Proc. n.º **_/2020/AHC/ASB (Providência Cautelar)**

DECISÃO

A. AS PARTES

Requerente **– T**, **S.A.** (adiante designada apenas por ___), com o número único de matrícula e pessoa colectiva ___ ___ ___, com sede na Rua _____, __, ___, em Lisboa, ____-___ LISBOA, com o capital social de € _.000.000,00 (_____ milh___ de euros).

Requerida **– P, S.A.** (adiante designada apenas por __), com o número único de matrícula e pessoa colectiva _____, com sede na Praça _____, em Almada, ____-___ ALMADA, com o capital social de € _.0__.___.000,00 (____ biliões _____ milhões _____ e _____ e _____ mil euros).

B. O TRIBUNAL

Pedro Costa Gonçalves, professor universitário e advogado, titular da cédula profissional n.º ____C, emitida pelo Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados, com domicílio profissional na Avenida _____, n.º ____, _._, Edifício _____, em Porto, ____-___ PORTO, correio electrónico ____@_____.pt, designado como Árbitro pela T, **Paulo Otero**, professor universitário, com domicílio profissional na Avenida _____, n.º __, ___, em Lisboa, ____-___ LISBOA, correio electrónico _____@_____.com, designado como Árbitro pela P, **Luís Laureano Santos**, advogado, titular da cédula profissional n.º ____L, emitida pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, com domicílio profissional na Avenida _____, n.º __, ___, em Lisboa, ____-___ LISBOA, designado como terceiro Árbitro e para presidir ao Tribunal Arbitral pelo Bastonário da Ordem dos Advogados, por despacho de 28 de Janeiro de 2020.

C. OBJETO

T e P celebraram entre si, em 20 de Abril de 2009, Contrato de Subconcessão do _____ (doc. n.º 1 junto com a p. i.), objecto de reforma subsequente por contrato celebrado entre ambas as referidas sociedades em 28 de Maio de 2010, em consequência de recusa do visto – ao contrato original – por parte do Tribunal de Contas. Este contrato foi posteriormente - em Outubro de 2012 - modificado através do acordo denominado "Renegociação do Contrato de Subconcessão do _____/Memorando de Entendimento" e, em 23 de Outubro de 2017, pelo "Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão", tendo dado origem ao "Contrato de Subconcessão do _____ Alterado" - cfr. doc. n.º 36 e respectivo anexo I.

O objeto principal do litígio a dirimir consiste na alegada verificação de um desequilíbrio do mencionado Contrato, que melhor se encontra identificado nos articulados das partes constantes dos autos e no pedido da prolação de decisão que lhes ponha, na óptica da T, termo. A título cautelar, matéria sobre a qual a presente decisão incide, esta requer (cfr. petição inicial e aperfeiçoamento/ampliação do pedido cautelar inicialmente deduzido – cfr. requerimento enxertado no articulado da T de 25 de Junho de 2020):

(a) a condenação da P no pagamento, a título provisório, do valor de € 30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos), acrescido de um valor mensal até que seja proferida decisão final nos autos principais, no montante mínimo de € 1.162.805,95 (um milhão cento e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos), ou de € 1.262.805,95 (um milhão duzentos e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos), caso o Tribunal entenda que a T terá de levar a cabo os trabalhos de operação e manutenção dos lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado, a fim de evitar a sua ruptura financeira na pendência da presente acção em face da manifesta existência de um direito de crédito da Demandada, fundado numa pluralidade de títulos de aquisição ii) ou, em alternativa, que lhe seja reconhecido o direito a suspender as actividades de operação e manutenção na pendência do presente litígio;

(b)a intimação da P a abster-se, na pendência do presente processo, de interpelar a T no sentido da execução de actividades relacionadas com os lanços que foram excluídos do objecto da Subconcessão em 2012.

D. LEGITIMIDADE DAS PARTES

As partes são as legítimas, por serem as que se apresentam em litígio e diretamente integrantes da relação jurídica que origina o litígio entre ambas, o que se mostra devidamente demonstrado e admitido por si nos respectivos articulados. A Requerente tem efectivo interesse em pedir e a Requerida tem igual interesse na improcedência do(s) requerimento(s).

E. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

As partes aceitaram a competência deste tribunal, delimitada ao objeto acima enunciado, decorrente das posições por elas manifestadas nos articulados.

Os árbitros prestaram declaração de independência e imparcialidade e aceitaram a respetiva nomeação (cfr. acta de instalação do tribunal arbitral de 14 de Abril de 2020), estando, assim, o tribunal corretamente constituído.

O actual é o primeiro momento em que o Tribunal é chamado, neste processo, a tomar decisões sobre o mérito da causa. Impõe-se, por isso, que, conforme disposto no art.º 18.º, da LAV, se pronuncie sobre a sua própria competência para conhecer dos pedidos cautelares deduzidos. Ao fazê-lo, o Tribunal conhecerá e decidirá igualmente a excepção, arguida pela ora Requerida, da sua incompetência para conhecer e decidir os pedidos cautelares deduzidos e subsistentes. São estes pedidos os seguintes:

a. ser a Requerida a pagar à Requerente *"a título provisório, o valor de 30 007 923,12€, acrescido de um valor mensal até que seja proferida a decisão final, no montante mínimo de 1.162.805,95€, ou de € 1 262 805,95 (caso o tribunal entenda que a Subconcessionária terá de levar a cabo os traba-*

lhos de operação e manutenção dos lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado), a fim de evitar a sua rutura financeira na pendência da presente ação em face da manifesta existência de um direito de crédito da Demandante, fundado numa pluralidade de títulos de aquisição, ou em alternativa reconhecido o direito a suspender os trabalhos de operação e manutenção da via na pendencia do presente processo, ou caso assim não se entenda, aceitar que a Subconcessionária tem direito a suspender as atividades de operação e manutenção na pendência do presente litígio";

b. *"Ser a Demandada intimada a abster-se, na pendência deste processo, de interpelar a Demandante no sentido da execução de atividades relacionadas com os lanços que foram excluídos do objeto da Subconcessão em 2012"*

(cfr. Petição inicial e articulado da Requerente de 25 de Junho de 2020).

Em 29 de Abril de 2020 a Requerente, também cautelarmente, requerera a condenação da Requerida a, *"na pendência deste processo arbitral, se* [abster] *de rescindir o Contrato de Subconcessão em virtude da resolução do Acordo Parassocial"*. A este requerimento seguiu-se a normal tramitação, mormente, em observância do direito ao contraditório, a apresentação, pela Requerida, de oposição, na qual pugnou pela falta de competência do Tribunal para conhecer deste pedido cautelar. Posteriormente, em 22 de Junho de 2020, a Requerente veio pedir a extinção desta demanda cautelar por inutilidade superveniente da mesma e a Requerida afirmou não se opor a que o Tribunal declarasse tal extinção, o que veio a suceder no despacho proferido em 14 de Julho de 2020.

Tem-se presente ser esta uma arbitragem *ad hoc*, contemplada na convenção de arbitragem, sob a forma de "cláusula compromissória", nas cláusulas 94. e 95. do Contrato de Subconcessão do _____. Estipularam as partes neste contrato - as aqui Requerida e Requerente - que seriam submetidos à resolução por árbitros todos os *"conflitos que possam surgir* (...) *em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras"* daquela subconcessão (cfr. cláusula 94.1.). Deste modo, se os pedidos cautelares se inscreverem no âmbito da cláusula compromissória e do objecto

do litígio definido, o Tribunal é competente para os conhecer e decidir.

Face ao teor destes pedidos, dúvidas não restam de que os mesmos se integram no âmbito da aplicação das cláusulas do Contrato de Subconcessão do _____, devidamente interpretadas, julgados segundo o direito constituído aplicável[1] - cfr. cláusula 95.5. daquele contrato -, sendo claro para o Tribunal que, como afirma a Requerente e é aceite pela Requerida, a relação jurídica constituída entre as partes e consubstanciada neste contrato, malgrado as modificações que, por vicissitudes várias, foi sofrendo ao longo dos anos, é uma só.

E, integrando-se estes pedidos na interpretação e na aplicação das estipulações do contrato, face ao acordado na invocada cláusula 94.1. do dito Contrato de Subconcessão, o Tribunal declara-se competente para deles conhecer e para os decidir - cfr. art.os 18.º e 20.º, n.º 1, da LAV.

F. VALOR DA AÇÃO CAUTELAR

Conforme despacho de 01 de Setembro de 2020, foi fixado o valor deste procedimento cautelar no montante de €30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos).

G. AS POSIÇÕES DAS PARTES

No que respeita à demanda cautelar, a T requer a este Tribunal Arbitral que, a título cautelar e provisório, condene a P:

(a) no pagamento do valor de € 30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos), acrescido de um valor mensal até que seja proferida decisão final, no montante mínimo de € 1.162.805,95 (um milhão cento e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos), ou de € 1.262.805,95 (um milhão duzentos e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos), caso o Tribunal entenda que a T terá

[1] Com esta estipulação, as Partes vedaram o recurso, pelo Tribunal, à equidade.

de levar a cabo os trabalhos de operação e manutenção dos lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado, a fim de evitar a sua ruptura financeira na pendência da presente acção em face da manifesta existência de um direito de crédito da Requerente, fundado numa pluralidade de títulos de aquisição ii) ou, em alternativa, que lhe seja reconhecido o direito a suspender as actividades de operação e manutenção na pendência do presente litígio;

(b) a abster-se, na pendência do presente processo, de interpelar a T no sentido da execução de actividades relacionadas com os lanços que foram excluídos do objecto da Subconcessão em 2012.

Para tanto alega a Requerente, designadamente, que se encontra numa situação económico-financeira muito grave, estando inclusivamente em incumprimento para com os Bancos financiadores, os seus principais fornecedores e os seus prestadores de serviços. E que já realizou trabalhos no âmbito do contrato acima identificado no valor de € 84.999.885,00, tendo a Requerida pago apenas € 22.300.000,00 (vinte e dois milhões trezentos mil euros), valor acrescido do de € 5.129.000,00 - cinco milhões cento e vinte e nove mil euros - a título de IVA, sendo que o último pagamento efectuado foi em 14 de Junho de 2017. A Requerente alega ainda que é evidente que existe um direito de crédito da T sobre a P, o que, aliás, é reconhecido pela P que admite nos seus articulados ter de efectuar à T o pagamento de montante não inferior a 84 milhões de euros, tendo sido inscrita verba no Orçamento de Estado para 2020 para pagamento de indemnizações da P à T no montante de 80 milhões de euros.

Mais alega a Requerente que a Requerida, desde o início desta arbitragem, a tem interpelado constantemente no sentido da execução integral do objecto do Contrato celebrado entra as partes a 28 de Maio de 2010 – contrato reformado -, o que, no seu entender, é manifestamente inadmissível.

A Requerida opos-se, defendendo essencialmente que as providências cautelares susceptíveis de ser decretadas por um tribunal arbitral, não podem produzir uma situação de facto consumado ou irreversível, como é o caso da condenação da P no pagamento à T de verbas que, imediatamente,

serão por esta empregues no pagamento de dívidas a terceiros, como são os casos dos Bancos que a financiaram, do ACE construtor e da operadora a que recorreu (a Q, S.A.), pelo que não permanecerão na sua disponibilidade e, como tal, serão insusceptíveis de devolver à Requerida. Acrescenta a P que nenhuma das providências requeridas se inscreve em qualquer das finalidades previstas no art.º 20.º, n.º 2, da LAV.

H. INSTRUÇÃO E PROVA

As Partes apresentaram, renovando ou alterando, os seus meios de prova, o que fizeram através dos requerimentos de 31 de Agosto de 2020. Foram indicadas as testemunhas adiante identificadas e que foram oportunamente ouvidas e foram requeridos depoimentos de parte e declarações de parte.

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento, em quatro sessões (14 de Outubro de 2020, 15 de Outubro de 2020, 27 de Outubro de 2020 e 04 de Novembro de 2020), durante as quais as Partes foram ouvidas em declarações e depoimentos, tendo sido ouvidas as testemunhas, inquiridas pelos mandatários que as arrolaram, instadas pela parte contrária e prestando os esclarecimentos entendidos como necessários ao pleno esclarecimento dos seus depoimentos, em busca da verdade.

Foram prestados depoimento de parte por G, declarações de parte por B e V e depoimentos pelas testemunhas S, A, G, D, C e E.

No decurso da quarta sessão da audiência de julgamento (04 de Novembro de 2020), durante a inquirição da testemunha C, o Tribunal entendeu que a prestação deste depoimento está sujeito à dispensa do segredo profissional por parte do Presidente do Conselho Regional competente da Ordem dos Advogados, tendo sido decidido não o aceitar sem a apresentação da referida dispensa.

Também nesta mesma sessão de julgamento, durante o depoimento da testemunha E, foi requerida a sua contradita com duas testemunhas a apresentar imediatamente, diligência que o Tribunal

indeferiu entendendo que da mesma não resultaria utilidade face à convicção a formar, tendo em conta os depoimentos já prestados e as provas produzidas.

Encerrada a produção de prova, foram as Partes convidadas a apresentar alegações escritas, o que vieram a fazer através de peças apresentadas em 16 de Novembro de 2020.

I. AVALIAÇÃO DA PROVA

O Tribunal considerou, naturalmente, o manancial de documentos trazidos pelas Partes com os seus articulados e requerimentos e, outrossim, os depoimentos prestados no decurso das várias sessões da audiência realizadas.

Houve-se o depoimento do Senhor Dr. G como depoimento de parte (da Requerida), atentas as funções que efectivamente desempenha no seio da P e, sobretudo, os poderes de que dispõe para, por si só, transigir, desistir ou aceitar desistência para a sua representada.

Dos depoimentos testemunhais prestados apenas não foi considerado, pelas razões abaixo indicadas, o do Senhor Dr. C.

O Tribunal entendeu que tanto as pessoas ouvidas quer como testemunhas, quer como depoentes quer como declarantes de parte prestaram os seus depoimentos com verdade e conhecimento dos factos que foram objecto destes, pelo que a todos considerou.

J. QUESTÕES A DECIDIR

Perante o quadro factual apurado, as posições das partes e os pedidos deduzidos, impõe-se definir as questões a decidir com vista ao juízo pretendido com a presente demanda cautelar, encontrando-se o Tribunal, naturalmente, limitado pelo princípio do pedido e também pelo alegado pelas partes, sem prejuízo da natural pequena indagação *ex oficio* que se impõe quando em sede de arbitragem, de molde a, na medida do possível prosseguir-se a verdade e a justiça materiais.

*

O núcleo inicial de questões a decidir prende-se com o primeiro dos enunciados pedidos cautelares, cujo valor varia consoante, no dizer da T, o Tribunal entenda *"Que a Subconcessionária terá de levar a cabo os trabalhos de operação e manutenção dos lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado, necessitando, nessa hipótese, a Subconcessionária, de 45 dias para dimensionar a sua estrutura para esse serviço"*.

A respeito deste pedido a P defende que ele não se enquadra em qualquer das finalidades contempladas no art.º 20.º, n.º 2, da LAV, que, enquanto medida cautelar, ao Tribunal está vedado arbitrar o pagamento, por si, à Requerente, de qualquer indemnização, desde logo porque esse arbitramento corresponderia a uma antecipação do juízo a formular na decisão da acção principal, não contendo os autos, nesta altura, ainda, os elementos necessários ao efeito (nem sendo esta a sede própria). Defende igualmente a Requerida, a sua condenação imediata no pagamento de uma indemnização à Requerente conduziria a uma situação de facto consumado incompaginável com uma decisão final que decrete que, afinal, esta última nada tinha a receber daquela, por um lado e ela, face à difícil situação económico-financeira que, por diversas vezes, refere nos seus articulados, estaria impossibilitada de restituir à primeira quanto tivesse já recebido. Por outro lado, a este pedido cautelar faleceria o pressuposto do *periculum in mora*, ou seja, o de que a sua prolação não se compadece com a delonga própria na decisão da causa principal, desde logo porque a Requerente tem o direito de obter dos seus accionistas, que a tanto se obrigaram, um volume financeiro de € 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de euros), o que lhe permitiria ultrapassar as dificuldades de ordem económica e financeira que a levaram a deduzir este pedido. A tudo acresceria que a Requerente, nos seus articulados e relativamente a este pedido cautelar, não acautelou o preenchimento da previsão 21.º, n.º 1, alínea b), da LAV, isto é, não teria sequer alegado nem minimamente demonstrado que *"O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exced*[e] *consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar"*.

Começando pelo fim, é verdade que a T nada disse expressamente a este respeito. Todavia, os

elementos carreados nos autos por ambas as Partes permitem concluir pela inexistência do desequilíbrio que a citada disposição legal visa impedir, ou seja, que o dano que, com a decretação da providência, a Requerente pretende evitar não é inferior ao prejuízo que a remoção daquele dano importa para a Requerida. Para este efeito e sem se ser exaustivo, tenha-se presente que, desde o início da execução do primeiro dos contratos ("Contrato de Subconcessão do _____", celebrado em 20 de Abril de 2009), a Requerida entregou à Requerente, até 22 de Junho de 2017, a importância de € 22.300.000,00 (vinte e dois milhões trezentos mil euros) - acrescida da de € 5.129.000,00 (cinco milhões cento e vinte e nove mil euros), a título de IVA incidente sobre aquela - (cfr. 717.º, da Petição e 760. da Defesa) e suportou, em encargos que deveriam correr por conta desta última, em trabalhos de manutenção e de operação, em lanços não excluídos, quanto a tal sorte de trabalhos, do "Contrato de Subconcessão Alterado", a soma de € 1.600,000,00 (um milhão seiscentos mil euros) - cfr. fls. 34 e 35 das alegações da P. Acresce que, tal como estipulado na cláusula 71. do Contrato e no Anexo 5A a este (cfr. doc. n.º 5 junto com a p. i.), a Subconcessionária deveria ter entregue à Subconcedente e não entregou o valor somado de € 21.741.874,74 (vinte e um milhões setecentos e quarenta e um mil oitocentos e setenta e quatro euros e setenta e quatro cêntimos). Em contrapartida, a Subconcenssionária, em actos de expropriação, despendeu, por conta da P, cerca de sete milhões de euros; deve ao ACE construtor, por conta de trabalhos já realizados, cerca de oitenta e cinco milhões de euros; deve ainda à operadora Q mais de vinte e um milhões de euros. A consideração destas cifras e das do pedido cautelar em consideração, a das compensações contingentes a favor da Requerente em que a Requerida também aquiesceu (mas que o Tribunal de Contas vedou) e dos demais factores que infra se considerarão resulta, abstractamente e sem necessidade de especial alegação nesse sentido, que a hipotética decretação de decisão que dê guarida ao mesmo pedido não importará para a Requerida prejuízo maior do que para a Requerente resultaria da não decretação de decisão com tal conteúdo. Desta forma, surge evidente que o eventual acolhimento, pelo Tribunal, deste pedido cautelar não esbarra na invocada

disposição do art.º 21.º, n.º 1, alínea b), da LAV.

Depois, tendo sido produzidas declarações de parte por administradores da T - por B e por V -, dos depoimentos destes flui não apenas que, enquanto administradores de duas das accionistas da Requerente, que também são, entendem ter inteiramente cumpridas as suas obrigações de prestações acessórias - não tendo, deste modo, que aportar mais qualquer valor da ordem dos trinta e cinco milhões de euros ou de qualquer outra - como, igualmente, que não dispõem de capacidade financeira para o efeito. Esta questão da obrigação de as accionistas da T estarem ou não obrigadas a trazer à sua participada mais trinta e cinco milhões de euros não foi particularmente versada nos articulados das Partes, por um lado e, mesmo que esta obrigação exista(isse), não é líquido, antes pelo contrário, ante os depoimentos prestados, que aquelas accionistas se encontrem em condições de realizar as prestações acessórias alegadamente a seu cargo e incumpridas. Depois, dado o ênfase colocado pela Requerida na obrigação das accionistas da Requerente de a esta trazerem mais trinta e cinco milhões de euros, obrigação esta que estará, ao menos até ao presente, por cumprir, impõe-se a conclusão de que, acaso nesta decisão o Tribunal condenasse a P a pagar imediatamente à T qualquer importância e, a final, viesse a julgar nada dever a Subconcedente à Subconcessionária, a primeira sempre poderia "recuperar" quanto tivesse entregue a esta última e que afinal não fosse devido por via da sua "sub-rogação" (*hoc sensu*) no recebimento das tais prestações acessórias ajustadas e não realizadas!

Depois, ao contrário do que entende a P, pensa o Tribunal que o pedido de indemnização provisória contra si deduzido pela T se enquadra, "finalisticamente" e em abstracto, na obrigação de repor *"a situação anteriormente existente"* [cfr. art.º 20.º, n.º 2, alínea a), da LAV]. Esta situação seria aquela em que a Subconcessionária se encontrava no início da execução do Contrato inicial, sem deslocações patrimoniais a favor da Requerida desassistidas de qualquer compensação; mais rigorosamente, seria aquela em que a Subconcessionária antes de lhe advierem prejuízos exorbitantes e absolutamente inesperados, que bem justificam - até no dizer da Requerida,

conforme manifestado na sua Reclamação para o plenário da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional da Decisão Sumária n.º 418/2020, da mesma Secção - a sua compensação pela Requerida.

A análise do "histórico" da relação contratual estabelecida entre a P, enquanto Subconcedente e a T, como Subconcessionária, no Contrato de Subconcessão do _____ ao longo das suas múltiplas alterações e vicissitudes, implica a consideração de que as deslocações patrimoniais entre as Partes são, essencial e unicamente, as que acima se identificaram. Por outro lado, pese embora não se deixe de ter presente, a respeito dos lanços da EN 125 que são objecto da subconcessão, que "conclusão dos trabalhos" e "entrada (dos lanços) em serviço" não são expressões sinónimas, não se pode olvidar que o grosso - a parte mais substantiva - da prestação a cargo da T tem muito mais que ver com a "conclusão dos trabalhos" do que com a "entrada em serviço"; e assim principalmente é quando se considerar - como *in casu* não pode deixar de ocorrer - que foi a própria contra-parte (ou seja, a P) quem ao Tribunal de Contas (TdC) afirmou que a Subconcessionária concluíra *"todos os trabalhos previstos nos lanços e sublanços que ficaram à sua responsabilidade de acordo com o contrato de Subconcessão alterado"* e que esta concluíra *"o investimento acordado, cumprindo assim as obrigações que assumiu no âmbito do contrato renegociado"* - cfr. esclarecimentos prestados pela P ao TdC em 07 de Maio de 2018 (doc. n.º 39 junto com a p. i., fls. 42 e 67, respectivamente). Esclarecem os elementos disponíveis nos autos, por outro lado, que, tendo a Subconcedente pleno conhecimento das consequências jurídicas da recusa, pelo TdC, da aposição do seu visto ao Contrato de Subconcessão (ou da concessão de tal visto sob condição, por exemplo, do não pagamento das denominadas «compensações contingentes») e das consequências económicas, para a Subconcessionária - e, porventura, também para o contrato - de tal ocorrência, aquela diligenciou no sentido da realização de pagamentos a esta última de modo a *"suportar (pelo menos parcialmente) os prejuízos em que o faz incorrer quando o pretende manter obrigado pelo contrato"*, sendo que *"a obrigação de compensar tais prejuízos "anormais e imprevisíveis" do contraente provado*

nessas circunstâncias resulta, de modo direto, automático e independente de qualquer consagração ou reconhecimento expresso ou implícito pelas partes, das normas constitucionais e legais em vigor, desde que se verifiquem os pressupostos fácticos nelas previstos.

E , sendo assim, o pagamento de uma tal compensação pelo contraente público não corresponde a outra coisa senão ao cumprimento de uma obrigação de natureza constitucional e legal (…)*" - cfr.* Reclamação interposta para a conferência da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional da Decisão Sumária n.º 418/2020, da mesma Secção, reproduzida no douto acórdão proferido por aquele agrupamento, sob o n.º 58/2021, em 22 de Janeiro de 2021, Proc. n.º 774/19, respectivamente a fls. 5, *in fine* e 6. O facto de este acórdão ter, indeferindo a Reclamação da aqui Requerida, confirmado a Decisão Sumária n.º 418/2020, não põe em crise as considerações vertidas pela Requerida na sua mencionada Reclamação, antes devem ser tomadas em consideração por este Tribunal, à luz do princípio da boa-fé, enquanto assunção expressa e inequívoca pelo contraente público de uma posição assistida da garantida decorrente da proibição de *venire contra factum proprium* e suscetível de, por ter sido feita no contexto da presente situação factual de base, ser usada nesta decisão.

Considerando a prova testemunhal produzida, mormente o depoimento do Dr. D, Director Financeiro da Requerente, esta, para regularizar os pagamentos das suas dívidas para com a Q, S.A. (não inviabilizando o seu devir) e para com o sindicato dos Bancos que a financiaram, carece, no imediato, de uma injecção financeira de € 30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos), tal como já avançara em 748.º, da p. i., assim evitando, por exemplo, a possibilidade do recurso a "step in" por parte deste conjunto de Bancos. Acresce que, conforme alegado e não provado diversamente, o funcionamento mensal da T tem um custo mensal de € 1.162.805,95 (um milhão cento e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos) - cfr. 740.º, da p. i. - a que deverão acrescer mais cem mil euros mensais *"se o tribunal entender que a Subconcessionária terá de levar a cabo os trabalhos de operação e manutenção dos*

lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado (...)*"* - *idem*, 741.º.

Mesmo considerando o teor do acórdão - transitado, supõe-se - n.º 58/2021, de 22 de Janeiro, do Tribunal Constitucional, entende-se que extravasariam do juízo que cautelarmente ora é pedido ao Tribunal considerações que se fizessem sobre a subsistência no ordenamento do Contrato de Subconcessão Alterado ou Reformado e cada um destes com que conteúdo. Por identidade de razão, também não será nesta ocasião cautelar que o Tribunal declarará que lanços e que sub-lanços se encontram presentemente incluídos na Subconcessão, que trabalhos são da responsabilidade da Subconcessionária realizar em cada lanço ou sub-lanço, já porque o trânsito do mesmo acórdão do Tribunal Constitucional é meramente presumido, já porque o juízo a fazer, por exemplo, sobre os efeitos do art.º 2.º do Memorando de Entendimento na economia dos sucessivos regimes do Contrato de Subconcessão do _____ não se inscreve no carácter perfunctório que deve presidir a esta decisão. Em conformidade e considerando, para efeitos económicos, o já acima plasmado e, também, o afirmado em 741.º, da p. i., decreta-se que, até decisão da acção principal, a T deverá continuar a realização dos trabalhos de operação e manutenção dos lanços que integram o Contrato de Subconcessão Reformado não expressamente excluídos da Subconcessão. Além disso, razões de interesse público, desde logo de segurança, reforçam a necessidade de tais trabalhos de operação e manutenção dos lanços continuarem a ser realizados.

Neste último passo da sua p. i. (artigo 741.º), a T afirma necessitar de quarenta e cinco dias *"para dimensionar a sua estrutura para esse serviço"*. porque assim, seria descabido impor à P o sacrifício de transferir mensalmente para aquela a importância de € 1.262.805,95 sem receber a contrapartida devida pela Subconcessionária. Adequado parece, então, que esta última importância apenas seja devida, mensalmente, depois de decorridos quarenta e cinco dias contados da notificação às Partes desta decisão, até então justificando-se que, para além da entrega de € 30.007.923,12, a Subconcedente apenas faça a entrega à T, mensalmente, da quantia de € 1.162.805,95.

*

Por último, importa considerar o segundo pedido cautelar que consiste na intimação da requerida de se abster de interpelar a Requerente para que esta execute os trabalhos excluídos do objecto da subconcessão por força da modificação que para o respectivo contrato resultou do Memorando de Entendimento (MdE) com a troica.

Recapitulando considerações já feitas, torna-se que, em termos gerais, uma providência cautelar deve ser decretada sempre que o Tribunal, através de uma *summaria cognitio*, reconheça ao respectivo requerente a aparência da titularidade de um direito (*fumus boni juris*) cuja satisfação, acaso tivesse que aguardar pelo trânsito em julgado da decisão final da causa, se revelaria inútil ou impossível (*periculum in mora*). Porque assim, acaso não haja que assegurar a utilidade posterior da tutela definitiva proporcionada pela decisão final transitada, falhará um dos pressupostos da decretação da providência requerida, qual seja o do dito *periculum*.

A Requerente impetra a intimação da Requerida para que esta se abstenha de a interpelar, sob ameaças veladas e explícitas - o que esta fará com uma periodicidade quase diária -, para que execute o objecto integral do contrato inicial, exigência juridicamente ilegítima na medida em que o objecto inicial do contrato de subconcessão foi válida e eficazmente reduzido 2012, através do Memorando de Entendimento (cfr. 87.º, 88.º e 90.º do seu articulado de 25 de Junho de 2020).

Subsumindo esta invocação - sem curar de atentar na necessidade de a mesma assentar em factos indiciariamente provados - nas considerações feitas, que prejuízo decorreria para a Requerente do indeferimento deste seu pedido cautelar, insusceptível de ser reparado pela decisão final do processo?

Se bem se vê, das duas uma: ou as exigências veiculadas pela Requerida são legítimas - no sentido de que a Requerente só cumpre o Contrato de Subconcessão do _____ se realizar todas as obras e todos os trabalhos contemplados na versão inicial do mesmo - ou são ilegítimas. No primeiro caso, sendo as exigências legítimas, legítimo é também que a Requerida as formule; no

segundo caso, as exigências são ilegítimas mas, ainda que veiculadas à Requerida, acaso esta as não cumpra não decorre para si, *ipso facto*, qualquer consequência, muito menos qualquer consequência insusceptível de lhe ser posto cobro com a decisão final. Então, não havendo que acautelar a utilidade ou a eficácia, para a Requerente, da decisão final que lhe viesse a ser favorável, ela nunca resultará prejudicada pela não concessão da tutela requerida[2]. Com fundamento no disposto no art.º 20.º, n.º 2, da LAV, isto é, falhando o pressuposto do *periculum in* mora, indefere-se o requerimento de intimação da Requerida para que se abstenha de exigir à Requerente o cumprimento de obrigações já expurgadas, em 2012, do Contrato de Subconcessão do _____.

K. DECISÃO

Assim, nos termos e com os fundamentos que antecedem, o Tribunal decide, cautelarmente

a. condenar a Requerida a pagar à Requerente a importância de € 30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos), por conta de trabalhos há realizados por esta e ainda não pagos pela primeira;
b. condenar a Requerida a pagar à Requerente a importância mensal de € 1.162.805,95 (um milhão cento e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos) até decorrerem quarenta e cinco dias sobre a notificação desta decisão e, depois e até à decisão da causa principal ou até à superveniência de facto que juridicamente lhe deva por termo, mensalmente, a quantia de € 1.262.805,95 (um milhão duzentos e sessenta e dois mil oitocentos e cinco euros e noventa e cinco cêntimos);
c. Não intimar a Requerida a abster-se de, na pendência deste processo, interpelar a Requerente para que esta execute as actividades relacionadas com os lanços que foram excluídos do objecto da Subconcessão em 2012 - fruto da alteração do Contrato de Subconcessão Reformado pelo acordo de "Renegociação do Contrato de Subconcessão do _____/Memorando de

[2] Neste sentido v. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, pág. 3, documento acessível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf (consultado em 08.01.2021).

Entendimento" -, por dessa interpelação não decorrer para esta última prejuízo de grave ou impossível reparação no termo do processo, isto é, aquando do trânsito em julgado da decisão a proferir nos autos principais.

L. CUSTOS DO PROCEDIMENTO

Por despacho de 01 de Setembro de 2020, as Partes foram notificadas para, em dez dias, cada uma delas proceder ao pagamento da importância equivalente a 25% do valor dos encargos com a instância, considerando que o valor desta, então fixado, é de € 30.007.923,12 (trinta milhões sete mil novecentos e vinte e três euros e doze cêntimos) e, outrossim, as tabelas n.os 1 e 2 anexas ao Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial, de 2014. Subsequentemente, em 20 de Novembro de 2020, as Partes foram novamente notificadas para, individualmente, pagarem mais 25% do valor do encargos da instância cautelar, de acordo com os mesmos critérios. Cada uma das Partes procedeu ao pagamento quer do preparo inicial quer do preparo posterior, pelo que o pagamento dos encargos respeitantes a esta instância foi integralmente realizado.

Considerando a decisão que o Tribunal nesta altura toma, mostra-se que foi deferido o requerimento de uma das providências cautelas requeridas e indeferido o outro.

Como já no sobredito despacho de 02 de Setembro de 2020 se referiu, ao pedido que se defere corresponde um valor económico tangível, imediato, certo e - acrescenta-se - vencido, de € 30.007.923,12. Assim não sucede relativamente ao pedido que vai indeferido. Acresce que, tocantemente a este último, escasso foi o esforço das Partes no sentido da sua prova ou contra-prova, por um lado e não foi muito significativo o empenho destas na sua procedência ou improcedência, sendo certo que improcedeu. Por estas razões, entende-se que o pedido de condenação da Requerida no pagamento imediato da soma de € 30.007.923,12 e de, mensalmente, € 1.162.805,95, primeiro e de € 1.262.805,95, depois à Requerente, assume um peso de 80% **e** o daquela se abster de interpelar esta última para que execute as actividades relacionadas com os

lanços que foram excluídos do objecto da Subconcessão em 2012 uma dimensão de 20% na economia da lide cautelar. Por conseguinte, declara-se Requerida e Requerente responsáveis, respectivamente, por 80% e por 20% dos encargos desta lide.

Lisboa, 9 de Março de 2021.

Notifique.

Os Árbitros,

Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves

Prof. Doutor Paulo Otero

Dr. Luís Laureano Santos