa controvérsia poderia definitivamente solucionar o problema das *anti-suit injunctions* utilizadas como remédio jurídico capaz de impedir a formação de processos paralelos e a consequência de os tribunais estaduais poderem recusar-se ao cumprimento dessas injunções e fim de preservarem a sua *Kompetenz-Kompetenz*.

Todavia, o Tribunal assentou que o reconhecimento e a execução de uma decisão arbitral emitida por um tribunal arbitral da União Europeia deve reger-se de acordo com o direito nacional aplicável e o direito internacional do Estado do cumprimento, ou seja, a Convenção de Nova Iorque. Assim, concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia que o Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro reconheça e execute, ou recuse reconhecer e executar, uma decisão arbitral que proíbe uma parte de apresentar certos pedidos num órgão jurisdicional desse Estado-Membro, na medida em que esse regulamento não rege o reconhecimento e a execução, num Estado-Membro, de uma sentença arbitral proferida por um tribunal arbitral noutro Estado-Membro.⁶⁷ A este respeito, o tribunal recordou que o Regulamento n.º 44/2001 não autoriza, com algumas exceções limitadas, a fiscalização da competência de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro por um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro e que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro nunca se encontra, portanto, mais bem colocado para se pronunciar sobre a competência de um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro.

Como o Regulamento de Bruxelas reformulado incide apenas nos processos iniciados a partir de 10 de Janeiro de 2015, não foi aplicado ao caso *Gazprom*, sendo a “lei aplicável” o Regime de Bruxelas, na sua versão contida no Regulamento n.º 44/2001, de modo que o tribunal praticamente não atribuiu grande valor às *anti-suit injunctions* como remédio jurídico eficaz contra processos paralelos. A decisão não enfrentou as disposições novas, embora de alcance limitado, que o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 aprovou, principalmente o seu considerando (12), no

que se refere à arbitragem internacional, que não se aplicavam ao caso, segundo a decisão. Lamenta-se que o tribunal poderia ter efetuado, mas não levou a efeito, uma ou mais observações, em *obiter dictum*, relativamente a estas novas disposições, constantes do Regulamento (UE) n.º 1215/2012,⁶⁸ mesmo havendo sugestão do Advogado-Geral, nos seguintes termos: “É certo que este regulamento só será aplicável a partir de 15 de janeiro de 2015, mas, tal como a *Gazprom*, os Governos lituano, alemão e francês, a Comissão e a Confederação Suíça, penso que o Tribunal de Justiça deve tê-lo em conta no presente processo, uma vez que a principal novidade deste regulamento, que reproduz a exclusão da arbitragem do seu âmbito de aplicação, não reside tanto no texto do dispositivo, mas sobretudo no seu considerando 12, que, na realidade, um pouco à maneira de uma lei interpretativa retroativa, explica como essa exclusão deve e sempre deveria ter sido interpretada.”⁶⁹

O tribunal não seguiu a sugestão, apenas limitou o Acórdão ao Regulamento de Bruxelas I e não fez qualquer alusão de que em *West Tankers* se decidiu de forma incorreta, sendo a única *distinguishing* realizada entre os julgados no sentido de que em *West Tankers* se examinou uma injunção emitida por um tribunal estadual em vez de uma *injunction* emitida por um tribunal arbitral, como no caso *Gazprom*. Isso sem falar que decidir de outro modo poderia ser interpretado como conferir supremacia à arbitragem em relação aos tribunais estaduais, o que poderia ensejar o desequilíbrio entre esses dois sistemas de resolução de conflitos. Portanto, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, os tribunais de um Estado-Membro permanecem no direito de recusar-se a reconhecer e executar uma decisão arbitral proferida no âmbito das *anti-suit injunctions*, nos termos do Regulamento n.º 44/2001, que assenta na regra da *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, na possibilidade de qualquer tribunal de qualquer Estado-Membro analisar a sua própria competência, não podendo admitir que um tribunal possa impedir outro tribunal de aferir a sua competência, o que, nas palavras da doutrina, significa dizer que se há algo que obsta à competência do tribunal no qual a ação foi proposta - nomeadamente, um acordo das partes -, tem de ser o próprio tribunal que deixa de ser competente a apreciar a validade e eficácia desse acordo.⁷⁰

⁶⁸ GUIDO CARDUCCI, Notes on the EUCJ’s ruling in *Gazprom*: *West Tankers* is unaffected and *anti-suit injunctions* issued by arbitral tribunals are not governed by EU Regulation 44/2001, In *Arbitration International*, volume XXXII, n.º 1, 2016, p. 115.

⁶⁹ Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, 04.12.2014, disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁷⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A incompatibilidade das *anti-suit injunctions*, p. 204.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 13.05.2015, disponível em <http://curia.europa.eu>.

O tribunal ainda considerou que um obstáculo, através da injunção, ao exercício, por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, dos poderes que lhe são atribuídos pelo Regulamento n.º 44/2001, abala a confiança mútua que os Estados-Membros concedem reciprocamente aos seus sistemas jurídicos e às respectivas instituições judiciárias que se traduz pela harmonização das regras de competência dos órgãos jurisdicionais. Também pelo fato de que em *West Tankers* o tribunal reconheceu que a injunção anti-petição não respeitava o direito do tribunal italiano de determinar, por si próprio, se era competente para decidir do litígio que lhe tinha sido submetido e violava o princípio, impedindo o acesso à justiça estatal de um demandante que considerava a convenção de arbitragem nula, ineficaz ou insuscetível de aplicar. Em outras palavras, o tribunal assentou que “arbitral awards, with or without an anti-suit injunction, are outside the scope of Regulation 44/2001 and their recognition and enforcement in the EU are not governed by the Regulation”. This Court’s ruling does not affirm, and should not be taken as affirming: ‘arbitral tribunals may issue anti-suit injunctions in the EU under Regulation 44/2001’. Regulation 44/2001 does not address arbitral tribunals, nor does it govern this issue of whether arbitral tribunals may, or may not, issue anti-suit injunctions within the EU.”⁷¹

Dessa forma, contrariando os interesses daqueles que não ficaram satisfeitos com a decisão do tribunal no caso *West Tankers* e esperavam que essa nova decisão mudasse e melhorasse o *status* das *anti-suit injunctions* no âmbito da União Europeia, o tribunal seguiu a orientação anterior e apenas mencionou que em *West Tankers* estava a examinar uma injunção anti-petição emitida por um tribunal estadual em vez de uma *injunctive relief* emitida por um tribunal arbitral, como no caso *Gazprom*.⁷² Essa decisão

⁷¹ GUIDO CARDUCCI, Notes on the EUCJ’s ruling in *Gazprom*, p. 121.

⁷² Nesse sentido, GUIDO CARDUCCI, Notes on the EUCJ’s ruling in *Gazprom*, pp. 111-117. O autor entende que deve haver uma análise mais profunda desse tema por parte do Tribunal, que examina essas questões desde a elaboração da Convenção de Bruxelas, em 1968: “What can be briefly observed here is that the relationships between arbitration and court proceedings in the EU should have been examined in depth, dealt with greater care and regulated, only where appropriate, constructively by suitable provisions in the respect of the distinct philosophies of court and arbitration proceedings, since the elaboration of the Brussels Convention in 1968. To the contrary, such relationships between international arbitration and arbitration-related court litigation have been fundamentally disregarded and, at best, postponed to future consideration, by a radical one-fits-all ‘exclusion’ of ‘arbitration’ as a whole from the Brussels Convention in 1968. The exclusion was then

consolidou aquilo que se passou a designar “the EU ban on anti-suit injunctions.”⁷³ No entanto, deve ser registada a posição do Advogado-Geral no caso *Gazprom*, segundo a qual, contrariamente ao que foi decidido, admitiu que as *anti-suit injunctions* ordenadas por tribunais arbitrais sejam compatíveis com o Regulamento de Bruxelas, se tomado em consideração que a sentença arbitral e a injunção nela contida vinculam a pessoa a que se destina, ordenando-lhe que desista de parte da sua ação nos tribunais lituanos, na medida em que, de acordo com o tribunal arbitral, essa ação está parcialmente abrangida pelo âmbito de aplicação da convenção de arbitragem. Sobre a sentença arbitral poder prejudicar o efeito útil do Regulamento Bruxelas I, mencionou o Advogado-Geral que os tribunais arbitrais não podem estar vinculados pelo princípio do *mutual trust*, pois a confiança mútua não pode obrigar esses tribunais, cujo reconhecimento e execução das decisões por eles proferidas estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958, tendo em vista que a alínea *d* do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento Bruxelas I exclui a arbitragem do seu âmbito de aplicação. Nesse sentido: “É evidente que um tribunal arbitral constituído com base numa convenção de arbitragem celebrada livremente entre duas partes não é um tribunal de um Estado-Membro”, justificou.⁷⁴ Assim sendo, a ideia de confiança mútua

maintained in the revised Convention, and again in the EU Regulations 44/2011 and 1215/2012. Certainly, the Court’s ruling in *West Tankers* has drawn since 2009 such an attention that the EU authorities and Member States gave more consideration than in the past to such relationships, when they negotiated the Regulation 1215/2012. However, a EU Commission’s interesting proposal that could have, not only been further improved, but also solved some of the difficulties that may at times arise between arbitration and court proceedings, has been rejected from the final text of Regulation 1215/2012. Such rejection seems to lack clear and unanimously approved grounds. The final result in Regulation 1215 is of some value, but far from a well-thought mechanism dealing effectively with the exclusion of arbitration from Regulations 44/2001 and 1215/2012, on the one side, and the unavoidable situations where national courts are faced with one or more aspects of, or requests related to, an arbitration in the EU, on the other.”

⁷³ Por todos, NEIL ANDREWS, *The three paths of justice. Court proceedings, arbitration, and mediation in England*, 2.ª edição, Cambridge, Springer, 2018, p. 35. O autor admite que “the ban is much regretted by common law lawyers.”

⁷⁴ Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, publicadas em 04.12.2014. Contra, no sentido de que um Estado-membro pode invocar o princípio da confiança mútua para negar o reconhecimento e a execução de uma *anti-suit injunction* emitida por um tribunal arbitral de acordo com o artigo V (2) da Convenção de Nova Iorque de 1958. PIETRO ORTOLANI, *Anti-suit injunctions in support of*

não poderia vincular os tribunais arbitrais e com base nesse argumento a solução limitar-se-ia apenas aos casos em que a injunção anti-petição fosse ordenada por um tribunal estadual pertencente a um Estado-Membro contra um processo iniciado perante um tribunal de outro Estado-Membro, e, desta feita, a injunção seria o único remédio efetivo de que dispõe um tribunal arbitral para satisfazer o pedido do requerente que considera ter sido a convenção de arbitragem violada pela outra parte ao iniciar processos paralelos perante um tribunal-torpedo.

Sob certos aspectos, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Gazprom*, que não seguiu as Conclusões do Advogado-Geral, é boa para a arbitragem, porque esclarece que as decisões de um tribunal arbitral ficam fora do âmbito de aplicação do Regulamento de Bruxelas I. No entanto, é decepcionante que o tribunal não tenha, ainda que em *obiter dictum*, abordado a questão de saber se, nos termos do Regulamento de Bruxelas reformulado, uma *injunctive relief* ordenada por um tribunal arbitral está também fora do seu alcance. Assim, deixa-se a porta aberta para uma discussão futura à luz do poder dos árbitros de protegerem a sua jurisdição arbitral e, quem sabe, o tribunal reconsidere a decisão, na perspectiva do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, sendo esta a melhor opção para as partes que procuram impor convenções de arbitragem que sejam eficazes e invioláveis. Nesse sentido parece ser a posição da doutrina, que admite a emissão de *anti-suit injunctions* “where such measures appear necessary to protect the arbitral proceedings”⁷⁵, desde que o árbitro atue com extrema cautela. Essa posição encontra base jurídica no argumento do *common law* de que as *anti-suit injunctions* dirigem-se às partes e não aos tribunais, são ordenadas *in personam*,⁷⁶ daí caberia averiguar se elas são realmente incompatíveis com o Regulamento n.º 44/2001, que regula a competência dos tribunais e a sua apreciação por estes, e não o comportamento das partes em demandas pendentes.⁷⁷

arbitration, p. 16.

⁷⁵ LAURENT LÉVI, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, pp. 123-126. Prossegue ao referir que “In so doing, arbitrators must ensure that these measures do not violate a party’s fundamental right of seeking relief before national courts, that the conditions for granting interim measures are satisfied and that the measures envisaged are appropriate.” Após, descreve alguns tipos de medidas e as condições que podem ser determinadas e exige “extrema cautela” e “urgência”.

⁷⁶ MARTIN ILLMER, *Scope and definitions*, p. 77. Afirma, textualmente: “Being based on the *in personam* jurisdiction of the English courts, anti-suit injunctions are not directed at the foreign court, but at the claimant in the foreign proceedings.”

⁷⁷ Contra, no sentido de que “o Regulamento n.º 44/2001

No âmbito europeu, se tomadas em consideração apenas as disposições do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 e da Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, que prevalece sobre o regulamento, é possível concluir que o tribunal competente não é o único órgão com competência para apreciar a validade e a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem. Uma decisão que considerou que a essa convenção é nula, ineficaz ou inaplicável e que, por isso, se pronunciou sobre o mérito da causa, não é reconhecida noutro Estado (1) se neste tiver sido proferida uma decisão que considerou aquela convenção de arbitragem válida, eficaz e aplicável (alínea c do n.º 1 do artigo 45.º do Regulamento; considerando (12), § 3.º, 1.ª parte) ou (2) se no Estado requerido puder ser reconhecida, nomeadamente segundo a Convenção de Nova Iorque de 1958, uma decisão arbitral que tenha julgado que a convenção é válida, eficaz e aplicável (alínea d do n.º 1 do artigo 45.º do Regulamento; considerando (12), § 3.º 2.ª parte). Dito de outro modo, uma ação-torpedo não previne os tribunais de outro Estado-Membro de considerar a validade de uma convenção de arbitragem e os tribunais dos Estados-Membros não estão vinculados pela decisão do tribunal de outro Estado-Membro sobre essa questão.

Ainda, sob a estreita ótica do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, o considerando (12) permite concluir que qualquer processo judicial relativo à existência de uma convenção de arbitragem deve ser considerado excluído do âmbito de aplicação do Regulamento, pelo menos até que o tribunal acionado em violação à convenção de arbitragem tenha declarado que não existe uma convenção de arbitragem.⁷⁸ Além disso, não haveria qualquer objeção a que uma injunção fosse determinada por um tribunal arbitral contra um tribunal de outro Estado-Membro, com base numa convenção de arbitragem, de acordo com o considerando (12), segundo o qual o Regulamento de Bruxelas reformulado não se aplica aos processos conexos relativos à arbitragem. Dessa forma, como, em princípio, as *anti-suit injunctions* são permitidas perante um tribunal intra-europeu, com base na convenção de arbitragem, conforme dispõe o considerando (12), *a fortiori* também a conseqüente ordem de injunção emitida pelo tribunal não violaria o Regulamento.

aceita que seja retirada competência (nomeadamente, através de um pacto de jurisdição ou de uma convenção arbitral) aos tribunais dos Estados-membros, mas não admite que seja retirada a esses tribunais a sua *Kompetenz-Kompetenz*, mesmo que com fundamento num pacto de jurisdição ou, como resulta do acórdão em anotação, numa convenção arbitral.” MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions*, p. 204.

⁷⁸ NEIL ANDREWS, *The three paths of justice*, p. 36.

Tudo isso, assinala-se, sem desconhecer que um considerando representa uma disposição que não é vinculativa do Regulamento e também sem descuidar o fato de que se houvesse o desejo de reformar o Regime de Bruxelas e excluir a aplicabilidade do Regulamento de Bruxelas reformulado às convenções de arbitragem teria havido alteração das disposições em vigor, em vez de incluir-se apenas um considerando (12) e quatro parágrafos detalhados.⁷⁹ Não se desconhece, também, que os considerandos apenas fornecem orientações sobre a forma segundo a qual um regulamento deve ser interpretado, e que, na ausência de alterações relevantes das regras previstas em Bruxelas I, o considerando (12) pode, na melhor das hipóteses, ser lido como sugestão de algumas alterações, limitadas à forma, à aplicação do regulamento na prática etc., mas não invocado como razões de uma mudança legislativa. O que, todavia, não se pode negar, é o até certo ponto “tom imperativo” em que o considerando (12) foi redigido e, em certa medida, pelo seu desejo, que uma análise adicional da questão da inclusão da arbitragem no âmbito do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 deva ser realizada e, conseqüentemente, a jurisprudência de casos como *West Tankers* e *Gazprom* possa ser revisada.

Parece ser essa a posição da doutrina quando afirma que o considerando (12) do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 apenas exclui a aplicabilidade das regras de reconhecimento e de execução de decisões em matéria civil e comercial no âmbito do direito da União Europeia, mas não o mecanismo de litispendência, no que diz respeito às convenções de arbitragem.⁸⁰ Além disso, afirma-se que a preocupação da *anti-suit injunction* é evitar táticas de litigância abusiva ao restringir o comportamento ilícito de uma das partes “and holding him to his contractual bargain”. O Regulamento também visa a prevenir a litigância de má-fé e alcança esse propósito “by granting Member State courts the opportunity to simply refuse the enforcement of the infringing Member State judgment.”⁸¹ De sorte que se pode concluir pelo cabimento das *anti-suit injunctions*, ordenadas por tribunais arbitrais, com base no seu

poder geral de cautela, como forma de prevenir a instauração, ou suspender o andamento, de processos paralelos perante tribunais dos Estados-Membros, a fim de garantir a eficácia e a inviolabilidade das convenções de arbitragem.

Em recente publicação, acerca das perturbações no cumprimento dos negócios processuais, Paula Costa e Silva parece não admitir o cabimento das *anti-suit injunctions*, ao referir que, em havendo violação da convenção de arbitragem, deve ser manejada pela parte a respectiva “exceção dilatória” no respectivo processo judicial. Isso porque, para autora, em negócios processuais, como as convenções de arbitragem, não há que se falar em deveres instituídos, muito menos em obrigações processuais. A prestigiada processualista trabalha com a noção de atribuições negociais processuais, sendo consequência dessa ideia a inviabilidade da ação de cumprimento, bastando à parte que se vê confrontada com o incumprimento defender-se “através da dedução de uma exceção”, que, uma vez julgada procedente, “a conduta indevida será julgada inadmissível” e “os efeitos da violação do parâmetro contratual são bloqueados.”⁸² Somado a isso, em recente decisão, a *High Court* inglesa, no caso *Nori Holdings* contra *Bank Otkritie*, sustentou que a proibição de *anti-suit injunctions* em violação das convenções de arbitragem, com fundamento em *West Tankers*, sobrevive ao Regulamento (UE) n.º 1215/2012. O julgador Males analisou criticamente as Conclusões do Advogado-Geral Wathelet e concluiu que não há nenhum aspecto no Regulamento que cause dúvida quanto à validade da decisão proferida em *West Tankers*, que permanece “an authoritative statement of EU law”.⁸³

Todavia, a *anti-suit injunction* pode ser interessante, na arbitragem, e normalmente o interesse no remédio jurídico *in personam* adviria da possibilidade de conseguir, junto de um tribunal estadual, uma ordem destinada a prevenir o desrespeito por uma convenção de arbitragem. Mesmo sendo dificultado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, esse resultado pode ser obtido no Continente através do efeito negativo da competência-competência. Além disso, considera-se possível, através do artigo 20 da Lei 63/2011, de 14 de dezembro, alcançar-se, junto de um tribunal arbitral, uma ordem destinada a proibir, a uma das partes, de dirigir-se a um tribunal diverso, estadual, ou mesmo arbitral, caso estejam também presentes os demais requisitos de urgência para a concessão da medida, a *sumario cognitio*, o *periculum in mora* e a proporcionalidade.⁸⁴

⁷⁹ LOUISE HAUBERG WILHELMSSEN, *The Recast Brussels I Regulation and Arbitration: Revisited or Revised?* In *Arbitration International*, Volume XXX, n.º 1, 2014, pp. 169-184.

⁸⁰ GUIDO CARDUCCI, *The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration: With Notes on Parallel Arbitration, Court Proceedings and the EU Commission’s Proposal*, In *Arbitration International*, volume XXIX, n.º 3, 2013, pp. 472-473.

⁸¹ SIMON CAMILLERI, *Recital 12 of the recast regulation: a new hope?* In *International and Comparative Law Quarterly*, volume LXII, n.º 4, 2013, p. 906.

⁸² PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento*, p. 135.

⁸³ Acórdão da *High Court*, julgado em 06.06.2018, In EWHC (Comm), p. 1343 ss.

⁸⁴ ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem*, p. 234.

No caso de descumprimento, sanções podem ser impostas, tais como *astreintes* e outras sanções pecuniárias compulsórias, e, no âmbito do sistema do *common law*, assim como os tribunais estaduais ingleses podem determinar sanções de *contempt of court*, se a parte descumpre a ordem que foi emitida na injunção anti-petição, é concebido que os tribunais arbitrais ingleses possam, sob certas condições, impor medidas dessa natureza, segundo dispõe o artigo 42 do *Arbitration Act 1996*.⁸⁵

Por fim, na análise desta questão merece ser considerado o fato de o Reino Unido ter saído da União Europeia no dia 31 de janeiro de 2020 (*Brexit*) e, num prazo ainda por determinar, os Regulamentos da União deixarão de ser aplicados às decisões proferidas pelos tribunais ingleses. Nesta fase inicial, seria prematuro tentar fazer uma análise conclusiva da situação final, que dependerá dos acordos alcançados sobre o assunto. No entanto, pode-se ressaltar que, se as disposições do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 não fossem aplicáveis ao Reino Unido, as respectivas *anti-suit injunctions* não seriam afetadas. Além disso, as decisões seriam reconhecidas e executadas no âmbito dos tratados internacionais aplicáveis, especialmente a Convenção de Nova Iorque de 1958, e teriam a mesma natureza que qualquer outra decisão emanada de um tribunal britânico. Por ora, resta aguardar o período de transição do *brexit* e talvez um posicionamento da Suprema Corte inglesa sobre a matéria.

4. Conclusão

Todas essas significativas conclusões possuem em conjunto um objetivo, qual seja, tornar invioláveis as convenções de arbitragem, e assegurar, dessa forma, a efetividade, a previsibilidade, a segurança jurídica e a confiabilidade do direito arbitral. Inviolabilidade das convenções de arbitragem no sentido de que devem ser respeitadas porque decorrem da autonomia da vontade das partes e, dessa forma, após terem consentido submeter-se à arbitragem, permanecem na obrigação de apresentar quaisquer disputas aos

⁸⁵ Para obter o cumprimento dessas sanções “arbitrators may request the assistance of a competent court in order that sanctions be imposed on their injunctions.” Observe-se, todavia, que “such a measure would not really be effective in an international context: if a party does not comply with an anti-suit injunction in a country other than the one where the seat of the arbitration is located, it will not be punished unless this behavior (i.e., the non-compliance with the order) is also punishable in the country in question.” LAURENT LÉVI, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, p. 128.

seus domínios, incluindo o dever de não exporem tais controvérsias a tribunais estaduais, em qualquer caso.

Com isso, obtém-se a segurança jurídica necessária para as relações em geral, o que inspira a previsibilidade do direito da arbitragem. Isso porque a segurança jurídica representa também a segurança da efetiva prevenção de ameaças e a repressão de violações à autonomia da vontade das partes. Daí que a inviolabilidade das convenções de arbitragem também compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica. Sob esse aspecto, os tribunais arbitrais, especialmente os ingleses são, muito provavelmente, inclinados a tomar uma posição em que tenham o poder para determinar *anti-suit injunctions* para tutelar adequada e efetivamente as convenções de arbitragem.

Por ora, esse é um problema que assim deve ser solucionado, pelo menos até que seja repensado o relacionamento do Regime de Bruxelas com a arbitragem, ou até que novamente seja reformulado o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, e, com isso, todos os Estados-Membros que possuam leis de arbitragem modernas, a exemplo de Portugal, procurarão promover-se como sede da arbitragem comercial internacional. A manutenção e a inviolabilidade das convenções de arbitragem aumentará a atratividade de um tribunal de um Estado-Membro como foro do local de arbitramento. Numa época de competição mundial em serviços jurídicos e arbitragens internacionais, uma jurisdição considerada para facilitar e apoiar a arbitragem terá uma imensa vantagem competitiva.

Referências

- ANDREWS, Neil. *The three paths of justice. Court proceedings, arbitration, and mediation in England*, 2.ª edição, Cambridge, Springer, 2018.
- Arbitration Act 1996 – Sez. 66. 1 e 2 – Scopo. Q.B.D. – Commercial Court 6 aprile 2011 (con nota di G. Vallar), In *Rivista di Diritto Marittimo*, Volume IV, 2011.
- BLANKE, Gordon, The ECJ’s recent jurisprudence on anti-suit injunctions under the Brussels Convention: a promising début for a more prominent role for arbitration in european commercial dispute resolution at the dawn of the 21st century? In *European Business Law Review*, volume 16, n.º 3, 2005.
- CAMILLERI, Simon P, Recital 12 of the recast regulation: a new hope? In *International and Comparative Law Quarterly*, volume LXII, n.º 4, 2013.
- CARDUCCI, Guido, Notes on the EUCJ’s ruling in Gazprom: West Tankers is unaffected and anti-suit injunctions issued by arbitral tribunals are not

- governed by EU Regulation 44/2001. In *Arbitration International*, volume XXXII, n.º 1, 2016.
- _____. The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and international arbitration: with notes on parallel arbitration, court proceedings and the EU commission's proposal, In *Arbitration International*, volume XXIX, n.º 3, 2013.
- CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado da arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015.
- CORREIA, A. Ferrer, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 9 reimpr., 2000.
- DOWERS, Neil / TANG, Zheng Sophia, Arbitration in EU Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a new proposal, In *Groningen Journal of International Law*, volume III, n.º 1, 2015.
- DOWERS, Neil A, The anti-suit injunction and the EU: legal tradition and europeanization in international private law, In *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, volume II, n.º 4, 2013.
- DUTSON, Stuart / HOWARTH, Mark, After West Tankers - Rise of the "Foreign Torpedo"? In *Arbitration*, volume LXXV, ago. 2009.
- _____/_____, *National Navigation Co v Endesa Generacion SA (The Wadi Sudr): Dead Ahead? West Tankers sails on in the Court of Appeal in The Wadi Sudr*, In *Arbitration*, volume LXXVI, mai. 2010.
- FERRI, Delia, An end to abusive litigation tactics within the EU? New perspectives under Brussels I recast, In *Irish Business Law Review*, volume XXI, n.º 1, 2013/2014.
- FISHER, Geoffrey, Anti-suit injunctions to restrain foreign proceeding in breach of an arbitration agreement, *Bond Law Review*, volume XXII, n.º1, 2010.
- GAILLARD, Emmanuel, Introduction, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*. Juris Publishing, 2005.
- _____, Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration, In *Pervasive problems in international arbitration*, Kluwer Law International, 2006.
- GAFFNEY, John, Should the European Union regulate commercial arbitration? In *Arbitration International*, volume XXXIII, 2017.
- HESS, Burkhard / PFEIFFER, Thomas / SCHLOSSER, Peter, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, Set. 2007.
- HILL, Jonathan / CLARKSON, Christopher, *Clarkson & Hill's conflict of laws*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ILLMER, Martin, Scope and definitions, In *The brussels I regulation recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- KOOK, Justin. Pragmatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements, *Aberdeen Student Law Review*, volume IV, set. 2013.
- KONSTANTINOS, D. Kerameus, Anti-suit injunctions in ICSID Arbitration, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005.
- KRUGER, Thalia, The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit, In *The International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, n.º 4, out. 2004.
- LÉVI, Laurent, Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators, In *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the rule of law - A theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ORTOLANI, Pietro, Anti-suit injunctions in support of arbitration under the Recast Brussels I Regulation, *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law - Working Paper Series*, volume VI, 2015.
- RAPHAEL, Thomas, *The anti-suit injunction*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SANTOMAURO, Patrizio, Sense and sensibility: reviewing west tankers and dealing with its implications in the wake of the reform of EC Regulation 44/2001, *Journal of Private International Law*, volume VI, n.º 2, ago. 2010.
- SCHLOSSER, Peter, Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation, In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- SILVA, Paula Costa e, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020.
- _____, A arbitralidade de medidas cautelares, *Revista da ordem dos advogados*, ano 63, abr. 2003.
- _____, A litigância de má fé, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- _____, Pactum de non petendo. A exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material, In *Negócios Processuais, coleção grandes temas do novo CPC*, Salvador, JusPodivm, 2015.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE)

n.º 44/2001 - Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers), In *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009.

SUNDARAM, Jae, Does the judgment of the CJEU in *Gazprom* bring about clarity on the grant of anti-suit injunctions under the brussels I regulation? In *Denning Law Journal*, volume 27, 2015.

SUSLER, Ozlem, The English Approach to Compétence-Compétence, In *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume XIII, n.º 3, 2013.

WILHELMSSEN, Louise Hauberg, The Recast Brussels I Regulation and Arbitration: Revisited or Revised? In *Arbitration International*, volume XXX, n.º 1, 2014.

VICENTE, Dário Moura / SOUSA, Miguel Teixeira de. *Comentários à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994



AAF^{DL}
EDITORA



Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Lisboa



www.livraria.aafdl.pt



217959379