Sentença Arbitral

Proferida no litígio entre

_____, na qualidade de Demandante

e

_____, na qualidade de Demandado

Tribunal Arbitral

João Caupers

Paula Costa e Silva

José Luís Esquível

2024

I

Identificação das Partes

_____, doravante "Demandante" ou "_____", com sede na _____, representado pelos mandatários Dr. _____ e Dr. _____, com escritório na _____;

e

_____, doravante "Demandado" ou "_____", representado pelos mandatários Dr. _____ e Dra. _____, com escritório na _____.

II

Constituição do Tribunal Arbitral

A arbitragem foi desencadeada ao abrigo do n.º 2 da Base XXXVIII das Bases da Concessão e do n.º 2 da cláusula 38.º do Concessão _____ celebrado em 1 de setembro de 2000 entre o _____ e os _____.

No requerimento de sujeição do litígio a arbitragem, a Demandante indicou como árbitro a Professora Doutora Paula Costa e Silva, tendo o Demandado indicado como árbitro o Mestre José Luís Esquível.

Reunidos os dois árbitros, por consenso, indicaram para presidir o Professor Doutor João Caupers, que, contactado, aceitou, em 4 de julho, o encargo.

III

Objeto do litígio

O litígio tem como fonte imediata uma anterior decisão arbitral, envolvendo as mesmas Partes e incidindo sobre o mesmo contrato, decisão essa proferida no âmbito do processo arbitral n.º _____.

Neste processo discutiu-se se e em que medida teriam os _____ direito ao reequilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão, afetado pela aplicação da Deliberação de Qualidade do _____.

Lê-se naquela decisão arbitral:

- a) «Absolvição da Demandante da instância quanto ao pedido principal, no sentido de desaplicar e desconsiderar a Deliberação Qualidade, por preterição do litisconsórcio necessário passivo».
- b) «Procedência parcial do pedido implícito formulado pela Demandante, declarando-se a verificação de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e fixando-se o montante dos danos incorridos pela Demandante por força da aplicação da Deliberação Qualidade, no valor 1 869 482 EUR, a que a Demandante tem direito com fundamento na alteração de circunstâncias e que deverão ser repercutidos no Contrato de Concessão por via da sua alteração, seguindo-se os demais termos legais e contratuais aplicáveis, improcedendo o pedido implícito quanto à forma de fixação da forma de alteração do Contrato de Concessão por via da condenação do Demandado no pagamento de uma compensação no valor de 1 869 482 EUR.

O pedido da Demandante é que o Demandado seja condenado a pagar-lhe o montante de €2 200 354,70, acrescido dos juros de mora devidos desde a citação até ao integral pagamento, como compensação dos danos sofridos com a alteração anormal e imprevisível do Contrato de Concessão.

O Demandado pede que seja considerada procedente a exceção de incompetência absoluta deste tribunal, absolvendo da instância o _____; caso assim não se entenda, pede que a presente ação seja julgada improcedente por não provada.

IV - Resumo do processado

1. Em 20 de março foi recebida a petição inicial dos _____.
2. Em 8 de maio o _____apresentou a sua contestação.
3. Em 4 de julho, o terceiro árbitro declarou aceitar o convite para presidir ao tribunal arbitral.
4. No dia 28 de julho o tribunal reuniu, tendo os mandatários das partes aceitado submeter-lhe um documento conjunto contendo uma breve descrição das questões que pretendiam ver decididas, tendo ficado estabelecida a data de 11 de setembro, reunindo o tribunal no dia 18 de setembro. Ficou igualmente acordado sediar o processo arbitral no Centro de Arbitragem Comercial (CAD).
5. O processo deu entrada no CAD em 14 de setembro.
6. A reunião realizou-se na data prevista, 18 de setembro. Nesta reunião o tribunal «convidou as Partes a pronunciarem-se sobre a possibilidade de bifurcação do processo» para que os árbitros «apreciem, em primeiro lugar, as excepções suscitadas pelo Demandado e a admissibilidade do pedido». Acordou-se na data de 26 de setembro para os mandatários das Partes comunicarem ao tribunal a sua posição sobre a sugestão.
7. No dia 26 de setembro o tribunal recebeu a pronúncia do mandatário do _____, rejeitando a sugestão do tribunal e pugnando pela aplicação da «tramitação processual típica no contencioso das diversas jurisdições», considerando que «não se justifica a apresentação de "alegações intercalares" pelas Partes após a entrega da réplica».
8. No mesmo dia, o tribunal recebeu a pronúncia dos _____, comunicando que «em resposta ao convite formulado pelo Tribunal, as Partes não lograram alcançar um consenso quanto à "sugestão da bifurcação do processo"».

9. No dia 19 de outubro, o mandatário do _____ remeteu ao tribunal uma pronúncia sobre a resposta à contestação apresentada pelos _____.
10. No dia 2 de novembro, o Tribunal fez notificar os mandatários das Partes para que lhe comunicassem se existia acordo quanto à suspensão do processo até ao trânsito em julgado da ação de anulação pendente na jurisdição administrativa.
11. No dia 3 de novembro, o tribunal recebeu a comunicação do mandatário da Demandante, dando conta de que não fora «discutido nem concluído entre as Partes qualquer acordo de suspensão do presente processo arbitral», acrescentando que «a pendência do processo n.º _____ em nada impede o andamento do presente processo arbitral e a prolação de decisão final - o que renovadamente se requer».
12. No dia 6 de novembro, o tribunal recebeu a comunicação do mandatário do Demandado, informando que «em face do requerimento junto aos autos pelo ilustre mandatário da Demandante no dia 3/11/2023, fica prejudicada a posição do Demandado sobre a matéria em questão, pelo que, salvo melhor opinião, devem os autos prosseguir os seus termos».

V - Pretensões das Partes

1. Na petição inicial, a Demandante pede a condenação do Demandado no pagamento do «montante de €2 200 354,70, ao qual acrescem juros de mora devidos desde a citação até ao integral pagamento.

2. Na sua contestação, o Demandado pede que seja «julgada procedente a excepção de incompetência absoluta deste tribunal e, por conseguinte, absolvido da instância o _____»; não se entendendo assim, «deverá ser julgada improcedente a presente ação por não provada».

3. Segundo o Demandado, a incompetência absoluta do tribunal decorre da circunstância de a cláusula compromissória ínsita no Contrato de Concessão não permitir «que os _____ litiguem contra o Concedente, no seio de uma arbitragem que tem como causa de pedir uma deliberação proferida pela ANACOM e não pelo Estado (a "Deliberação de Qualidade")». E, resumindo a sua posição: «Em suma, sendo a "Deliberação de Qualidade" da autoria (exclusiva) da ANACOM e não tendo a ANACOM subscrito a cláusula compromissória constante do Contrato de Concessão, os _____ não poderiam (nem podem) socorrer-se da referida cláusula para intentarem uma ação arbitral contra o _____».

4. O Demandado sustenta, ainda, que, na sua perspectiva, caso o tribunal declarasse procedente o pedido deduzido pela Demandante, tal redundaria «numa clamorosa violação do princípio da separação de poderes», uma vez que a satisfação do pedido condenatório dos _____ acarretaria «a modificação de um contrato administrativo», pressupondo «valorações próprias da atividade administrativa e não, portanto, da atividade jurisdicional».

5. O Demandado alega a incompetência do tribunal, excepção que faz decorrer de duas razões: caducidade da convenção e usurpação de poderes pelo tribunal, por invasão da esfera reservada à administração.

6. O Demandado deduz a exceção de caso julgado. Recordando que o anterior Tribunal Arbitral «não condenou o _____ no pagamento de uma qualquer indemnização aos _____», não teria «cabimento que venha agora este Tribunal Arbitral adoptar uma solução que o anterior Tribunal Arbitral rejeitou». «Isso, bem vistas as coisas, seria violar o efeito preclusivo do caso julgado decorrente o acórdão arbitral em apreço».

7. Por fim, alega o Demandado que «não faria (nem faz) sentido prosseguir com a sua execução [refere-se ao anterior acórdão arbitral]; muito menos nos termos pretendidos pelos _____», uma vez que está pendente, no Tribunal Central Administrativo Sul, ação de anulação do anterior acórdão. Ainda que esta linha de defesa não seja qualificada pelo Demandado, o conteúdo da alegação aponta no sentido da invocação da exceção de prejudicialidade.

8. Na resposta à contestação, a Demandante pugna pela improcedência da exceção de incompetência absoluta. Em seu entender, «tudo quanto o _____ alega, por referência ao processo n.º _____, é irrelevante para aferir se este Tribunal Arbitral é competente para apreciar este litígio.» E acrescenta: «Para demonstrar que este Tribunal é competente para apreciar e decidir o litígio que aqui está em causa, o que interessa é aferir da relação jurídica controvertida tal como é configurada pelos _____, em termos do pedido e da causa de pedir, na sua petição inicial». E resumindo: «Em suma, o pedido condenatório deduzido pelos _____ assenta no que foi (definitivamente) decidido no Acórdão de 17.12.2021 e na não obtenção de um acordo com o _____ - no contexto da cláusula 32.º do Contrato de Concessão - quanto à acomodação, nesse contrato, dos efeitos (quantificados no referido acórdão) da alteração das circunstâncias declarada(s) naquela decisão arbitral».

9. Também a exceção relativa à ofensa do princípio da separação de poderes é objeto de impugnação pela Demandante. Sustenta esta que a razão pela qual o anterior tribunal arbitral concluiu que «não podia substituir-se às Partes na fixação do modo concreto de acomodação, no Contrato de Concessão, dos efeitos resultantes da verificação de uma alteração das circunstâncias que teve um impacto negativo na posição contratual dos

_____ no montante de €1 869 482 ... não assentou em qualquer potencial violação do princípio da separação de poderes ... mas do facto de a cláusula 32.º do Contrato de Concessão determinar que, perante uma alteração de circunstâncias, "as partes comprometem-se a rever o contrato de acordo com os princípios da boa fé e da equidade", sendo que, na falta de um acordo no prazo de 90 dias, "haverá recurso ao tribunal arbitral".

10. A Demandante impugna igualmente a verificação da excepção de caso julgado: «A condição cuja não verificação determinou, no Acórdão de 17.12.2021, a improcedência do pedido de condenação do _____ no pagamento de um dado montante, encontra-se atualmente verificada - e é por isso que a procedência do pedido deduzido pelos _____ na sua PI não viola o caso julgado constituído pelo acórdão de 17.12.2021». O que teria produzido caso julgado foi o segmento daquela decisão que considerou que «a Deliberação de Qualidade constitui (ou não), para efeitos do Contrato de Concessão, uma alteração anormal das circunstâncias - essa questão foi decidida pelo Acórdão de 17.12.2021».

VI - Decisão

O tribunal sublinha que, na presente fase processual, não existem factos controvertidos ou carecidos de prova, estando o processo em condições de ser decidido quanto às questões de Direito suscitadas pelas Partes. Isto, porquanto o único facto essencial, de cuja prova dependeria a admissibilidade do proferimento imediato da decisão, seria a existência de negociações entre as Partes. Ora, que houve negociações, foi alegado pela Demandante (artigo 55.º da Petição Inicial) e provado, através de cópia da comunicação ao Demandado datada de 17 de março de 2022 (Documento n.º 3 anexo àquele articulado), e não foi contestado pelo Demandado.

O tribunal sublinha, ainda, que na reunião de 18 de setembro e depois de ter comunicado às Partes que o processo reunia condições para que fosse imediatamente proferida decisão,

convidou-as a, querendo, produzirem alegações. Ambas as Partes rejeitaram a necessidade deste ato processual através de comunicação escrita, dirigida ao tribunal, em 26 de setembro último. Uma vez que as Partes haviam exercido contraditório exauriente quer sobre o objeto da ação, quer sobre o objeto das exceções e, sendo as alegações dispensadas, por consenso, pelas Partes, o tribunal, considerando a desnecessidade da prática de instrução complementar, assim adaptando a tramitação processual constante da proposta das Partes de 20 de julho de 2023 ao estado do processo, obedecendo ao princípio da proibição da prática de atos inúteis e cumprindo a obrigação de compressão dos custos processuais, abriu a fase da decisão.

Na mesma ocasião, o mandatário do _____ manifestou-se no sentido da aplicação ao processo da «tramitação processual típica do contencioso das diversas jurisdições», o que não mereceu contestação do mandatário dos _____.

Cumpra apreciar e decidir, começando pelas exceções.

1. Incompetência do tribunal

A primeira exceção suscitada pelo Demandado é a de incompetência deste tribunal, fundando-a numa pluralidade de causas de pedir.

1.1. Em primeiro lugar, há que perguntar se o objeto do litígio é coberto pela cláusula compromissória. Dispõe esta (cláusula 37.º do Contrato de Concessão):

«Os eventuais conflitos que possam surgir entre as partes em matéria de aplicação, interpretação ou integração de lacunas do contrato de concessão serão resolvidos por arbitragem voluntária, nos termos da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto».

Mas o Contrato não diz apenas isto; diz, na sua cláusula 32.^a, que cabe ao tribunal arbitral «a determinação, (...), do modo concreto de revisão contratual por força de uma alteração de circunstâncias».

E foi exactamente este pedido que a Demandante formulou na presente acção: que o tribunal arbitral procedesse, na sequência da anterior decisão, ao modo concreto de revisão contratual por força de uma alteração de circunstâncias. Não restam, assim, dúvidas, de que as Partes atribuíram a um tribunal arbitral – assim afastando a jurisdição estadual – a

decisão sobre pedido ancorado em alteração das circunstâncias. Razão pela qual não assiste razão ao Demandado quando sustenta a incompetência deste tribunal.

1.2. Em segundo lugar, afirma o Demandado ser este tribunal incompetente por caducidade da convenção de arbitragem. Esta caducidade decorreria da caducidade do Contrato de Concessão. Na visão do Demandado, caducado o contrato, caduca estaria a cláusula.

Ora, confirmando posição universalmente aceite, dispõe o artigo 18.º, n.º 2, da LAV, que «uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo».

Significa isto que a caducidade da convenção, a verificar-se, deverá resultar, não como efeito necessário da caducidade do contrato - uma vez que dela não depende -, mas da verificação de causa autónoma de caducidade da própria convenção. E esta causa não só não é alegada pelo Demandado, como não existe, uma vez que a convenção de arbitragem não a prevê. A cláusula compromissória deverá conservar a sua eficácia seguramente enquanto as Partes, que aceitaram cometer a resolução de qualquer litígio emergente do contrato a tribunal arbitral, puderem exercer pretensões materiais dele emergentes.

Assim, também não assiste razão ao Demandado quando sustenta a incompetência do tribunal com fundamento na caducidade da convenção arbitral.

1.3. Em terceiro lugar, o Demandado invoca outra causa para a incompetência do tribunal arbitral, decorrente da violação do princípio da separação de poderes. Sustenta que a sua condenação pelo tribunal ao pagamento de uma indemnização constituiria «uma clamorosa violação do princípio da separação de poderes», uma vez que a satisfação do pedido condenatório dos _____ acarretaria «a modificação de um contrato administrativo», pressupondo «valorações próprias da atividade administrativa e não, portanto, da atividade jurisdicional».

A Demandante sustenta que a razão pela qual o anterior tribunal arbitral concluiu que «não podia substituir-se às Partes na fixação do modo concreto de acomodação, no Contrato de Concessão, dos efeitos resultantes da verificação de uma alteração das

circunstâncias que teve um impacto negativo na posição contratual dos _____ no montante de €1 869 482 ... não assentou em qualquer potencial violação do princípio da separação de poderes ... mas do facto de a cláusula 32.º do Contrato de Concessão determinar que, perante uma alteração de circunstâncias, "as partes comprometem-se a rever o contrato de acordo com os princípios da boa fé e da equidade", sendo que, na falta de um acordo no prazo de 90 dias, "haverá recurso ao tribunal arbitral". A Demandante chama ainda a atenção para que é a própria cláusula 32.º do Contrato de Concessão que prevê «a determinação, mediante decisão arbitral, do modo concreto de revisão contratual por força de uma alteração de circunstâncias».

É certo que uma decisão judicial não pode invadir a margem de livre apreciação da administração, condicionando o mérito da atividade administrativa pública. Quando isso acontece, ocorre efetivamente violação do princípio da separação de poderes. Mas, para que tal suceda, é indispensável que a interferência judicial incida sobre o espaço de discricionariedade da administração, o mesmo é dizer sobre um espaço em que não existam vinculações legais, um espaço em que a administração pode optar entre fazer uma coisa ou outra, em que não existe ato devido.

A hipotética condenação do _____ ao pagamento de uma compensação pecuniária na presente ação arbitral não afetará tal espaço de liberdade porque, simplesmente, este não existe. Como vimos, foram as Partes quem, no próprio contrato, atribuiu a competência para a superação de conflitos decorrentes da repercussão dos efeitos provocados por uma alteração de circunstâncias a um tribunal arbitral. Acresce que, no caso, as Partes não atribuíram à administração o poder de definir, unilateralmente, a dimensão e o modo de absorção desse impacto. Não há, também por esta razão, qualquer margem de liberdade da administração na determinação das consequências de uma alteração de circunstâncias. Julga-se improcedente a exceção de incompetência do tribunal por violação do princípio da separação de poderes.

1.4. Por último, sustenta o Demandado que o presente tribunal seria incompetente para conhecer do presente litígio, uma vez que este teria a sua origem na Deliberação de Qualidade da ANACOM, sendo que a ANACOM não é parte na presente acção.

Também nesta linha de argumentação não assiste razão ao Demandado. Na verdade, a eventual necessidade de constituição da ANACOM como parte no presente processo nada tem que ver com o pressuposto da competência, mas sim com o pressuposto da legitimidade. Se se verificasse a não constituição de um comparte, que a lei ou a natureza da decisão proferida impusesse que fosse constituída, verificar-se-ia uma excepção de ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário, não uma excepção de incompetência.

Porém, e não obstante não poder acompanhar-se a qualificação da excepção realizada pelo Demandado, tal não dispensa o tribunal de verificar se há, no presente caso, preterição de litisconsórcio necessário, já que se trata de excepção de conhecimento oficioso.

A circunstância de a Deliberação de Qualidade da ANACOM ter sido preferida no exercício das suas competências legais próprias e exclusivas não converte esta em parte no Contrato de Concessão. Como não impede que, considerado o seu conteúdo, aquela deliberação seja qualificada como um ato administrativo relativo à execução do contrato de concessão. É que uma coisa é a fonte dos poderes da ANACOM - que não estão, nem poderiam estar, em causa no presente processo - e outra, bem diversa, os efeitos jurídicos do exercício desses poderes sobre a relação contratual.

Na verdade, a referida deliberação procede à fixação dos parâmetros de qualidade e dos objetivos de desempenho dos serviços que são objeto da concessão, função que o concedente _____, o _____, atribuiu à ANACOM. Nessa medida, os atos praticados por esta entidade relativos àquele serviço projetam-se inevitavelmente na relação contratual da concessão, determinando a qualificação material da Deliberação como um ato relativo à execução do Contrato de Concessão.

Assim sendo, como se entende ser, o facto de a ANACOM não estar, nem poder estar, em juízo na presente ação arbitral em nada prejudica a apreciação por este tribunal das consequências daquela Deliberação sobre o contrato.

A circunstância de ter as Partes não se terem pronunciado sobre o que alega o Demandado, uma vez operada a sua requalificação pelo tribunal, não impõe a abertura de contraditório, já que ambas se pronunciaram exaurientemente sobre esta matéria. Da requalificação pelo tribunal não decorre qualquer prejuízo para o direito das partes a serem ouvidas, razão que determina a desnecessidade de abertura de contraditório, em ligação com a aplicação do princípio *iura novit curi*.

Assim, julga-se improcedente a exceção de preterição de litisconsórcio necessário passivo, não obstante tê-la o Demandado reconduzido a causa de incompetência.

2. Violação do caso julgado

O Demandado invoca também a violação do caso julgado porquanto, não tendo o anterior tribunal arbitral condenado o _____ no pagamento de qualquer indemnização à Demandante, «não teria cabimento» que viesse agora este tribunal «adotar uma solução que o anterior Tribunal Arbitral rejeitou».

Determina o artigo 621.º do Código de Processo Civil sobre o alcance do caso julgado que «[a] sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou o facto se pratique».

Dispôs a anterior decisão arbitral que «resulta do referido quadro legal [refere-se á Base XXXII das Bases da Concessão, à Cláusula 32.º do Contrato de Concessão e ao artigo 437.º do Código Civil] que, em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, as partes se comprometem a rever o conteúdo do contrato de acordo com os princípios da boa fé e da equidade, sendo que, no caso de se frustrarem as negociações no prazo de

90 dias a contar da comunicação de uma das partes à outra da alteração das circunstâncias, poderá haver recurso à arbitragem».

Ora, na presente acção, a Demandante fez prova de ter adoptado a conduta que impediu o anterior tribunal de determinar, de modo certo, os termos da adaptação do contrato: foi feita prova de que, condicionando o anterior acórdão a condenação a uma prévia negociação dos termos da adaptação, uma vez praticado o acto que, segundo o anterior acórdão, impediu a imediata condenação, não fica a Demandante, nos termos do artigo 621.º do Código de Processo Civil, impedida da propositura de nova acção.

Improcede, assim, a excepção de violação do caso julgado, tal como deduzida pelo Demandado.

3. Pendência de acção de impugnação na jurisdição administrativa

O Demandado refere ainda uma circunstância, que não qualifica expressamente como excepção, mas que parece apontar no sentido da prejudicialidade: segundo o Demandado, estando pendente acção de anulação do anterior acórdão arbitral «não faria (nem faz) sentido prosseguir com a sua execução; muito menos nos termos pretendidos pelos _____».

Independentemente de não constituir a presente acção execução de uma anterior decisão arbitral – este tribunal não está a executar uma decisão mas, sim, a declarar os efeitos que, na sequência da verificação do facto que impediu o anterior tribunal de os declarar, podem agora, em tese, ser declarados -, não há qualquer regra que faça atribuir à acção de anulação um efeito suspensivo.

A tudo acresce que a pendência de outra acção, a acção de anulação, de natureza distinta e com diferentes pedido e causa de pedir, é insuscetível de determinar a suspensão da presente acção arbitral, não tendo as Partes, ouvidas pelo tribunal, chegado a acordo nesse sentido.

Pretensão da Demandante

Apreciadas e julgadas improcedentes as exceções suscitadas pelo Demandado, pode agora analisar-se o mérito da pretensão da Demandante.

A pretensão da Demandante consiste na condenação do Demandado a pagar-lhe um determinado montante (acrescido de juros), reconhecido como devido na decisão arbitral proferida no anterior processo. O tribunal que produziu essa decisão entendeu então que tal condenação não poderia ser proferida antes que as Partes tivessem procedido à negociação do modo de absorção do desequilíbrio do Contrato de Concessão, de forma a poderem refletir nele o valor dos danos sofridos pelos _____.

No seguimento desta decisão arbitral, os _____ propuseram ao _____ iniciar negociações com vista à modificação do Contrato de Concessão. O _____ respondeu que tal negociação não fazia sentido, uma vez que havia impugnado na jurisdição administrativa a dita decisão arbitral. Transcorrido o prazo de 90 dias estabelecido no n.º 2 da Cláusula 32.º do Contrato, restou à Demandante recorrer à arbitragem, como aí se encontra previsto.

Entretanto, o Contrato de Concessão extinguiu-se, precludindo definitivamente qualquer possibilidade de negociação tendente à respetiva modificação. Não tendo havido condenação do _____ pela anterior decisão arbitral - porque, repete-se, antes de tal condenação, decidiu o tribunal que as Partes deveriam negociar -, que solução existe?

A Demandante tentou negociar, mas não teve sucesso. É um resultado possível quando se prevê uma negociação. O que é inaceitável, representando uma verdadeira denegação de justiça, é que não exista alternativa e, por isso, que um interesse reconhecido judicialmente como merecedor de tutela fique completamente desprotegido.

Neste quadro, como assegurar a proteção do direito reconhecido à Demandante de obter uma compensação para os danos sofridos - e liquidados?

A resposta possível parece ser a condenação do _____ ao pagamento da compensação já determinada e quantificada.

Assim, condena-se o Demandado _____ ao pagamento à Demandante _____ do montante de €2 200 354,70, acrescido de juros de mora devidos desde a citação até ao integral pagamento.

Decisão sobre custos processuais

A presente arbitragem tem o valor de €2 200 354,70.

Os honorários dos árbitros têm o valor, de acordo com a Tabela do Centro, de €73 027,66, a que acresce IVA.

Os encargos administrativos são fixados, de acordo com a Tabela do Centro, em €11 560,45, a que acresce IVA.

O tribunal decide reduzir os honorários dos árbitros em 20%, sendo fixados em €58 422,13, a que acresce IVA.

Nesta redução, o tribunal foi acompanhado pelo Centro de Arbitragem, pelo que também os encargos administrativos são reduzidos em 20%, sendo fixados em €9 248,36, a que acresce IVA.

Ambas as Partes pediram a condenação da Parte contrária na compensação dos custos em que hajam incorrido com a presente ação.

Na submissão de custos, a Demandante fez prova de ter incorrido nos seguintes custos: honorários de advogados: €31 438,80; encargos administrativos e honorários dos árbitros, no montante de €52 021,69, a que acresce IVA. O Demandado, notificado da conta de honorários dos mandatários da Demandante, disse nada ter a opor aos valores reclamados. O Demandado incorreu em encargos administrativos e honorários dos árbitros nos montantes de €52 021,69, a que acresce IVA.

Os custos reclamados pelas Partes têm conexão direta com o exercício do direito de ação, não sendo espúrios ou excessivos.

Na presente ação verifica-se um total decaimento de Demandado, tendo ambas as Partes litigado sem que a sua conduta processual possa ser considerada censurável.

Assim, e aplicando o princípio victus victori, deverá o Demandado compensar os custos em que a Demandante incorreu.

Assim, condena-se o Demandado a compensar a Demandante pelos custos em que esta incorreu, no valor de €83 460,49.

Nestes termos, o tribunal:

- a) Condena o Demandado no pagamento à Demandante do montante de €2 200 354,70, acrescido de € 210 058,52 a título de juros de mora devidos desde a data da citação até ao dia 19 de janeiro de 2024;
- b) Condena o Demandado no pagamento à Demandante dos juros de mora, a calcular sobre o montante de €2 200 354,70, que vierem a ser devidos desde a data da notificação da presente decisão até ao integral pagamento;
- c) Condena o Demandado a compensar a Demandante pelo montante de €83 460,49, a título de custos processuais.

Lisboa, 19 de janeiro de 2024

Paula Costa e Silva

José Luís Esquível

João Caupers

TRIBUNAL ARBITRAL

_____ -VS- _____

PROCESSO N.º _____

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido a decisão arbitral por dela discordar, como adiante se detalha, quanto às decisões tomadas, em matéria de condução processual, exceções, matéria de facto e matéria de direito.

Relativamente ao primeiro ponto – **condução processual** – o “Resumo do Processado” que consta da decisão arbitral não refere o facto de as Partes, no dia 20 de julho de 2023, por e-mail do Ilustre Mandatário da Demandante (Senhor Dr. _____) – em concordância com o Ilustre Mandatário da Demandada (Senhor Dr. _____) -, terem submetido ao Tribunal Arbitral, para apreciação deste, “um conjunto de regras que consideraram adequadas para, em complemento do Regulamento do CAC, reger a presente arbitragem”. O Tribunal Arbitral nunca apreciou este requerimento das Partes e promoveu uma condução processual que não atende à vontade expressa pelas Partes naquele requerimento, o que, a meu ver, comporta dois efeitos processuais incompatíveis com a legislação aplicável, materializados numa omissão de pronuncia sobre o requerimento das Partes e na desconsideração da vontade das Partes sobre a condução do processo de arbitragem (faculdade que expressamente lhes é reconhecida pelo n.º 3 do Artigo 17º do Regulamento do CAC).

O afastamento do Tribunal face à tramitação processual pretendida pelas Partes tem consequências nos direitos processuais que as Partes quiseram acautelar com tais regras, desde logo o de serem notificadas pelo Tribunal Arbitral da decisão que este viesse a tomar em matéria de factos assentes e, sendo caso disso, de delimitação dos temas de prova (conforme expressamente indicado no n.º 3 da Cláusula 4ª do “Proposta Conjunta de Regras Arbitrais Complementares”).

A condução processual que o Tribunal Arbitral imprimou aos presentes autos não respeitou a vontade das Partes na condução do processo e, nessa medida, não acautelou (ou melhor, lesou) os direitos processuais das mesmas, retirando-lhes direitos de notificação e de participação processual que estas efetivamente pretenderam salvaguardar.

De referir ainda, ao contrário do que consta da decisão, na reunião de 18.09.2023, a que corresponde a Ata n.º 1, as Partes não acordaram nem consentiram que o Tribunal Arbitral proferisse imediatamente decisão sobre o mérito dos autos, nem concordaram em dispensar a apresentação de alegações sobre o mérito (o que se abordou na reunião de 18.09.2023 foi a apresentação de alegações intercalares, o que é formal e substancialmente diferente), não tendo as Partes exercido qualquer contraditório sobre o mérito dos autos (como erroneamente indica a sentença arbitral) tendo as mesmas apresentado a sua pronúncia apenas sobre as matérias objeto de exceção.

Não existe qualquer referência na Ata n.º 1 a que as Partes tenham prescindido quer de instrução complementar, quer da apresentação de alegações sobre o mérito, errando a decisão arbitral quando dá por tratados na reunião de 18.09.2023 aspetos processuais que, na realidade, o não foram.

No que se refere ao segundo ponto – **matéria de exceção** – não posso acompanhar a posição da decisão arbitral relativamente ao julgamento das exceções de incompetência do Tribunal Arbitral e de violação do caso julgado.

No que se refere à **exceção de incompetência do Tribunal Arbitral**, importa ter em conta, desde logo, o Acórdão de 17.12.2021 resultante da anterior arbitragem que veio reconhecer que os danos incorridos pela Demandante por força da aplicação da Deliberação Qualidade são no valor de € 1.869.482, com a indicação de os mesmos deveriam ser repercutidos no Contrato de Concessão vigente à data e que, entretanto, expirou.

Na carta que a Demandante enviou ao _____ no dia 17.03.2022, a Demandante refere expressamente “manifestando-se desde já a total disponibilidade e empenho dos _____ para, em conjunto com o _____, ser encontrada uma solução consensual que permita **executar** o Acórdão arbitral” (negrito nosso).

Atenta a causa de pedir e o pedido formulado pela Demandante no presente processo de arbitragem, o que a Demandante efetivamente pretende é que se executem os efeitos jurídicos e materiais do Acórdão de 17.12.2021 proferido na anterior arbitragem.

Note-se que não está em causa o direito da Demandante ao ressarcimento pela quantia de € 1.869.482 e dos respetivos juros de mora, mas sim, o que é diferente e tem consequências processuais, os efeitos que a Demandante pretende alcançar com a presente arbitragem, efeitos esses que se consubstanciam na execução do Acórdão de 17.12.2021, o que a lei, como se sabe, não permite.

Como decorre da legislação aplicável, desde logo da Lei de Arbitragem Voluntária, os tribunais arbitrais não têm competência executiva (exceto nas situações previstas no n.º 2 do artigo 47º da LAV que se refere à liquidação de sentença de condenação genérica, o que não sucede no caso destes autos arbitrais).

A decisão arbitral comporta, a meu ver, outra fragilidade no que toca à apreciação da competência, uma vez que decide a mesma num momento em que processualmente as Partes já não se podem pronunciar, com a agravante de a decisão arbitral não ter atendido ao regime sobre a decisão da competência do tribunal arbitral prevista no artigo 28º do Regulamento do CAC.

Com efeito, a decisão arbitral ignora o facto de não se ter respeitado o prazo de 30 dias para o efeito previsto no n.º 1 do referido artigo 28º e, ao decidir já o processo, confrontará as Partes com a decisão definitiva sobre a competência do tribunal, afastando-se das regras aplicáveis sobre esta matéria.

Entendo que o presente Tribunal Arbitral é materialmente incompetente para conhecer do pedido formulado pela Demandante, pelo que a decisão arbitral ao julgar competente este tribunal arbitral, comete um julgamento incorreto, que não acompanho.

Relativamente à **exceção de caso julgado** também não se pode acompanhar a posição da decisão arbitral na medida em que entendo que o artigo 621º do Código do Processo Civil não tem aplicação no presente caso, na medida em que:

- (i) O Acórdão de 17.12.2021 decidiu que o valor de € 1.869.482 deveria ser repercutido no Contrato de Concessão anterior. O facto de as Partes não terem promovido atempadamente a referida repercussão não é da responsabilidade do _____, sendo de destacar que quando a Demandante enviou ao Demandado a carta de 17.03.2022 já o Contrato de Concessão havia cessado a sua vigência. A decisão arbitral assume um automatismo que não tem assento legal nem contratual ao assumir que, como já não existe o anterior Contrato de Concessão, então não existe outro remédio que não seja condenar o Demandado ao pagamento, o que manifestamente não decorre do Acórdão de 17.12.2021.

- (ii) Ao contrário do que indica a decisão arbitral entendo que não foi feita prova que tenha existido uma negociação entre a Demandante e o Demandado, condição determinada pelo Acórdão de 17.12.2021. Na verdade, se se atender ao teor dos Documentos 3 e 4 da Petição Inicial, o que se constata é que a Demandante veio solicitar ao Demandado que se desencadeasse “o processo a que se refere a cláusula 32ª do Contrato de Concessão”, tendo o Demandado respondido que, em virtude da existência de uma ação judicial em curso, “não tem sentido proceder à execução do dito acórdão”.

Daqui decorre que nunca existiu qualquer negociação, a qual necessariamente deve conter, pelo menos, a apresentação de uma proposta ou uma sessão/reunião negocial, o que não está provado nos presentes autos que tenha ocorrido.

Resulta, assim, que não podemos acompanhar a posição da decisão arbitral quando considera que a Demandante fez prova de ter adotado a conduta que impediu o anterior Tribunal Arbitral de determinar a adaptação do Contrato de Concessão.

Não tendo a Demandante recorrido ou, por outra via, reagido contra o Acórdão de 17.12.2021, o mesmo transitou em julgado, pelo que entendo que não pode este Tribunal Arbitral determinar o que o Tribunal Arbitral anterior não quis expressamente determinar – a condenação do Demandado no pagamento da quantia de € 1.869.482 e respetivos juros de mora.

Daqui resulta que deveria ter sido julgada procedente a exceção de violação de caso julgado.

A respeito **da matéria de facto**, também não concordo com a decisão arbitral quando refere que não existem factos controvertidos e dá como provado que ocorreram negociações entre a Demandante e o Demandado, fazendo uma alusão ao artigo 55º da Petição Inicial. O que resulta deste artigo é que a Demandante, como acima se indica, solicitou que se procedesse ao procedimento previsto na cláusula 32ª do Contrato de Concessão (numa data em que este contrato já não estava em vigor) mas tal não corresponde nem consubstancia qualquer negociação. A decisão arbitral dá como provado um facto que nem está sequer alegado nos termos que parecem resultar da decisão arbitral.

Ou seja, a decisão arbitral lavra em erro relativamente à matéria de facto ao dar como provado um facto essencial – a existência de negociação – o que não está alegado e, muito menos, provado.

Finalmente e no que respeita **à matéria de direito**, a decisão arbitral não assenta a sua posição em qualquer norma jurídica, limitando-se a alegar que a Demandante tem um interesse judicialmente reconhecido e que é merecedor de tutela sob pena de ficar desprotegido.

Esta posição da decisão arbitral não atende, de forma completa, à realidade jurídica que decorre do Acórdão de 17.12.2021, na medida em que não existe uma simples condenação ao pagamento da quantia de € 1.869.482 e respetivos juros de mora, mas sim a determinação de repercutir o dano avaliado nesse montante no Contrato de Concessão que, entretanto, já não vigora.

Aqui chegados, impõe-se perguntar se a via a seguir é condenar, sem mais, a Demandada, como perfilha a decisão arbitral.

Na minha opinião, esta via apenas deveria ser seguida se demonstrasse que a repercussão da referida quantia no anterior Contrato de Concessão não foi possível por culpa do Demandado, o que não sucedeu (nem a Demandante logrou provar).

Logo, condenar o Demandado ao pagamento daquela quantia à Demandante é imputar ao Demandado uma responsabilidade que esta manifestamente não tem – a de não ter sido possível repercutir no anterior Contrato de Concessão o impacto financeiro da verba de 1.869.482.

Se tal repercussão deixou objetivamente de ser possível, por causa não imputável ao Demandado, tal consubstancia um risco da Demandante que juridicamente não é passível de ser transferido para o Demandado, não havendo que condenar ao mesmo.

A decisão arbitral faz, a meu ver, uma leitura simplista da realidade jurídica subjacente à impossibilidade objetiva de repercussão no anterior Contrato de Concessão da verba de € 1.869.482, sem levar em consideração que tal impossibilidade tem a natureza de risco (contratual e processual) que não pode, sem mais, ser assacado ao Demandado, sob pena de desconsideração dos pressupostos típicos da responsabilidade civil, desde logo, o nexo de causalidade. Não foi o Demandado que, repita-se, impediu que tal repercussão não tivesse sido oportunamente realizada no anterior Contrato de Concessão. Por esta razão, não cabe condenar o Demandado nos termos formulados na decisão arbitral.

Por esta razão, não acompanhamos o julgamento de mérito da decisão arbitral.

Em síntese, entendo que deveriam ser julgadas procedentes as exceções de incompetência do tribunal arbitral e de violação do caso julgado e, ainda que assim não fosse, a pretensão da Demandante deve ser julgada improcedente pelas razões acima indicadas.

Lisboa, 22 de janeiro de 2024

José Luís Esquível

(Árbitro)