CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN
apresentadas em 11 de Julho de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O presente processo é respeitante a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») de acordo com o protocolo de 3 de Junho de 1971, relativo à interpretação dos artigos 37.°, n.° 2, e 38.°, primeiro parágrafo, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial (a seguir «Convenção de Bruxelas») [1]. As questões apresentadas ao Tribunal de Justiça foram suscitadas no âmbito de um recurso de cassação interposto perante o órgão jurisdicional de reenvio por B. J. Van Dalfsen, J. Timmerman, H. Van Dalfsen, J. Harmke, e G. Van Dalfsen (a seguir «Van Dalfsen e o.») contra uma decisão do arrondissementsrechtbank te Zwolle (Países Baixos). Dizem respeito ao processo previsto nos referidos artigos da Convenção de Bruxelas relativamente ao recurso contra a autorização de execução de decisões judiciais que foram proferidas num outro Estado contratante.

2. Através das duas primeiras questões, cuja formulação é geral, o Hoge Raad der Nederlanden pretende na realidade saber, para apreciar a admissibilidade do recurso de cassação, se um recurso de cassação, tal como é previsto no artigo 37.°, segundo parágrafo, da Convenção de Bruxelas, pode ser interposto contra a recusa do arrondissementsrechtbank de suspensão da instância no recurso contra a autorização de execução. Através da terceira questão, o Hoge Raad der Nederlanden pretende saber, para apreciar o fundamento de cassação suscitado por Van Dalfsen e o., na medida em que este seja admissível, quais são os argumentos que o arrondissementsrechtbank teria podido tomar em consideração no âmbito de uma decisão nos termos do artigo 38.°, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas, pela qual decide ou não suspender a instância no recurso.

O contexto jurídico

3. Os artigos 37.°, segundo parágrafo, e 38.°, da Convenção que estão em discussão no caso em apreço fazem parte do título III, secção II da Convenção de Bruxelas (artigos 31.° a 45.°), respeitante à execução das decisões judiciais que têm força executiva no Estado em que foram proferidas. Nos termos do artigo 31.° da Convenção, essas decisões judiciais são executadas num outro Estado contratante depois de terem sido declaradas executórias a requerimento de qualquer parte interessada, pela autoridade competente segundo o artigo 32.° da Convenção e nos termos das normas inseridas nos artigos 33.° a 35.° e 42.° a 45.° dessa Convenção de Bruxelas. É especialmente importante observar que nessa fase do processo perante a autoridade judicial atrás referida, a parte contra a qual a execução é solicitada não pode apresentar alegações, que um pedido de execução só pode ser indeferido por uma das razões previstas nos

* Língua original: neerlandês.

1 — JO 1972, L 299, p. 32; EE 01 F1 p. 186.

artigos 27.° e 28.° da Convenção e que em nenhum caso a decisão pode ser objecto de revisão de mérito (artigo 34.°).

4. Se o exequatur for recusado, o requerente pode, nos termos do artigo 40.° da Convenção de Bruxelas, interpor recurso perante os órgãos jurisdicionais mencionados nesse artigo, e nos termos do artigo 41.° dessa Convenção, a decisão pode, por sua vez, ser objecto de um recurso de cassação ou de um recurso análogo.

Se o exequatur for autorizado, a parte contra a qual a execução é requerida pode, nos termos do artigo 36.° da Convenção, interpor recurso da decisão no prazo de um mês a contar da sua notificação nos órgãos jurisdicionais mencionados no artigo 37.°, primeiro parágrafo, da Convenção. Dado que, nos termos do artigo 34.°, o pedido de execução só pode ser indeferido por um dos motivos previstos nos artigos 27.° e 28.° da Convenção, o recurso contra a decisão que autoriza a execução deverá também ser baseado num desses motivos. Nos termos do artigo 39.° da Convenção; durante o prazo de recurso e na pendência de decisão sobre o mesmo, só podem tomar-se medidas cautelares sobre os bens da parte contra a qual a execução foi promovida; a decisão de permitir a execução implica a autorização para tomar tais medidas.

Se a decisão cujo exequatur é solicitado for entretanto, no Estado de origem, objecto de um recurso ordinário ou se o prazo para o interpor não tiver expirado, o tribunal de recurso pode, a pedido da parte que o interpôs e nos termos do artigo 38.°, primeiro parágrafo, da Convençãode Bruxelas, suspender a instância no recurso. Todavia, nos termos do artigo 38.°, último parágrafo, da Convenção, esse órgão jurisdicional pode igualmente sujeitar a execução à constituição de uma garantia a favor da parte contra a qual o exequatur é concedido.

Nos termos do artigo 37.°, segundo parágrafo, da Convenção, a «decisão proferida no recurso» só pode ser objecto de um recurso de cassação ou de um recurso análogo.

Matéria de facto e tramitação processual

5. Por decisão proferida em 21 de Outubro de 1986 pelo vrederechter van het kanton Herentals (Bélgica), Van Dalfsen e o. foram condenados a pagar a B. Van Loon e T. Berendsen (a seguir «Van Loon e o.») as rendas em atraso no montante de 2 700 000 BFR, acrescido de juros. Na mesma decisão, o vrederechter reconhecia, em princípio, o direito de Van Dalfsen e o. ao reembolso das despesas efectuadas com investimentos duradouros que tinham efectuado no imóvel arrendado e ordenava uma peritagem para fixar o montante dessas despesas. O vrederechter declarou a decisão «provisoriamente executória, sem prejuízo de se poder recorrer da mesma e sem caução» [2].

6. Em 17 de Dezembro de 1986, Van Dalfsen e o. interpuseram recurso dessa decisão perante o rechtbank van eerste aanleg te Turnhout (Bélgica). Por seu lado, Van Loon e o. solicitaram ao presidente do arrondissementsrechtbank atrás referido, nos termos do artigo 31.° da Convenção de Bruxelas, o

2 — Para uma exposição mais detalhada do processo perante o vrederechter belga remeto para o relatório para audiência, páginas 2 e 3.

exequatur nos Países Baixos da decisão declarada provisoriamente executória na Bélgica. Por decisão de 23 de Janeiro de 1987, o presidente do arrondissementsrechtbank autorizou a execução. Nos termos do artigo 36.° da Convenção de Bruxelas, em 2 de Abril de 1987, Van Dalfsen e o. interpuseram recurso contra essa autorização de execução perante o arrondissementsrechtbank. Todavia, solicitaram a este último órgão jurisdicional que suspendesse a instância no recurso dado que a decisão proferida pelo juiz de paz tinha, entretanto, sido objecto de um recurso na Bélgica, e dado o facto de o pedido de indemnização das despesas dos investimentos duradouros que tinha sido admitido, em princípio, pelo vrederechter, ter, entretanto, sido calculado, no âmbito de uma peritagem provisória, em 477 954 BFR.

7. Por decisão proferida em 13 de Abril de 1988, isto é, a «decisão proferida no recurso» na acepção do artigo 37.°, segundo parágrafo, o arrondissementsrechtbank declarou que, manifestamente, não era uma contestação da legalidade da concedida autorização de execução que estava na base do recurso de Van Dalfsen e o. mas unicamente o pedido de suspensão da instância no recurso. O arrondissementsrechtbank declarou o recurso não fundamentado, indeferiu o pedido de suspensão, sujeitando contudo, oficiosamente, a execução à constituição por Van Loon e o., de uma garantia bancária de 478 000 BFR até que o órgão jurisdicional estrangeiro decida o pedido apresentado a título subsidiário por Van Dalfsen e o.

8. Van Dalfsen e o. interpuseram recurso de cassação contra essa decisão perante o órgão jurisdicional de reenvio. No seu recurso, Van Dalfsen e o., sustentam que o arrondissementsrechtbank se baseou numa apreciação incorrecta do alcance do poder que o artigo 38.° da Convenção confere ao órgão jurisdicional do recurso. Segundo Van Dalfsen e o. nas suas decisões de suspensão da instância no recurso, e de subordinar a execução à constituição de uma garantia, o arrondissementsrechtbank podia tomar em consideração circunstâncias que o juiz estrangeiro tinha já podido tomar em conta na sua decisão e podia fundamentar (nomeadamente) essas decisões numa avaliação das hipóteses de sucesso do recurso ordinário já interposto ou a interpor ainda no estrangeiro [3].

9. O órgão jurisdicional de reenvio apresentou as seguintes questões:

«1) A decisão do "tribunal do recurso" de utilizar ou não, eventualmente de modo determinado, os poderes que lhe são conferidos pelo artigo 38.° da Convenção de Bruxelas, pode ser considerada uma "decisão proferida no recurso" contra a qual, em conformidade com o segundo parágrafo do artigo 37.°, da Convenção de Bruxelas, está previsto nos Países Baixos um recurso de cassação?

2) A questão de saber se as decisões baseadas no artigo 38.° da Convenção de Bruxelas, nos termos da primeira questão, estão ou não abrangidas na decisão (definitiva) pela qual se decide no recurso é relevante para a resposta a dar à primeira questão?

3 — Neste sentido, ver o n.° 7 das conclusões do procurador-geral junto do Hoge Raad der Nederlanden, juntas aos autos.

3) O "tribunal do recurso" pode utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo primeiro parágrafo do artigo 38.° da Convenção de Bruxelas

a) mesmo quando a parte recorrente não invoque, em apoio do seu pedido solicitando ao tribunal para sobrestar na decisão ou para sujeitar a execução à constituição de uma garantia, outros fundamentos para além dos que o juiz estrangeiro pôde apreciar na sua decisão,

b) apenas quando o recurso assente, em parte ou exclusivamente, em fundamentos que não tinham sido invocados no processo perante o juiz estrangeiro ou

c) apenas quando o recurso assente, em parte ou exclusivamente, em fundamentos que não tenham podido ser invocados durante o processo perante o juiz estrangeiro porque na altura a parte recorrente não tinha ainda conhecimento dos factos subjacentes aos referidos fundamentos?»

O artigo 37.°, segundo parágrafo, da Convenção de Bruxelas

10. Para apreciar a admissibilidade do recurso de cassação interposto perante o órgão jurisdicional de reenvio, este pretende saber se o artigo 37.°, segundo parágrafo, da Convenção, autoriza a interposição de um recurso de cassação contra uma decisão proferida, com base no artigo 38.°, pelo juiz a quem foi apresentado o recurso, na qual este recusou suspender a instância e ordenou a constituição de uma garantia.

O artigo 37.°, segundo parágrafo, prevê que a «decisão proferida no recurso» pode ser objecto de recurso de cassação (ou de um recurso análogo). No acórdão de 27 de Novembro de 1984, Brennero/Wendel (258/83)[4], o Tribunal de Justiça afirmou que esses termos eram de interpretação estrita e declarou que uma decisão provisória ou interlocutória que impunha (sem razão, segundo o Tribunal[5]) ao credor a constituição de uma garantia não constituía uma «decisão proferida no recurso» e não podia assim ser impugnada por um recurso de cassação (no caso, por uma «Rechtsbeschwerde»). A este respeito o Tribunal declarou:

«No âmbito da economia geral da Convenção e à luz de um dos seus objectivos principais, que é o de simplificar os processos no Estado em que a execução é solicitada, esta disposição não pode ser entendida de modo a permitir um recurso contra outra decisão diferente da que decida o recurso, como, por exemplo, um recurso contra uma decisão preparatória ou interlocutória que ordene medidas de instrução»(no n.° 15).

11. Na minha opinião, resulta do acórdão atrás referido que uma decisão do órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso pela qual este suspende a instância também não pode ser considerada uma «decisão proferida no recurso» dado que essa decisão de suspensão só pode ser proferida por uma decisão interlocutória. Todavia o mesmo

4 — Recueil, p. 3971.

5 — Com efeito, a constituição de garantia era imposta (e consequentemente a execução era autorizada) sem o que o próprio órgão jurisdicional tenha decidido o recurso (nos n.os 10 a 13).

não se passa no caso de uma decisão que recusa a suspensão ou ordena a constituição de uma garantia, dado que essas decisões pressupõem que o órgão jurisdicional decida o recurso e são, assim, normalmente inseridas (como acontece no caso em apreço) na decisão definitiva que declara o recurso não fundamentado e autoriza a execução.

Coloca-se então a questão de saber se, à luz do acórdão Brennero, convém concluir que essas decisões, que não são decisões interlocutórias mas que fazem formalmente parte da decisão definitiva, podem ser consideradas «decisões proferidas no recurso». Noutros termos, resulta do acórdão Brennero que pode ser interposto um recurso de cassação contra qualquer decisão definitiva do órgão jurisdicional que decide do recurso (critério formal) ou um recurso de cassação só pode ser interposto contra a decisão definitiva na medida em que esta diga respeito realmente ao recurso, quer dizer, na medida em que diga respeito ao mérito no caso em apreço da rejeição do recurso, o que implica uma decisão sobre um dos fundamentos previstos nos artigos 27.° e 28.° (critério material)?

12. No acórdão Brennero, o Tribunal justifica a estrita interpretação dos termos «decisão proferida no recurso» que preconiza fazendo referência a um dos objectivos principais da Convenção, que é o de simplificar os processos de execução no Estado em que é solicitada. Como os Governos neerlandês e alemão sustentam, com razão, esta consideração vai no sentido também de só fazer abranger pela expressão «decisão proferida no recurso» as decisões que digam respeito ao próprio recurso e não as decisões referidas no artigo 38.° da Convenção.

O relatório Jenard[6] sublinha também a necessidade de uma interpretação estrita do artigo 37.°, segundo parágrafo, e salienta:

«A multiplicidade dos recursos, ao permitir que a parte vencida os utilize para fins puramente dilatórios, constituiria definitivamente um entrave à livre circulação de sentenças, que é o objectivo da Convenção.»

13. Nas suas observações apresentadas perante o Tribunal de Justiça, a Comissão preconiza uma outra concepção. Considera que a decisão de suspender a instância do órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso não é manifestamente uma decisão proferida no recurso. Em contrapartida, a decisão que recusa a suspensão da instância do mesmo modo que decisão que sujeita a execução à constituição de uma garantia constituem efectivamente, segundo a Comissão, decisões proferidas no recurso, porque implicam a possibilidade de proceder à execução.

Não estou de acordo com esta última opinião. No meu entender, a concepção adoptada pela Comissão ignora o facto de que as segundas decisões, embora coincidam normalmente com a decisão sobre o mérito do recurso e, portanto, estejam incluídas numa mesma decisão, apesar disso, dizem respeito a um objectivo diferente. O processo de recurso previsto no artigo 36.° da Convenção diz respeito ao mérito do recurso e respeita um objectivo nitidamente jurídico: trata-se, no caso concreto, da questão de saber se o exequatur deve ser retirado porque não poderia ter sido concedido à luz dos motivos enumerados taxativamente nos artigos 27.° e 28.°, para os quais o artigo 34.° remete. A

6 — JO 1979, C 59, p. 51 e 52.

possibilidade de suspender a instância ou de ordenar a constituição de uma garantia prevista no artigo 38.° visa, em contrapartida, uma ponderação dos interesses do credor e do devedor: ao suspender a instância, o órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso impede o credor de promover medidas que ultrapassem medidas provisórias; ao sujeitar a execução à constituição de uma garantia, protege os interesses do devedor em caso de execução, na perspectiva de uma alteração eventual, em recurso, da decisão judicial estrangeira. Noutros termos, as decisões adoptadas na matéria pelo tribunal de recurso são acompanhadas de modalidades de execução. Em consequência, se recusa suspender a instância ou ordena a constituição de uma garantia, toma uma decisão relativa às modalidades de execução. Essa decisão pressupõe certamente que seja adoptada na mesma altura uma decisão quanto ao mérito do recurso mas deve ser distinguida dela.

14. Tendo em consideração a necessidade de que o processo, no Estado em que a execução é solicitada, seja tão simples quanto possível e tendo em consideração o objectivo diferente dos processos referidos no artigo 36.° e no artigo 38.°, considero assim poder afirmar, em resposta à primeira questão prejudicial, que os termos «decisão proferida no recurso» são referentes às decisões que dizem directamente respeito ao mérito do recurso. Aliás, estas parecem ser as únicas decisões plenamente susceptíveis de um recurso de cassação, dado que dizem respeito a questões de direito no sentido estrito do termo, ao passo que as decisões adoptadas no âmbito dos processos referidos no artigo 38.° visam, essencialmente, uma ponderação de interesses.

Assim, optarei de preferência por um critério material do que por um critério fundado unicamente na natureza formal da decisão. Deste modo há que responder à segunda questão prejudicial no sentido de que, mesmo quando uma decisão fundamentada no artigo 38.° estiver contida na mesma decisão (definitiva) que a decisão que diz realmente respeito ao recurso, só é possível um recurso de cassação contra essa decisão definitiva se esta disser respeito ao mérito do recurso.

Esta solução tem a vantagem complementar de tratar em pé de igualdade as partes no âmbito do processo de recurso. Se se recusar a possibilidade de um recurso de cassação quando uma decisão adoptada no contexto do artigo 38.° é proferida numa decisão interlocutória (o que é necessariamente o caso tratando-se de uma decisão de suspensão) autorizando-a todavia quando essa decisão for inserida numa decisão definitiva (o que é normalmente o caso tratando-se de uma decisão que recuse a suspensão e autorize a execução, através, eventualmente, da constituição de uma garantia), a parte que interpôs o recurso está em condições de interpor um recurso de cassação contra essa última decisão definitiva mas a parte contra a qual foi interposto o recurso não está em condições de interpor um recurso de cassação contra a decisão interlocutória mencionada em primeiro lugar[7].

O artigo 38.°, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas

15. O arrondissementsrechbank indeferiu o pedido de suspensão da instância no recurso pela razão de Van Dalfsen e o. não terem

7 — No n.° 11 das suas conclusões, mencionadas na nota 3, o procurador-geral junto do Hoge Raad chamou especialmente a atenção para esta questão de igualdade de tratamento.

suscitado, para apoiar esse recurso, nenhum outro fundamento para além dos que o juiz estrangeiro tinha já podido examinar na sua decisão e que a tomada em consideração desses motivos implicava, essencialmente, a revisão quanto ao mérito da decisão estrangeira pelo órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso. O arrondissementsrechbank, todavia, sujeitou a execução à constituição de uma garantia, e isto tomando em consideração um facto novo ocorrido posteriormente à decisão estrangeira, a saber, a elaboração entretanto do relatório do perito judicial que continha a avaliação do pedido reconvencional de Van Dalfsen e o.[8].

Como já mencionei, Van Dalfsen e o. sustentam, perante o órgão jurisdicional de reenvio, que o arrondissementsrechbank deste modo fundamentou-se numa concepção errada do alcance do poder que o artigo 38.° da Convenção de Bruxelas lhe confere. Segundo Van Dalfsen e o., o órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso pode ter em linha de conta, nas suas decisões nos termos do artigo 38.°, circunstâncias que o juiz estrangeiro já pôde tomar em consideração na sua decisão e o tribunal do recurso é obrigado a fundamentar, em particular, essas decisões, na avaliação das hipóteses de sucesso do recurso ordinário que foi ou poderá ser ainda interposto no estrangeiro contra a decisão.

16. Através da terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça que tome posição quanto a este ponto, limitando a questão a uma decisão adoptada relativamente a um pedido de suspensão referido no artigo 38.°, *primeiro parágrafo.*

Nas observações que foram apresentadas perante o Tribunal de Justiça, os governos neerlandês e alemão concordam neste aspecto com a concepção defendida por Van Dalfsen e o., ao passo que a Comissão opta por outra concepção. Pelos fundamentos a seguir mencionados, partilho a opinião adoptada pela Comissão.

17. A possibilidade prevista no artigo 38.°, primeiro parágrafo, de suspender a instância no recurso acarretando como consequência que, de acordo com o artigo 39.°, o credor só pode promover a medidas cautelares, tem por objectivo (tal como a possibilidade prevista no artigo 38.°, último parágrafo, sujeitar a execução à constituição de uma garantia)

«proteger o devedor contra os danos que poderiam resultar da execução de decisões ainda não transitadas em julgado e que visão a ser modificadas»[9].

No acórdão de 22 de Novembro de 1977, Industrial Diamond Supplies/Luigi Riva[10], o Tribunal de Justiça declarou, para explicar o artigo 38.° da Convenção de Bruxelas, que se trata, para o juiz do Estado requerido, «não de uma obrigação de suspender a instância, mas de uma simples faculdade» (no n.° 32) e de permitir ao juiz «reservar a sua decisão sempre que possa surgir uma dúvida razoável a respeito da solução final da decisão no Estado de origem» (no n.° 33).

Na apreciação do prejuízo que uma parte pode sofrer na sequência da execução da

8 — Encontramos os extractos em questão do julgamento do arrondissementsrechtbank no n.° 3 das conclusões mencionadas na nota precedente.

9 — Relatório Jenard, JO 1979, C 59, p. 52.

10 — N.os 32 e 33 (43/77, Recueil, p. 2175).

decisão, o tribunal de recurso deve, bem entendido, tomar em consideração as hipóteses que existem sempre, em teoria, de ver a decisão estrangeira total ou parcialmente revogada no recurso. Deve ponderar essas hipóteses perante o alcance e o carácter eventualmente irreversível do dano que a execução pode provocar ao devedor. Nessa ponderação, o órgão jurisdicional competente pode também tomar em consideração os factos e argumentos que o juiz estrangeiro já teve em consideração ou já teria podido ter em consideração na sua decisão, de modo que possa apreciar concretamente as hipóteses de reforma dessa decisão em recurso ou só pode tomar em consideração os argumentos e os factos que não eram conhecidos e nunca poderiam ter sido conhecidos do juiz estrangeiro?

18. No âmbito da resposta a esta questão, convém, em primeiro lugar, sublinhar que o artigo 31.°, primeiro parágrafo, da Convenção, parte do princípio que as decisões que são executórias no Estado de origem, mesmo que não tenham a força de caso julgado, são também executórias no Estado requerido. Isto implica, como a Comissão sustentou nas alegações na audiência, que o regime aplicável entre os Estados contratantes seja tão comparável quanto possível ao regime aplicável no seu território nacional relativamente a uma decisão judicial declarada executiva.

A suspensão da instância no recurso e a proibição de promover medidas diferentes das cautelares que daí decorre (tal como, embora a título menor, o facto de ordenar a constituição de uma garantia) derrogam em certa medida esse princípio. Daqui resulta que a faculdade conferida para este fim deve ser utilizada com parcimónia ou prudência [11]. Isto constitui já em si uma indicação de que só podem entrar em linha de conta factos e argumentos que o juiz estrangeiro não conhecia e que também não podia conhecer.

19. O facto de ser assim resulta, todavia, principalmente (como também o arrondissementsrechtbank observa) da regra enunciada no artigo 34.°, terceiro parágrafo, segundo a qual «a decisão estrangeira não pode, em caso algum, ser objecto de revisão de mérito» pelas autoridades judiciais do Estado requerido. Se o juiz a quem foi submetido o recurso podia fazer entrar em linha de conta, no âmbito da sua decisão relativa à suspensão da instância (ou da sua decisão de ordenar a constituição de uma garantia), argumentos e factos que o juiz estrangeiro já conhecia, existiria um risco real de revisão quanto ao mérito da decisão estrangeira e, em especial, da declaração que profere o carácter executório da decisão, declaração inspirada, nomeadamente, pela força da convicção adquirida pelo juiz estrangeiro quanto ao mérito do processo.

Para impedir este risco, considero que o órgão jurisdicional a quem foi submetido o recurso, que pondera as hipóteses de sucesso do recurso interposto contra a decisão estrangeira face ao prejuízo resultante para o devedor da execução integral (e eventualmente não acompanhada de uma garantia), pode unicamente inspirar-se em razões que o juiz estrangeiro não tinha a possibilidade

11 — Ver os n.os 14 e 15 das conclusões do procurador-geral junto do Hoge Raad der Nederlanden, mencionadas na nota 3, bem como Müller, G., em Bülow, A., e Böckstiegel, K. H.: *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, n.° 606 256.

ou a faculdade de fazer entrar em linha de conta. Trata-se, em primeiro lugar, da circunstância de a decisão estrangeira ser objecto de um recurso, da inadmissibilidade manifesta (mas não da ausência manifesta de fundamentação) [12] do recurso interposto no estrangeiro ou do longo prazo a prever para o processo iniciado no estrangeiro sobre o recurso e, em segundo lugar, da natureza, do alcance e do carácter irreversível ou não do prejuízo sofrido pela parte adversária no caso de execução integral ou, em contrapartida, do carácter insuficiente de medidas cautelares para a parte que exige a execução no caso de suspensão da instância [13]. O cálculo provisório da indemnização devida a Van Dalfsen e o. devido aos investimentos duradouros, tomado em consideração pelo arrondissementsrechtbank (ver n.° 7) pode na minha opinião ser colocado na categoria das razões que o juiz a quem foi submetido o recurso pode tomar em consideração, dado que se trata no caso concreto de um elemento relativo ao alcance do dano, que o juiz estrangeiro não tinha conhecimento e que é susceptível de influenciar a ponderação dos interesses em presença tratando-se da execução da decisão.

20. Coloca-se um problema especial no que diz respeito aos factos e argumentos que não eram conhecidos do juiz estrangeiro no momento em que este adoptou a sua decisão mas que o eram da parte que interpõe presentemente o recurso, que, apesar disso, não os tinha suscitado perante o juiz estrangeiro. Considero que o juiz a quem foi submetido o recurso também não pode fazer entrar em linha de conta esses factos e argumentos. Como a Comissão observa justamente, na minha opinião, é só desta maneira que se pode evitar que a execução de uma decisão proferida no estrangeiro e que aí foi declarada executiva seja impedida por negligência da parte que interpõe o recurso e que deste modo seja prejudicado o efeito útil do artigo 31.° da Convenção de Bruxelas.

O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre este problema mas, para apoiar a posição que defendo no caso concreto, remeto para o acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Hofmann/Krieg [14] no qual o Tribunal de Justiça declarou:

«O artigo 36.° da Convenção deve ser interpretado no sentido de que a parte que não interpôs o recurso contra o exequatur previsto por esta disposição já não pode invocar, no estádio execução da decisão, uma razão válida que teria podido invocar no âmbito desse recurso contra o exequatur...»

Daqui resulta que o facto de uma parte não utilizar um recurso, seja por que motivo for, priva em sequência essa mesma parte da possibilidade de invocar ainda um fundamento que teria apoiado esse recurso. Por analogia, no caso em apreço, convém, na minha opinião, declarar que uma parte que não invocou factos e argumentos perante o juiz estrangeiro também não os pode invocar perante o órgão jurisdicional que adopta uma decisão relativamente à suspensão da instância (ou à constituição de uma garantia).

12 — Dado que isso implicaria uma revisão quanto ao mérito da decisão estrangeira.

13 — Ver Kaye, P.: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1987, p. 1643; O'Malley, S., e Layton, A.: *European Civil Practice*, 1989, p. 770 e seguintes; e Huet, A.: nota sobre o processo 43/77, *Journal de droit international*, 1978, p. 403.

14 — N.° 4 da parte decisória (processo 145/86, Colect., p. 645).

21. Face aos elementos que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

«1) Uma decisão tomada ao abrigo do artigo 39.° da Convenção de Bruxelas pelo órgão jurisdicional a que foi submetido o recurso não pode ser considerada uma "decisão proferida no recurso" na acepção do artigo 37.°, n.° 2, da Convenção de Bruxelas e não pode, portanto, ser objecto de recurso de cassação.

2) Quando uma decisão tomada nos termos do artigo 38.° da Convenção de Bruxelas e a "decisão proferida no recurso" se inscrevem numa mesma decisão, apenas se pode interpor recurso de cassação dessa decisão se esta disser respeito à decisão citada em segundo lugar.

3) Convém interpretar o artigo 38.°, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas no sentido de que o órgão jurisdicional a que foi submetido o recurso apenas pode considerar, na sua decisão relativa à suspensão da instância, fundamentos diferentes dos que o juiz estrangeiro teve em conta ou teria podido ter em conta se a parte que interpôs o recurso não se tivesse abstido de os invocar.»