



# **A Arbitragem em Empreitadas e Concessões de Obras e Serviços Públicos**

**Ana Rita Pupo de Oliveira**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em

**Engenharia Civil**

**Orientador**

Professor Doutor Rui Domingos Ribeiro da Cunha Marques

**Júri**

Presidente: Professor Doutor Nuno Gonçalo Cordeiro Marques de Almeida

Orientador: Professor Doutor Rui Domingos Ribeiro da Cunha Marques

Vogal: Professor Doutor António Morais Aguiar da Costa

**Outubro de 2018**

## **Declaração**

Declaro que o presente documento é um trabalho original da minha autoria e que cumpre todos os requisitos do Código de Conduta e Boas Práticas da Universidade de Lisboa.

# AGRADECIMENTOS

Ao Professor Rui Cunha Marques, por me ter cativado e levado a escolher o tema da presente dissertação e por toda a paciência ao longo do seu desenvolvimento.

À minha família, especialmente aos meus avós, por todo o apoio e carinho.

Ao Pedro, ao Tiago, à Vera e à Rúbia, por todo o apoio incondicional desde o primeiro dia.

À Joana e à Catarina, pela aventura que foram os últimos sete anos. Sem vocês, a viagem teria sido mais longa e dura, e não teria valido tanto a pena.

Ao meu irmão, por todo o carinho e por desde o primeiro dia me fazer ver que o Técnico era especial.

Aos meus pais, por todo o amor e apoio incondicional, por nunca terem duvidado das minhas capacidades, e por me formarem na mulher que sou hoje.

Ao Ricardo, por acreditar sempre em mim e nunca me ter deixado desistir, mesmo quando eu própria não via outra saída. Por sempre ver as minhas capacidades, mesmo quando eu não as via. Por todo o apoio e muito mais.

A todos, o meu sincero obrigado.



## RESUMO

Hoje em dia a arbitragem tem-se tornado um dos métodos mais escolhido para a resolução de conflitos, ao invés dos tradicionais tribunais. Em Portugal, na área das empreitadas e concessões de obras e serviços, tem-se verificado um aumento no uso da arbitragem. Acredita-se que este método possui um elevado potencial na resolução de conflitos para os setores público e privado, uma vez que se trata de um método mais célere, flexível e menos dispendioso que os tribunais judiciais.

Segundo o decreto-lei n.º 10/2011, a arbitragem é definida como “*uma forma de resolução de um litígio através de um terceiro neutro e imparcial (...), escolhido pelas partes (...) e cuja decisão tem o mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais.*”.

Analisando os estudos de caso, é possível confirmar que o tribunal arbitral diferiu sempre a favor das entidades privadas, parecendo-se, assim, concluir que é a entidade privada quem mais beneficia da arbitragem. É de salientar que em ambos os estudos os processos arbitrais foram requeridos pelas entidades privadas, o que leva a crer que as entidades públicas não dispõem do tempo e capacidade necessárias para preparar a sua defesa ao nível da acusação da entidade privada. Consequentemente, é perceptível a tendência que a entidade pública tem para se focar em questões de menor relevância.

Esta dissertação discute o uso da arbitragem na resolução de conflitos em concessões e empreitas de obras públicas. Através de dois estudos de caso várias conclusões são obtidas e diversas recomendações são efetuadas para melhorar o seu desempenho.

## PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem, litígios, conflitos, resolução, concessão, tribunal



## **ABSTRACT**

Nowadays, arbitration has become one of the most chosen methods for conflict resolution, rather than traditional courts. In Portugal, there has been an increase in the use of arbitration in the area of contracts and concessions for construction and services. It is believed that this method has a high potential in conflict resolution for both public and private sectors, as it is a faster, more flexible and less costly method than the judicial courts.

According to the Portuguese decree law number 10/2011, arbitration is defined as "*a way of settling a dispute through a neutral and impartial third party (...) chosen by the parties (...) and whose decision has the same legal value than judicial decisions.*"

Analyzing the case studies, it is possible to confirm that the arbitral tribunal has always deferred in favor of private entities, and it seems, therefore, to conclude that it is the private entity who most benefits from arbitration. It is noteworthy that in both studies the arbitration proceedings were requested by the private entities, which suggests that public entities do not have the time and capacity to prepare their defense at the level of the accusation of the private entity. Consequently, it is perceptible the tendency of the public entity to focus on issues of lesser importance.

This dissertation discusses the use of arbitration in conflict resolution in contracts and concessions of public construction. Through two case studies, several conclusions are obtained and several recommendations are made to improve their performance.

## **KEY-WORDS**

Arbitration, litigation, conflicts, resolution, concession, court





# ÍNDICE

Índice .....	vii
1. INTRODUÇÃO .....	1
1.1. Importância do tema.....	1
1.2. Objetivos da dissertação .....	1
1.3. Metodologia de investigação.....	2
1.4. Estrutura da dissertação .....	2
2. REVISÃO DA LITERATURA.....	5
2.1. Tipos de resolução de conflitos.....	5
2.1.1. <i>Governance</i> .....	5
2.1.2. Mediação .....	6
2.1.3. Conciliação .....	7
2.1.4. Comissão de peritos.....	8
2.1.5. Arbitragem .....	9
2.1.6. Litigação .....	9
3. A ARBITRAGEM EM PORTUGAL.....	11
3.1. Sobre a arbitragem.....	11
3.2. Vantagens e desvantagens.....	13
3.3. Funcionamento.....	16
3.4. Dados da arbitragem .....	23
4. ESTUDOS DE CASO.....	27
4.1. Estudo de caso 1.....	27
4.1.1. Contextualização .....	27
4.1.1.1. Adjudicação e celebração do contrato .....	27
4.1.1.2. Início da concessão.....	30
4.1.1.3. Retribuição ao concedente.....	30
4.1.1.4. Suspensão da tarifa variável de saneamento .....	31
4.1.1.5. Revisão tarifária.....	31
4.1.1.6. Plano de investimentos e projetos de execução de obras.....	32
4.1.1.7. Regulamento dos serviços .....	33
4.1.1.8. Auditoria do IRAR.....	33

4.1.1.9.	Modificação unilateral do contrato de concessão .....	33
4.1.1.10.	Reequilíbrio económico-financeiro da concessão.....	34
4.1.1.11.	Alegado incumprimento do contrato pela concessionária.....	35
4.1.1.12.	Alegado incumprimento do contrato pelo concedente .....	36
4.1.1.13.	Alteração das circunstâncias.....	36
4.1.2.	Constituição da arbitragem .....	36
4.1.3.	Objeto da arbitragem.....	37
4.1.4.	Análise do tribunal arbitral.....	38
4.1.4.1.	Considerações preliminares .....	38
4.1.4.2.	Invalidez do contrato de concessão.....	38
4.1.4.3.	Resolução ou modificação do contrato (artigo 437.º do Código Civil).....	45
4.1.4.4.	Rescisão do contrato pela entidade A devido ao incumprimento da entidade B 46	
4.1.4.5.	Reequilíbrio financeiro da concessão .....	47
4.1.4.6.	Montante em dívida da taxa variável de saneamento.....	48
4.1.4.7.	Modificação Unilateral do Contrato .....	49
4.1.4.8.	Rescisão do contrato pela entidade B com direito a indemnização.....	49
4.1.5.	Decisão.....	51
4.2.	Estudo de caso 2.....	53
4.2.1.	Contextualização .....	53
4.2.1.1.	O contrato.....	53
4.2.1.2.	Início da concessão.....	53
4.2.1.3.	Aditamento ao contrato .....	54
4.2.1.4.	Execução do contrato.....	54
4.2.1.5.	Discrepância entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada ..	55
4.2.1.6.	Contatos entre as partes relativos às suas divergências.....	55
4.2.2.	Constituição da arbitragem .....	56
4.2.3.	Objeto da arbitragem.....	57
4.2.4.	Análise do tribunal arbitral.....	57
4.2.4.1.	Aspetos do caso base constante do contrato .....	57
4.2.4.2.	Caso base e reposição do equilíbrio económico-financeiro.....	58
4.2.4.3.	Aditamento ao contrato de 12.6.2008 .....	58

4.2.4.4.	Divergência entre as previsões de faturação e a faturação verificada .....	59
4.2.4.5.	O consumo de água do demandado .....	60
4.2.4.6.	Contexto social condicionador do consumo de água.....	60
4.2.4.7.	A execução do plano de investimentos da concessionária.....	60
4.2.4.8.	Construção das ETAR de Macieira de Rates e de Cristelo .....	61
4.2.4.9.	Dependência da demandante da Águas do Cávado, S.A.....	61
4.2.4.10.	Discrepância entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada 62	
4.2.4.11.	Reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão .....	62
4.2.4.12.	O projeto de alteração do contrato de 2009, o início das divergências entre as partes e contactos acerca delas .....	63
4.2.4.13.	As alegadas invalidades do contrato.....	63
4.2.4.14.	Rescisão do contrato pela entidade B nos termos do artigo 99.º do contrato 66	
4.2.5.	Decisão.....	67
4.3.	Conclusão.....	67
5.	CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES .....	69
5.1.	Síntese conclusiva.....	69
5.2.	Recomendações para estudos futuros.....	70
5.3.	Limitações do estudo .....	71
	Referências bibliográficas .....	73



## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 – Características mais apreciadas na arbitragem internacional, em 2015 [19]. .....	24
Gráfico 2 – Características menos apreciadas na arbitragem internacional, em 2015 [19]. .....	25

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 – Diferença entre a quantidade de água entrada no sistema de abastecimento e a quantidade de água faturada aos clientes, para os anos de 2005 a 2009 .....	55
Tabela 2 – Caudais totais anuais de abastecimento de água faturáveis previstos no caso base, para os anos de 2005 a 2010.....	58
Tabela 3 – Diferença entre as receitas previstas no caso base inicial e as previstas após a alteração de tarifário, para os anos de 2008 a 2010.....	58
Tabela 4 – Diferença entre a capitação do consumo de água previsto e a capitação do consumo de água real, para os anos de 2005 a 2009 .....	60
Tabela 5 – Valor dos investimentos realizados pela entidade B, para os anos de 2004 a 2007	60
Tabela 6 – Caudais anuais de abastecimento de água registados nos anos de 2005 a 2009 ..	63

## **LISTA DE SÍMBOLOS E ABREVIATURAS**

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos, decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de novembro

CRP – Constituição da República Portuguesa

IRAR – Instituto Regulador de Águas e Resíduos

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária, lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro

LM – Lei da Mediação, lei n.º 29/2013, de 19 de abril

TIR – Taxa Interna de Retorno



# **1. INTRODUÇÃO**

## **1.1. Importância do tema**

Nos dias que correm a arbitragem é o método cada vez mais escolhido a nível mundial para a resolução de conflitos, ao invés dos tradicionais tribunais, e é cada vez mais reconhecida como um método de sucesso na resolução de conflitos não só entre entidades privadas como em conflitos que envolvem entidades públicas. Em Portugal, o crescente uso da arbitragem como método de resolução de conflitos tem-se verificado principalmente na resolução de conflitos na área do consumo. Na área das empreitadas e concessões de obras e serviços, embora se tenha verificado um aumento no uso da arbitragem, este aumento não tem sido tão exponencial como o aumento nos litígios de consumo, especialmente no setor das empreitadas e concessões de obras e serviços públicos. Acredita-se, no entanto, que este método possui um elevado potencial na resolução de conflitos para o setor público (e para o setor privado), uma vez que se trata de um método mais célere, flexível e menos dispendioso que os tribunais judiciais.

O presente tema ganha a sua importância na medida em que é necessário promover a arbitragem como um método vantajoso na resolução de conflitos do setor público, fazendo chegar aos leitores da presente dissertação um maior entendimento e, conseqüentemente, conhecimento sobre a arbitragem, a sua aplicabilidade e funcionalidade e as suas vantagens e desvantagens. Mais, é de importância acrescida promover de que modo é que a arbitragem pode beneficiar ambos os setores e descobrir o que pode ser feito pelas entidades deste setor, por forma a que retirem o maior partido possível deste método de resolução de conflitos, algo que não tem sido feito até agora, como se irá observar pela análise dos casos de estudo no capítulo 4.

## **1.2. Objetivos da dissertação**

Sendo a arbitragem em Portugal ainda pouco usada na área das empreitadas e concessões de serviços e obras (o contrário se verifica no ramo comercial e na disputa de conflitos de consumo), um dos objetivos da presente dissertação prende-se com a necessidade de descobrir a arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos face aos métodos tradicionais – os tribunais judiciais –, principalmente ao nível das empreitadas e concessões de obras e serviços públicos. Graças à sua maior celeridade, flexibilidade, confidencialidade e de esta ser, conseqüentemente, menos dispendiosa, acredita-se que a arbitragem se traduz num método de resolução de conflitos mais vantajoso para as entidades públicas e privadas que os tribunais judiciais.

Outro dos objetivos da atual dissertação visa responder à pergunta: privado vs. público – qual a entidade que mais beneficia do uso da arbitragem e porquê? Uma vez mais, o baixo recurso das entidades públicas à arbitragem como método de resolução dos seus conflitos reflete-se na

preparação e na capacidade de lidar com um processo de arbitragem que estas entidades não detêm. Acredita-se, por isso, que são as entidades privadas do processo a beneficiar mais deste método de resolução de conflitos e a tirar maior partido do mesmo, o que conduz ao último objetivo da presente dissertação: tentar perceber o que poderia ser feito por parte das entidades públicas para inverter a situação e tirar o maior partido possível deste método de resolução de conflitos.

### **1.3. Metodologia de investigação**

Como metodologia de investigação definiu-se, em primeiro lugar, quais os tópicos a abordar na presente dissertação e qual a ordem em que os mesmos seriam desenvolvidos. Encontrando-se os tópicos definidos, iniciou-se a investigação do tema da dissertação através da obtenção de conhecimento geral sobre o tema e na sua integração nos diferentes métodos de resolução de conflitos. Seguidamente, procedeu-se ao aprofundamento dos conhecimentos sobre o tema, nomeadamente sobre o que é e o que envolve, quais as suas vantagens e desvantagens e o seu funcionamento, tendo-se ainda procedido ao levantamento de alguns dados estatísticos sobre o mesmo. Já com o conhecimento sobre o tema consolidado, procedeu-se à análise dos casos de estudo. É de referir que os mesmos foram selecionados, tendo em consideração a informação encontrada publicamente – dado que a arbitragem se trata de um processo sigiloso, não se encontra com facilidade processos disponíveis publicamente, sendo estes mesmo raros. Por último, procedeu-se à resposta dos objetivos definidos para a presente dissertação, tendo por base toda a investigação realizada até este ponto.

### **1.4. Estrutura da dissertação**

A presente dissertação encontra-se dividida em cinco capítulos principais, os quais se encontram subdivididos em diversos subcapítulos, permitindo assim uma melhor organização estrutural do documento.

O presente capítulo que aqui se evidenciou, introduz a dissertação.

O capítulo 2 trata da revisão da literatura, a qual se encontra subdividida em diferentes tipos de resolução de conflitos, sendo eles a *governance*, a mediação, a conciliação, a comissão de peritos, a arbitragem e a litigação. Neste capítulo efetua-se uma descrição sumária de cada um dos métodos de resolução de conflitos, a qual envolve que tipo de método se trata, em que situações é aplicável e em que medida é que são considerados um meio alternativo de resolução de conflitos.

O terceiro capítulo fala sobre a arbitragem em Portugal, ao nível do que é a arbitragem, para permitir ao leitor uma maior compreensão do tema, as suas vantagens e desvantagens como método alternativo de resolução de conflitos, comparativamente ao método tradicional – a



litigação –, ao nível do funcionamento da mesma, nomeadamente sobre as leis aplicáveis, os passos que ocorrem num processo arbitral, quais as partes envolvidas, honorários e custos do processo e o deferimento da sentença.

Já no capítulo 4, são analisados e desenvolvidos os casos de estudo, os quais se tratam de duas instâncias arbitrais que envolvem, cada uma, uma entidade pública (as câmaras municipais) e uma entidade privada (as concessionárias dos sistemas de abastecimento de água de saneamento de águas residuais dos municípios). Para cada caso de estudo procede-se à contextualização de cada caso, ao levantamento dos objetivos de cada arbitragem, à examinação da análise realizada pelos respetivos tribunais arbitrais e, por fim, ao levantamento da decisão destes últimos.

No último capítulo evidenciam-se as principais conclusões e recomendações.



## 2. REVISÃO DA LITERATURA

### 2.1. Tipos de resolução de conflitos

A existência de conflitos díspares veio dar lugar à criação e desenvolvimento de diversos tipos de resolução de conflitos, os quais são usados e aplicados consoante o tipo de conflito existente, a sua dimensão, o estado do conflito e, ainda, com base na relação existente entre as partes litigantes.

No presente capítulo serão, assim, abordados diversos tipos de resolução de conflitos, os quais podem ser usados para dar resposta e pôr fim a litígios existentes em concessões e empreitadas de obras e serviços públicos.

#### 2.1.1. Governance

De acordo com o Banco Mundial, *governance* pode ser definida, de uma maneira geral, como sendo "(...) o *exercício da autoridade, controlo, gestão, poder do governo*"<sup>1</sup> [1]. Mais especificamente, *governance* é definida como sendo "(...) a *forma como o poder é exercido na gestão dos recursos económicos e sociais de um país para o desenvolvimento*"<sup>2</sup> [1]. O Banco acrescenta ainda que "(...) a *boa governança é fundamental para criar e sustentar um ambiente que promova um desenvolvimento forte e equitativo, e é um complemento essencial para políticas económicas sólidas.*"<sup>3</sup> [1].

Ao nível das empreitadas e concessões de obras e serviços públicos, aplica-se a *corporate governance*. Esta corresponde não só ao sistema através do qual as organizações empresariais são dirigidas e controladas, como inclui ainda as relações entre os envolvidos e os objetivos para os quais a empresa é orientada.

A *governance* pode, assim, ser sumariamente descrita como sendo o modo como todos os intervenientes nas empreitadas e concessões de obras e serviços públicos se relacionam uns com os outros. Trata-se de um meio que reduz a probabilidade de ocorrência de conflitos na medida em que, quanto melhor for a relação entre os intervenientes, menor é a probabilidade de se gerarem conflitos entre estes, ou, caso os conflitos surjam, maior é a possibilidade de serem resolvidos entre os intervenientes, sem recurso a qualquer outro meio de resolução de conflitos.

Segundo o *Contract Management Manual da Partnerships Victoria*, existem três fatores chave que devem ser seguidos por forma a estabelecer uma boa relação entre todos os intervenientes nas empreitadas e concessões de obras e serviço públicos [2]:

---

<sup>1</sup> The World Bank, *Governance and Development*, 1992, p 3.

<sup>2</sup> The World Bank, *Governance and Development*, 1992, p 1.

<sup>3</sup> The World Bank, *Governance and Development*, 1992, p 1.

- Benefício mútuo – as partes devem encarar o projeto como sendo um acordo mutuamente benéfico;
- Compreensão dos objetivos – as partes devem ser capazes de apreciar os objetivos das outras partes e os objetivos que têm em comum;
- Comunicação aberta – as partes devem comunicar abertamente entre si, visto que a existência de comunicação aberta promove a cooperação e o alinhamento dos interesses comuns das partes. Deve-se ter em conta que a existência de comunicação aberta não implica que as partes devem compartilhar todas as informações referentes ao projeto. No entanto, desde que a partilha de informação não comprometa interesses públicos, comerciais ou legais, essa informação deve ser compartilhada entre as partes por forma a melhorar a relação entre si.

### 2.1.2. Mediação

Segundo a alínea a) do artigo 2.º da Lei da Mediação (LM), a mediação é “(...) *a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”, sendo o mediador um intermediário imparcial e independente, sem qualquer tipo de poderes de imposição às partes em litígio.

A mediação trata-se, por isso, de um método de resolução de conflitos alternativo aos métodos tradicionais, na medida em que as partes envolvidas possuem controlo sobre todo o processo (*empowerment*), nomeadamente sobre o seu desenvolvimento e o respetivo resultado final. Esta tem por base o conceito de que é nas partes que se encontra a resolução do conflito, sendo apenas através delas que se obtém a solução mais adequada e justa [3].

Assim, a mediação detém como objetivos [4]:

- Auxiliar as partes intervenientes a compreenderem melhor os interesses e necessidades próprias e dos outros litigantes;
- Apoiar a conceção e comunicação de novas ideias ou a reformulação de propostas para termos mais aceitáveis;
- Estimular a conceção de soluções para a resolução de problemas atuais;
- Garantir as relações entre as partes e prever as necessidades futuras.

Todo o processo que envolve a mediação possui uma duração variável, dependendo do tipo e complexidade dos conflitos a resolver e do relacionamento e abertura das partes envolvidas.

Este processo tem início com a pré-mediação, onde os litigantes são informados sobre o que é a mediação, quais as etapas que a constituem e onde todas as suas questões são sujeitas a avaliação por parte do mediador de forma a verificar a sua adequabilidade à aplicação da mediação. De seguida, ocorre a mediação propriamente dita, ao longo da qual os litigantes

dialogam e trabalham em conjunto, com o apoio do mediador, com o objetivo de solucionarem o conflito e obterem uma solução que vá ao encontro das respetivas necessidades e interesses.

Caso os litigantes assim o desejem, a solução obtida no final do processo pode ter força executiva se esta for homologada por um juiz (no âmbito dos Julgados de Paz<sup>4</sup>) ou pode ter o valor legal de um contrato jurídico [5].

É de salientar que o processo de mediação é confidencial, ou seja, o mediador não pode divulgar o processo nem pode ser invocado posteriormente como testemunha em processo judicial. Este sigilo possibilita às partes que falem sem constrangimentos e sem receio do mediador.

Segundo a alínea b) do artigo 2.º da LM, o mediador é “(...) *um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.*”.

O mediador deve ser imparcial e neutro na medida em que não deve possuir qualquer ligação com as partes nem qualquer interesse pessoal no conflito. Ao mesmo tempo, deve promover a veracidade e objetividade dos problemas, colocando-os em perspetiva e ajudando as partes intervenientes a entender os conflitos subjetivos que perturbam a comunicação e impossibilitam o seu entendimento. Assim, possui como função conduzir as partes litigantes, estabelecendo a comunicação entre elas e orientando a troca de perspetivas, de forma a que estas alcancem a solução que colocará fim ao conflito.

Ao contrário de um juiz ou de um árbitro, um mediador não tem direito a qualquer tipo de decisão sobre o resultado da disputa, uma vez que segundo o número 1 do artigo 4.º da LM, compete unicamente às partes a responsabilidade pelas decisões tomadas ao longo da mediação e, segundo a alínea b) do artigo 26.º da LM, ser um dever do mediador de conflitos este privar-se de decretar qualquer acordo às partes litigantes.

### 2.1.3. Conciliação

A conciliação corresponde a um tipo de resolução de conflitos na qual os litigantes, com a intervenção de um terceiro imparcial (o conciliador), procuram encontrar uma solução para o litígio em causa.

O conciliador, juntamente com as partes, orienta o processo de conciliação, levando-as a debater as suas divergências e a alcançar voluntariamente um acordo. Destacando os aspetos objetivos do conflito, este estimula uma solução rápida e não exaustiva do conflito e assiste as partes para que estas atinjam um acordo da sua responsabilidade.

---

<sup>4</sup> Os Julgados de Paz tratam-se de tribunais munidos de características de funcionamento e organização próprias, competentes para resolver causas de valor reduzido, de forma mais célere e mais próxima do cidadão. Encontram-se regidos em Portugal pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

Ao atingirem o acordo, as partes assinam um termo produzido pelo conciliador, o qual descreve todo o processo de conciliação bem como o acordo final, que será posteriormente homologado por um juiz pondo, assim, fim ao processo.

Comparando o mediador com o conciliador, este último adota uma posição mais ativa, chegando mesmo a recomendar uma solução para o conflito [6].

A conciliação difere da mediação em três aspetos fundamentais:

- O acordo obtido no processo de conciliação nem sempre é inteiramente satisfatório;
- É possível atingir uma situação de compromisso por parte das partes sem grande impacto no futuro, independentemente da posição inicial das partes;
- Apesar de não se estar perante o resultado ideal, as cedências realizadas por ambas as partes permitem obter uma solução mais vantajosa do que a manutenção do conflito.

Assim, é defendido que a conciliação diz respeito a um meio de resolução de conflitos mais indicado para situações mais formais em que as partes não desejem manter o seu relacionamento no futuro [7].

A conciliação é realizada por Julgados de Paz e em centros de arbitragem. Nos centros de arbitragem esta é, comumente, utilizada como fase prévia à arbitragem e, caso as partes cheguem a acordo no decorrer do processo de conciliação, esta é passada a escrito em ata e aprovada pelo juiz árbitro do centro.

Apesar da existência de dados sobre as técnicas utilizadas na conciliação ser escassa, verifica-se que alguns dos métodos utilizados passam pela realização de reuniões individuais com cada uma das partes, de forma a que o conciliador consiga identificar os aspetos principais do conflito para cada um dos litigantes [8], e, assim, conseguir conduzir o processo com maior eficácia.

#### 2.1.4. Comissão de peritos

Uma comissão de peritos pode ser definida como sendo o órgão responsável pela análise técnica e pela implementação de convenções criadas relativas a um diferendo entre as partes.

Sempre que surgem conflitos e/ou divergências entre duas ou mais partes de uma empreitada ou concessão de obras e serviços públicos, estas podem recorrer a uma comissão de peritos para dirimir esses mesmos conflitos e/ou divergências.

A comissão de peritos é usualmente constituída por três peritos, cabendo a cada parte litigiosa a nomeação de um perito. Posteriormente, os peritos designados pelas partes têm como dever nomear o terceiro perito que irá atuar como presidente da comissão de peritos.

O funcionamento da comissão de peritos carece de enquadramento regulamentar, o qual é homologado por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das obras públicas.

### 2.1.5. Arbitragem

A arbitragem é considerada atualmente o meio alternativo de resolução de conflitos mais idêntico ao sistema judicial tradicional, visto esta se tratar de “(...) *um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros.*”<sup>5</sup> [3], e encontra-se regulamentada pela Lei da Arbitragem Voluntária (LAV).

A arbitragem difere do sistema judicial tradicional na medida em que, sendo uma técnica de resolução de conflitos privada, permite que os litigantes elejam os terceiros (designados por árbitros) que irão resolver por eles a questão litigiosa. Difere ainda do sistema tradicional dado que possibilita igualmente às partes a escolha do tipo de procedimento que irá ser seguido para resolver o litígio em causa (legislação nacional ou estrangeira, usos e costumes, etc.).

Os árbitros devem ser neutros e imparciais, e, segundo o número 1 do artigo 9.º da LAV, “(...) *devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.*”. Estes não são profissionais em si, mas sim especialistas nas suas áreas de formação, não existindo qualquer tipo de limitação quanto às suas áreas de formação e habilitações literárias [3]. Os árbitros normalmente são escolhidos pelas partes devido, precisamente, aos profundos conhecimentos que possuem da área em que se inserem os litígios em causa. As suas decisões finais sobre o litígio são vinculativas e possuem a mesma força executiva que as sentenças proferidas pelo sistema judicial tradicional.

A arbitragem é também considerada um meio misto de resolução de conflitos, isto é, é considerado um meio de resolução de conflitos simultaneamente contencioso e não contencioso. Tal ocorre devido ao facto de as partes, numa fase inicial, possuírem por completo o domínio do processo arbitral e, posteriormente, passarem o controlo do processo para os árbitros seleccionados [9].

O estudo da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, irá ser abordado com maior detalhe no capítulo 3.

### 2.1.6. Litigação

Litigação é o termo utilizado para descrever a resolução de conflitos recorrendo ao sistema judicial, nomeadamente os tribunais judiciais.

Segundo o artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. Deles provêm decisões vinculativas para todas as entidades públicas e privadas, predominando sobre as de quaisquer outras autoridades [10].

O sistema judicial português é constituído por diversas categorias de tribunais, independentes entre si e com estrutura e regime próprios, sendo elas [11]:

---

<sup>5</sup> Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2015, p. 119.

- Tribunais Judiciais – constituem a primeira das categorias dos tribunais comuns, tendo por órgão superior o Supremo Tribunal de Justiça;
- Tribunal Constitucional – trata-se do tribunal de recurso das decisões dos restantes tribunais em matéria de constitucionalidade, distinguindo-se por isso dos restantes tribunais judiciais;
- Tribunais Administrativos e Fiscais – possuem como tribunal superior o Supremo Tribunal Administrativo, tendo como função o julgamento de litígios emergentes das relações administrativas e fiscais;
- Tribunal de Contas – possui como funções jurisdicionais a fiscalização de despesas públicas e o julgamento das contas públicas;
- Julgados de Paz – já mencionados no capítulo 2.3.

Quando os litígios em causa correspondem a litígios relacionados com concessões e empreitadas de obras públicas, é aos tribunais administrativos e fiscais que compete a resolução desses conflitos, dado que, tal como foi mencionado, estes tribunais possuem como função o julgamento de conflitos em matéria administrativa e fiscal, ou seja, altercações que envolvam particulares e/ou pessoas coletivas públicas.

Enquanto tribunais de primeira instância, os tribunais administrativos e fiscais são constituídos pelos tribunais administrativos de círculo e pelos tribunais tributários. Os tribunais administrativos de círculo possuem como função o julgamento de conflitos em matéria administrativa e os tribunais tributários o julgamento de conflitos em matéria fiscal.

Os Tribunais Centrais Administrativos constituem os tribunais administrativos e fiscais de segunda instância, tendo como principal função a apreciação dos recursos dos litígios que tenham sido julgados nos tribunais administrativos de círculo e nos tribunais tributários. Estes tribunais são constituídos por duas secções, estando uma das secções ligada ao julgamento de questões de natureza administrativa e a outra ligada ao julgamento de questões de natureza tributária.

Como já foi referido, os tribunais administrativos e fiscais possuem como órgão superior o Supremo Tribunal Administrativo, cuja principal função é a de julgar os recursos em matéria administrativa e fiscal. O Supremo Tribunal Administrativo possui jurisdição a nível nacional e é constituído por duas secções: uma secção de contencioso administrativo e outra de contencioso tributário [12].



## 3. A ARBITRAGEM EM PORTUGAL

### 3.1. Sobre a arbitragem

A utilização da arbitragem como meio de resolução de litígios teve início na Europa medieval. Para os comerciantes das feiras europeias a arbitragem possuía essencialmente duas vantagens: era uma alternativa rápida e possibilitava o julgamento dos litígios segundo regras comerciais distintas das estatais [3]. Em Portugal, a arbitragem começa a ser referenciada em documentos datados do século XIII, sendo os árbitros denominados de “juízes alvidros”.

No entanto, é no período do liberalismo que a arbitragem voluntária começa a aparecer regulamentada, tal como a conhecemos hoje.

A arbitragem voluntária ganhou notoriedade durante a Revolução Francesa, na qual as entidades particulares, por forma a não se submeterem aos juízes do antigo regime, outorgavam a resolução dos seus conflitos a outros cidadãos particulares, sendo na Constituição francesa de 1791 que a arbitragem passa a ser vista como uma instituição processual. Em Portugal, tal só ocorre na Constituição portuguesa de 1822, a qual diz, no artigo 194.º, “*Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes Árbitros, para as decidirem.*” [13].

A arbitragem continuou a ser regulamentada nas sucessivas reformas judiciais, sendo consagrada no ordenamento jurídico português em 1986, através da lei n.º 31/86, de 29 de agosto. Devido à crescente necessidade de a adequar à realidade da sociedade portuguesa, esta lei encontra-se hoje revogada pela lei n.º 63/2011, de 14 de novembro, também designada como Lei da Arbitragem Voluntária (LAV).

Segundo o decreto-lei n.º 10/2011, a arbitragem é definida como “*uma forma de resolução de um litígio através de um terceiro neutro e imparcial – o árbitro –, escolhido pelas partes ou designado pelo Centro de Arbitragem Administrativa e cuja decisão tem o mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais.*”. A arbitragem é, assim, um meio alternativo de resolução de conflitos jurisdicional e adjudicatório [3].

Como foi referido no capítulo 2.5, a arbitragem é considerada um meio misto de resolução de conflitos. Esta tese tem vindo a ser adotada na doutrina atual devido ao facto de a arbitragem possuir uma base contratual e, simultaneamente, se tratar de uma atividade jurisdicional, que origina uma decisão com poder jurisdicional. Mariana Gouveia enuncia que a “*Prova deste carácter misto é a eficácia executiva da decisão arbitral (elemento público), por um lado, e a limitação da competência do tribunal arbitral, por outro, à convenção de arbitragem (elemento privado).*”<sup>6</sup> [3].

---

<sup>6</sup> Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2015, p.120.

A base contratual da arbitragem advém da convenção de arbitragem – acordo criado entre as partes, o qual estabelece que todos os seus litígios, sejam eles atuais ou futuros, serão submetidos a arbitragem.

A convenção de arbitragem, segundo o número 3 do artigo 1.º da LAV, pode ser de dois tipos:

- Compromisso arbitral, quando o litígio em causa se trata de um litígio atual;
- Cláusula arbitral, quando a convenção tem por objetivo a resolução de conflitos que poderão surgir entre as partes no futuro.

Estes dois tipos de convenção de arbitragem distinguem-se, essencialmente, quanto à existência ou não de conflito. Conforme o disposto no número 6 do 2.º artigo da LAV, o compromisso arbitral deve discriminar a razão do conflito e a cláusula arbitral deve especificar a relação jurídica a que os conflitos respeitem.

A convenção de arbitragem deve tomar forma escrita, sendo aceite para tal “(...) *documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação.*” (número 2 do artigo 2.º da LAV).

Os litígios submetidos à arbitragem podem ser resolvidos recorrendo a tribunais “ad hoc” ou a tribunais institucionalizados, os centros de arbitragem [14]. Os primeiros tratam-se de tribunais fundados exclusivamente para um determinado conflito, isto é, o tribunal só é criado após a convenção de arbitragem e é abolido após ser tomada a decisão arbitral. Já os centros de arbitragem consistem em instituições arbitrais permanentes, que detêm regulamentação própria [3]. Fazem parte das funções dos centros de arbitragem a constituição do tribunal arbitral prestar apoio às partes litigantes em matérias relacionadas com a organização, condução e gestão do processo arbitral. Quanto à resolução do litígio, esta competência apenas diz respeito aos árbitros nomeados, não fazendo parte das funções dos centros de arbitragem [15].

Quanto aos tribunais “ad hoc”, esta não padece do apoio dos centros de arbitragem, sendo a responsabilidade de nomeação de árbitros, caso as partes não se encontrem em acordo, função dos mesmos ou da entidade nomeante selecionada pelas partes ou, em último caso, do tribunal judicial. De igual forma, constituem funções dos árbitros todos os trabalhos inerentes à organização, condução e gestão do processo arbitral [15].

Segundo o número 1 do artigo 1.º da LAV, todo e qualquer litígio pode ser submetido a arbitragem, desde que este “(...) *por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária (...).*”. Assim, e de acordo com o artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), “(...) *pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de:*

- a) *Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução;*
- b) *Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas;*
- c) *Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário;*
- d) *Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.”.*

Quanto à sua constituição, os tribunais arbitrais podem ser compostos por um só árbitro (tribunal arbitral singular) ou por múltiplos árbitros (tribunal arbitral plural), desde que estes sejam sempre em número ímpar, quer se esteja perante tribunais “ad hoc” ou tribunais institucionalizados ( “(...) salvo se, neste último caso, o regulamento da arbitragem não consentir a fixação de um número de árbitros diferente do que nele de prevê.”<sup>7</sup> [15]).

Caso as partes não tenham acordado quanto ao número de árbitros que irão compor o tribunal arbitral, este é constituído obrigatoriamente por três árbitros (número 2 do artigo 8.º da LAV).

Tal como já foi referido no capítulo 2.5, os árbitros a selecionar pelas partes devem ser indivíduos singulares, independentes, imparciais e plenamente capazes de desempenhar a sua função. É de salientar que, de acordo com o número 4 do artigo 9.º da LAV, nenhum árbitro pode ser responsabilizado pelos danos que ocorram das decisões por eles proclamadas.

Destaca-se ainda a seção 33 da primeira parte da Lei de Arbitragem Inglesa de 1996, a qual apresenta o dever geral dos constituintes do tribunal arbitral, isto é, dos árbitros:

- Agir justa e imparcialmente entre as partes, providenciando a cada uma a oportunidade de dispor o seu caso e de lidar com o do seu oponente;
- Adotar procedimentos que sejam adequados às circunstâncias de cada caso em particular, evitando despesas e atrasos desnecessários, por forma a fornecer um meio justo para a resolução dos litígios em causa.

### **3.2. Vantagens e desvantagens**

A arbitragem apresenta diversas vantagens e desvantagens para os litigantes que elegem este meio de resolução alternativo de conflitos para pôr fim aos seus litígios.

Uma das vantagens mais importantes da arbitragem encontra-se na confidencialidade do processo arbitral. Tendo em consideração que a resolução de um litígio por via judicial o torna público e a cujo processo é possível aceder, recorrer à arbitragem permite às partes manter a

---

<sup>7</sup> Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2015, p.239.

confidencialidade durante todo o processo, quer este decorra em tribunais arbitrais quer em centros de arbitragem [16]. A confidencialidade do processo arbitral encontra-se exposta no número 5 do artigo 30.º da LAV, o qual diz que “*Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam (...) a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral (...).*”.

Não obstante, há que ter em consideração que as decisões judiciais são sempre públicas [17], o que leva a que as decisões decretadas por tribunais arbitrais transitadas em julgado<sup>8</sup> sejam obrigatoriamente publicadas pelo Ministério da Justiça (artigo 185.º-B do CPTA). A este artigo soma-se ainda o número 6 do artigo 30.º da LAV, o qual dispõe que, caso nenhuma das partes se oponha, nada impede a publicação das sentenças e decisões proferidas pelo tribunal arbitral, desde que não possuam quaisquer elementos de identificação dos litigantes.

Deve-se também ter sempre em consideração a existência da possibilidade de, findado o processo arbitral, este se tornar público uma vez que as partes podem divulgar informação à imprensa ou como resultado de uma moção para reforçar o acordo obtido [17].

A celeridade do processo arbitral é, sem dúvida, uma vantagem significativa deste método de resolução de conflitos. Comparativamente aos processos judiciais, a celeridade dos processos arbitrais advém da maior disponibilidade do árbitro para o processo em curso e, de igual forma, da menor complexidade do processo arbitral [15]. Adicionalmente, segundo o número 1 do artigo 43.º da LAV, a sentença final deve ser proclamada num prazo de 12 meses, prazo esse que tem início na data de aceitação do último árbitro. Embora este prazo possa ser prolongado com o consentimento de ambas as partes, um processo arbitral é, geralmente, concluído de forma muito mais célere do que os processos judiciais.

A flexibilidade do processo também se demonstra numa vantagem da arbitragem. Esta característica pode ser traduzida no maior controlo que as partes possuem sobre os prazos da arbitragem, tendo em conta que os árbitros tendem a estabelecer prazos que sejam convenientes para as partes e estas, por acordo, terem a possibilidade de encurtar esses mesmos prazos, contribuindo, assim, para a maior celeridade do processo [16] [17].

Outra das grandes vantagens da arbitragem reside no facto deste meio de resolução de litígios se revelar um meio mais económico, quando comparado com os tribunais judiciais. A celeridade do processo é, notoriamente, um fator de grande economia para os litigantes.

Por outro lado, a recolha de depoimentos diz respeito a uma ação mais limitada na arbitragem, o que reduz substancialmente os custos com os honorários dos árbitros e diminui a sua interferência com a gestão do tempo do processo arbitral [17].

---

<sup>8</sup> Uma decisão transitada em julgado trata-se de uma decisão ou acórdão judicial da qual já não é possível recorrer, quer seja porque já não existem recursos possíveis, ou porque terminou o prazo para recorrer ou por acordo homologado por sentença entre as partes.

Mais, a introdução de provas no processo é realizada com maior rapidez e menor disputa. Tal ocorre porque as regras dos tribunais judiciais relativas às provas não se aplicarem à arbitragem, o que conduz a uma diminuição das moções apresentadas que contestam a admissibilidade das provas apresentadas. Tal permite que determinadas provas que seriam excluídas em processos judiciais sejam admitidas nos processos arbitrais e, posteriormente, sejam revistas rapidamente e postas de parte pelos árbitros, reduzindo assim os custos de revisão das provas [17].

Os custos com a arbitragem podem ainda ser reduzidos pelas partes, desde que estas selecionem um único árbitro na constituição do tribunal arbitral. Caso seja imperativo que o tribunal arbitral seja constituído por mais de um árbitro, as partes podem reduzir os custos do processo escolhendo árbitros que pertençam à mesma localização geográfica do local da audiência, o que facilita o planeamento do processo arbitral e reduz as despesas de viagem dos árbitros [17].

A possibilidade que é dada às partes para a escolha dos árbitros que irão presidir o seu litígio, permite selecionar árbitros com um maior e mais adequado conhecimento sobre as matérias sujeitas à arbitragem. Assim, os árbitros poderão tomar decisões mais justas e adaptadas ao litígio em causa, vantagem que a arbitragem possui face à generalidade existente nos tribunais judiciais [15] [16].

Para além da escolha dos árbitros, também é dada às partes a possibilidade de acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem. Esta possibilidade pode ser traduzida numa grande vantagem da arbitragem, na medida em que deste modo se permite *“criar regras processuais flexíveis, quase casuísticas, que permitam um tratamento célere e adequado do caso.”*<sup>9</sup> [3].

Não obstante, a possibilidade da escolha das regras do processo arbitral pode igualmente ser traduzida numa desvantagem da arbitragem, visto esta poder ser influenciada em prol de uma das partes, tornando o processo arbitral desequilibrado.

Por fim, tem-se a eficácia da decisão como outra vantagem da arbitragem. Segundo o número 7 do artigo 42.º da LAV, excetuando os casos em que a sentença decretada pelo tribunal arbitral possa ser anulada judicialmente, esta possui *“(...) o mesmo carácter obrigatório (...) e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.”*

Quando as partes não se dispõem a colaborar com o tribunal arbitral, nomeadamente na produção de provas requisitadas pelos árbitros, o processo arbitral ostenta alguma vulnerabilidade. Esta vulnerabilidade do processo traduz-se numa desvantagem da arbitragem. Tendo em consideração que todas as informações e provas essenciais ao esclarecimento da verdade são detidos pelas partes litigantes, quando estas se recusam a cooperar com o tribunal arbitral, tornam a arbitragem menos eficaz [15].

---

<sup>9</sup> Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2015, p. 235.

A ineficácia da arbitragem pode igualmente ser aumentada quando as próprias partes impedem a constituição do tribunal arbitral, recorrem a “*anti-suit injunctions*”<sup>10</sup> ou ainda a ações de anulação da sentença arbitral, na tentativa de impedir que esta seja posta em prática [15].

Por último, outra desvantagem da arbitragem trata-se da “(...) *falta de vinculação de terceiros não-partes à jurisdição arbitral.*”<sup>11</sup> [15], o que se poderá traduzir na necessidade de recorrer ao tribunal judicial para se adquirir provas de terceiros.

### 3.3. Funcionamento

Para que um litígio possa ser submetido a arbitragem é necessário que seja previamente formulada a convenção arbitral. Esta necessidade advém do facto do tribunal arbitral só possuir jurisdição sobre o litígio que lhe é submetido quando este se encontra integrado na convenção de arbitragem. Segundo Manuel Pereira Barrocas, “(...) *uma vez celebrada uma convenção de arbitragem, a jurisdição arbitral adquire de pleno competência para a dirimção do litígio a que se refere a convenção arbitral.*”<sup>12</sup> [15].

Como já foi mencionado no capítulo 3.1, a convenção de arbitragem deve apresentar-se sobre a forma escrita. A especificidade quanto à forma da convenção deve-se à necessidade de limitar com precisão o conteúdo e objeto da convenção arbitral, assegurando a certeza quanto aos assuntos submetidos à jurisdição arbitral.

O conteúdo da convenção de arbitragem pode ser dividido em dois tipos: conteúdo obrigatório e conteúdo facultativo, sendo o conteúdo obrigatório dependente do tipo de convenção de arbitragem em causa. Quando se está perante um compromisso arbitral, existe a obrigatoriedade de determinar com precisão o objeto do litígio, já quando está presente uma cláusula arbitral, a obrigatoriedade passa pela especificação da relação jurídica a que os litígios dizem respeito.

Quanto ao conteúdo facultativo, este é bastante variado, sendo usual abordar-se pelo menos quatro pontos:

- O número de árbitros – trata-se de um ponto importante a definir sempre que os litigantes pretendam eleger um número de árbitros diferente daquele que é definido pela lei quando não há acordo;
- As regras do processo arbitral – caso se trate de um tribunal “ad hoc”, deve seleccionar-se qual o regulamento e/ou o conjunto de regras pelo qual o tribunal se irá reger, enquanto que no caso de tribunais institucionalizados, o regulamento a aplicar é o do próprio centro de arbitragem;
- O local onde vai decorrer o processo;

---

<sup>10</sup> “*Anti-suit injunctions*” tratam-se de medidas cautelares judiciais que impedem a constituição e o funcionamento do tribunal arbitral.

<sup>11</sup> Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2015, p.141.

<sup>12</sup> Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2015, p.253.

- A língua em que se vai desenrolar o processo – caso a arbitragem em causa de trate de uma arbitragem internacional.

Encontrando-se a convenção de arbitragem definida, é então possível submeter o litígio a arbitragem. Contrariamente aos processos de litigação, que têm início com os pedidos de submissão dos litígios, a arbitragem inicia-se com a formação do tribunal arbitral, selecionando-se, para tal, os terceiros que o vão constituir.

Tal como foi mencionado no capítulo 3.1, os tribunais arbitrais podem ser constituídos por um ou múltiplos árbitros, desde que estes sejam sempre em número ímpar (número 1 do artigo 8.º da LAV). A designação dos árbitros que constituem o tribunal pode ser feita recorrendo à convenção de arbitragem ou em escrito posterior assinado pelas partes e, sempre que o número de árbitros seja igual ou superior a três, deve ser respeitado o princípio da igualdade das partes: cada parte deve nomear um número igual de árbitros e os árbitros assim nomeados devem eleger outro árbitro, que atua como presidente do tribunal arbitral (número 3 do artigo 10.º da LAV).

Caso o tribunal arbitral seja constituído somente por um árbitro, e caso as partes não cheguem a acordo quanto ao árbitro a nomear, a designação desse árbitro é realizada pelo tribunal estadual competente. O mesmo ocorre nos tribunais constituídos por múltiplos árbitros: segundo o número 4 do artigo 10.º e o artigo 59.º da LAV, caso uma das partes não designe os árbitros que lhe compete nomear ou caso os árbitros designados pelas partes não cheguem a acordo quanto à nomeação do árbitro presidente, a designação do árbitro ou árbitros que se encontram em falta é realizada pelo tribunal estadual competente.

Salienta-se que ninguém pode ser forçado a aceitar o cargo de árbitro (número 1 do artigo 12.º da LAV). Se a função for aceite, os árbitros elevidos possuem um prazo de quinze dias para comunicar por escrito a aceitação do cargo. Se durante esse prazo os árbitros não declararem a aceitação do cargo nem revelarem intenções de atuar como árbitros, é assumido que não aceitam esse cargo (número 2 do artigo 12.º da LAV).

Tal como foi referido no capítulo 3.1, os árbitros devem ser imparciais e independentes. Assim, todo e qualquer indivíduo que seja eleito para exercer o cargo de árbitro tem o dever de revelar todas as situações que possam desencadear dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência (número 1 do artigo 13.º da LAV). Do mesmo modo, os árbitros têm o dever de, ao longo de todo o processo arbitral, informar sem demora as partes e os restantes árbitros de todas as situações que ponham em causa a sua imparcialidade e independência (número 2 do artigo 13.º da LAV).

Caso existam situações que possam desencadear dúvidas sobre a imparcialidade ou independência de um árbitro, ou caso um árbitro não possua as qualificações convencionadas pelas partes, esse árbitro pode ser recusado pela parte que não o nomeou. A recusa de um árbitro pela parte que o nomeou só pode ocorrer caso surja uma causa que a parte só tenha tido conhecimento após a nomeação desse árbitro (número 3 do artigo 13.º da LAV).

O processo de recusa dos árbitros por parte das partes pode ser livremente acordado entre as mesmas. No entanto, quando em desacordo, a parte litigante que queira proceder à recusa de um árbitro deve apresentar por escrito as razões da recusa ao tribunal arbitral, dispondo para tal de um prazo de 15 dias a partir da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias apresentadas no artigo 13.º da LAV. Caso o árbitro recusado não abdicar das suas funções e a parte litigante que o selecionou persistir em mantê-lo, a recusa do árbitro em causa passa a ser responsabilidade do tribunal arbitral (número 2 do artigo 14.º da LAV).

Se o processo de recusa acordado pelas partes não puder ser aplicado ou se o árbitro recusado não puder ser destituído pelos termos dispostos no parágrafo anterior, a parte litigante que recusa o árbitro pode ainda solicitar ao tribunal estadual competente que decida sobre a recusa, sendo esta decisão irrevogável (número 3 do artigo 14.º da LAV e número 3 do artigo 15.º da LAV).

Segundo o número 1 do artigo 15.º da LAV, um árbitro é considerado incapacitado de exercer as suas funções, caso este a elas renuncie ou caso as partes, em acordo, lhes puserem termo, cessando assim as suas funções de árbitro.

É de salientar que, sempre que cessem as funções de um árbitro, um árbitro substituto é designado, de acordo com as regras definidas na convenção de arbitragem aquando a seleção do árbitro a ser substituído. No entanto, é sempre dada a hipótese às partes de alterar o modo de seleção do árbitro de substituição ou de prescindirem da substituição do árbitro (número 1 do artigo 16.º da LAV).

Em relação aos honorários, reembolso de despesas e forma de pagamento dos árbitros, se tal não for convencionado pelos litigantes, deve ser concretizado um acordo escrito entre as partes e os árbitros antes da aceitação do último árbitro nomeado. Se esse acordo não for realizado, cabe aos árbitros definir a importância dos seus honorários e despesas, bem como definir a forma de pagamento desses montantes por parte das partes, repartindo o total dos montantes pelas partes segundo uma regra de proporcionalidade, sem que esta corresponda necessariamente à lei das custas judiciais.

Essa repartição pode ser efetuada tendo em consideração um fator de imputação equitativa, caso os árbitros apreendam que, por exemplo, a parte vencedora, embora tenha ganho, deva suportar uma parte dos honorários e despesas do processo, devido à maior complexidade do processo criada desnecessariamente por ela. Por outro lado, o mesmo critério pode ser aplicado de igual forma à parte vencida, sendo esta condenada a pagar à parte vencedora uma indemnização, para além dos custos gerais com o processo [15].

Caso as partes não estejam de acordo quanto às importâncias a pagar definidas pelos árbitros, estas podem solicitar ao tribunal estadual competente a redução desses montantes. O tribunal, após permitir os árbitros pronunciarem-se sobre a matéria, fixa os montantes que considere adequados.



De acordo com o número 1 do artigo 33.º da LAV, o processo arbitral inicia-se na data em que o pedido de submeter a arbitragem o litígio em causa é recebido pelo arguido. Quanto ao local onde irá ocorrer a arbitragem, este pode ser determinado livremente pelas partes ou, caso estas não cheguem a acordo, o local é fixado pelo tribunal arbitral, tendo sempre em conta a conveniência das partes (artigo 31.º da LAV). O mesmo ocorre para a língua em que se vai desenrolar o processo: as partes podem eleger livremente a língua a utilizar no processo arbitral ou, em caso de desacordo, cabe ao tribunal arbitral determinar qual a língua a empregar no processo (artigo 32.º da LAV).

Até à aceitação do primeiro árbitro, os litigantes têm ainda a possibilidade de acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, como já foi mencionado no capítulo 3.2, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais do processo arbitral, presentes no número 1 do artigo 30.º da LAV:

- a) *“O demandado é citado para se defender;*
- b) *As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer o seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;*
- c) *Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório<sup>13</sup>, salvo as exceções previstas na presente lei.”*

Esse acordo pode tratar-se da *“(…) criação de um processo específico ou na simples remissão para regulamentos de arbitragens de centros de arbitragem institucionalizados, legislações nacionais ou quaisquer outros instrumentos normativos.”*<sup>14</sup> [3]. Na inexistência de acordo entre as partes, as regras processuais são definidas pelo tribunal arbitral, devendo os árbitros indicar a lei processual subsidiariamente aplicável.

Findada a constituição do tribunal arbitral, é produzido um ato formal que dá início ao processo arbitral. Nesse ato encontram-se identificadas as partes e os seus representantes, os árbitros, os respetivos endereços postais e eletrónicos e o local da arbitragem. Também fazem parte do ato uma transcrição da convenção de arbitragem e uma descrição genérica do litígio em causa, bem como algumas regras processuais. É também nesse ato que se estabelecem os honorários e os encargos do processo ou a forma de os calcular.

Este ato formal possui a sua importância na medida em que, sendo aqui formalizada a aceitação do último árbitro, estabelece a data a partir da qual se determinam os prazos para o proferimento da decisão arbitral. Por outro lado, é neste ato que se delimita o litígio e a competência do tribunal arbitral, bem como são estabelecidas as regras processuais.

---

<sup>13</sup> Princípio do contraditório – nenhuma prova deve ser aceite em audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efetiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar *in* <http://www.trc.pt/index.php/jurisprudencia-do-trc/processo-penal/5097-movimento-judicial-ordinario-julho-2008-sp-13806>.

<sup>14</sup> Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2015, p. 233-4.

A LAV considera que a competência do tribunal arbitral, segundo o número 1 do seu artigo 18.º, é determinada pela “(...) existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem (...), ou a aplicabilidade da referida convenção.”.

Manuel Barrocas destaca diversos fatores, como sendo “(...) determinativos ou atributivos da competência do tribunal arbitral que são os seguintes:

- *Existência de uma convenção de arbitragem;*
- *Capacidade das partes para a ter celebrado;*
- *Arbitrabilidade do litígio nos termos do direito português;*
- *Licitude do objeto da convenção de arbitragem;*
- *Forma da convenção de arbitragem;*
- *Inclusão do litígio no objeto da convenção;*
- *Vigência temporal da convenção de arbitragem;*
- *Poderes do tribunal dentro dos limites da sua competência.*”<sup>15</sup> [15].

Já no número 4 do artigo 18.º da LAV, salienta-se que a incompetência do tribunal arbitral para resolver a totalidade ou parte do litígio apenas pode ser objetada até à apresentação da defesa quanto ao fundo em causa, ou juntamente com esta. No entanto, caso no decorrer do processo arbitral se levante a dúvida de que o tribunal excedeu ou possa vir a exceder a sua competência, tal deve ser alegado assim que se suscite essa dúvida (número 6 do artigo 18.º da LAV).

A LAV estabelece, porém, que o tribunal arbitral pode, analogamente ao previsto nos números 4 e 6 do artigo 18.º da LAV, ter conhecimento das matérias que tenham sido alegadas após os limites temporais instituídos, se considerar justificado o seu não cumprimento atempado (número 7 do artigo 18.º da LAV).

Quanto à sua competência, o tribunal pode decidir sobre ela quer mediante uma decisão interlocutória quer na sentença sobre o fundo da causa (número 8 do artigo 18.º da LAV), podendo, no entanto, a decisão interlocutória, num prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer uma delas perante o tribunal estadual competente (número 9 do artigo 18.º da LAV).

A primeira fase do processo arbitral destina-se à apresentação das pretensões pelas partes [3]. Assim, o demandante apresenta a sua petição, na qual expressa o seu pedido e factos em que se baseia, e o demandado apresenta a sua contestação, na qual expõe a sua defesa. Caso queiram, as partes podem acoplar às respetivas pretensões quaisquer documentos que considerem pertinentes e indicar outros documentos e/ou meios de prova que possam vir a apresentar (número 2 do artigo 33.º da LAV). Adicionalmente, as partes podem, ao longo do processo arbitral, alterar ou completar as suas pretensões, salvo convenção em contrário e

---

<sup>15</sup> Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2015, p.256.

recusa pela parte do tribunal em admitir tais alterações face ao atrasado com que são formuladas (número 3 do artigo 33.º da LAV).

Segue-se a fase intermédia, ao longo da qual se desenvolve a organização do processo arbitral, ou seja, a análise das pretensões das partes e a preparação da produção de prova [3].

Sempre que uma das partes o requeira, o tribunal arbitral tem o dever de realizar uma ou mais audiências para a produção de prova. Se nenhuma das partes o requerer, e salvo convenção em contrário, é o tribunal arbitral que decide se serão realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo é apenas conduzido tendo por base documentos e outros elementos de prova (número 1 do artigo 34.º da LAV). Qualquer reunião e audiência para produção de prova convocada pelo tribunal, deve ser sempre comunicada às partes com antecedência. Devem ser igualmente comunicados às partes todas as peças escritas, documentos ou informações que a parte oposta forneça ao tribunal, bem como qualquer relatório pericial ou elemento de prova documental que possa servir de base à decisão do tribunal (números 2 e 3 do artigo 34.º da LAV).

É de salientar que, caso o demandante não apresente a sua petição consoante o número 2 do artigo 34.º da LAV, o tribunal põe fim ao processo arbitral. Por outro lado, se o demandado não apresentar a sua contestação em conformidade com o mesmo artigo, o tribunal arbitral dá continuidade ao processo, embora sem considerar esta omissão como sendo uma aceitação das alegações do demandante. Caso uma das partes não compareça a uma audiência ou não produza prova documental no prazo fixado, o tribunal pode dar continuidade ao processo e proferir sentença com base na prova apresentada na audiência.

A última fase do processo arbitral engloba a sentença arbitral e o encerramento do processo.

Quando se está perante um tribunal arbitral constituído por mais de um árbitro, qualquer decisão sobre o processo arbitral é tomada pela maioria dos árbitros. Caso essa maioria não se forme, a sentença é decretada pelo presidente do tribunal. Mesmo que um árbitro se recuse a participar na decisão da sentença, os restantes árbitros podem proferir a sentença sem esse árbitro, caso as partes não tenham convencionado de modo diferente.

Segundo o número 1 do artigo 42.º da LAV, a sentença deve ser reduzida a escrito e assinada pelo(s) árbitro(s), bastando a assinatura da maioria dos árbitros ou do presidente do tribunal quando o tribunal em questão seja constituído por mais de um árbitro. Nesse caso, a sentença deve ainda conter a razão da omissão das restantes assinaturas.

Deve constar na sentença a data em que esta foi proferida e o lugar da arbitragem, bem como a repartição pelas partes dos encargos resultantes do processo arbitral, salvo convenção das partes em contrário. Se considerarem justo e adequado, os árbitros podem ainda decidir na sentença que alguma das partes indemnize a outra por custos e despesas que esta possa ter suportado aquando a sua intervenção na arbitragem.

O processo arbitral é encerrado quando a sentença final é proferida, devendo esta ser comunicada às partes no prazo de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro, podendo o prazo, no entanto, ser prorrogado por acordo das partes ou por decisão do tribunal, tal como já foi referido no capítulo 3.2. Juntamente com o encerramento do processo arbitral cessam as funções do tribunal arbitral.

Adicionalmente à sentença arbitral, o processo arbitral pode ser encerrado por variadas razões, tais como desistência por parte do demandante, acordo entre as partes, inutilidade ou impossibilidade de continuar com o processo (número 2 do artigo 44.º da LAV). Se o demandado se opuser à desistência por parte do demandado e o tribunal reconhecer que possui verdadeiro interesse em que o litígio seja resolvido, o processo arbitral não é encerrado e o tribunal dá-lhe continuidade.

Se a sentença arbitral não for proferida dentro do prazo máximo estabelecido, a LAV determina a extinção automática do processo arbitral, extinguindo-se igualmente a competência dos árbitros para julgar o litígio. No entanto, tal não implica a caducidade da convenção arbitral, podendo as partes iniciar outra arbitragem (número 3 do artigo 43.º da LAV) [15] [3].

O tribunal arbitral pode decidir sobre o litígio mediante a prolação de uma ou mais do que uma sentença. Assim, pode dar-se o caso de ocorrer uma bifurcação do processo arbitral. Tal sucede quando os árbitros entendem que uma parte do litígio pode ser decidida no início do processo, visto constituir uma conjectura ou simplesmente uma parte do todo da decisão final [15].

A sentença arbitral deve ser fundamentada, segundo o número 3 do artigo 42.º da LAV, estando sujeita a ser anulada caso não o seja (subalínea vi), alínea a), número 3 do artigo 46º da LAV). Entenda-se por fundamentação “(...) o exame prático da prova produzida, a especificação dos factos provados, nomeadamente os admitidos por acordo ou por confissão, as razões que justificam a aplicação da lei aos factos e a conclusão resultante da conjugação dos factos provados com a lei aplicada.”<sup>16</sup> [15].

Encontrando-se as exigências presentes no artigo 42º da LAV cumpridas, a sentença arbitral adquire o mesmo carácter obrigatório e a mesma força executiva que a sentença proferida por um tribunal estadual possui (número 7 do artigo 42º da LAV).

O poder jurisdicional dos árbitros cessa com a notificação da sentença final ou quando for ordenado o encerramento do processo arbitral pelo tribunal, findando, igualmente, as funções do tribunal arbitral (números 1 e 3 do artigo 44.º da LAV).

No entanto, constam das funções dos árbitros a correção e a reforma da sentença arbitral. Os árbitros encontram-se assim obrigados a retificar erros materiais, colmatar nulidades, clarificar obscuridades, ambiguidades ou dúvidas que possam existir na sentença e, caso existam erros de cálculo em relação a custos, a reestruturar a sentença final (números 1 e 2 do artigo 45.º da LAV). As partes dispõem de 30 dias após o proferimento da decisão para requerer ao tribunal

---

<sup>16</sup> Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2015, p.506.

arbitral a retificação de qualquer erro e, igualmente, o esclarecimento de ambiguidades ou obscuridades da sentença.

É de enaltecer que, o esclarecimento e retificação da sentença arbitral têm como função a correção de falhas formais da sentença, e nunca a alteração do seu conteúdo. No entanto, encontra-se previsto no número 5 do artigo 45.º da LAV a possibilidade de proferimento de sentença adicional sobre pedidos apresentados no decurso do processo que não tenham sido apreciados na sentença final, evitando, assim, a possibilidade de anulação da sentença por omissão de pronúncia (subalínea v), alínea a), número 3 do artigo 46.º da LAV).

Todavia, não existe a obrigatoriedade de solicitar a correção do vício recorrendo à sentença adicional, pelo que a parte perdedora pode exigir a anulação da sentença com fundamento em omissão de pronúncia [3].

Segundo o número 6 do artigo 46º, as partes possuem um prazo de 60 dias para solicitarem a impugnação da sentença, prazo esse que tem início na data em que foram notificadas da sentença ou, caso tenha sido realizado alguma requisição de retificação e esclarecimento da sentença e/ou de sentença adicional, a contar da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre esse pedido.

Findados os 60 dias para a impugnação da sentença, esta torna-se insuscetível de impugnação por nulidade e insuscetível de recurso nos termos do número 4 do artigo 39º da LAV. Tal significa que a sentença arbitral é definitiva, não cabendo dela recurso sobre o mérito da decisão ou sobre qualquer outro aspeto, formando, assim, caso julgado material [3].

Somente no caso de a sentença arbitral transgredir a ordem pública internacional do Estado português é que pode ser admitida a análise do mérito da decisão, unicamente para permitir que o Tribunal da Relação ou o Tribunal Central Administrativo verifique se a sentença arbitral proferida pelo tribunal arbitral viola ou não a ordem pública, atentando o disposto na subalínea ii), alínea b), número 3 do artigo 46º da LAV [15].

### **3.4. Dados da arbitragem**

O recurso à arbitragem como método alternativo de resolução de litígios tem vindo a aumentar gradualmente, não só em Portugal como também no resto do Mundo. Tendo como pioneiros no seu uso os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha, é na Conferência da Paz de Haia, em 1899, que a arbitragem como método de resolução de conflitos é aceite e consensualizada "(...) como meio primordial na resolução de conflitos entre os Estados."<sup>17</sup> [18].

Através da pesquisa sobre a arbitragem internacional (*International Arbitration Survey*), realizado pela Universidade de Londres, é possível observar a crescente adesão à arbitragem para a resolução de conflitos, bastando para tal comparar os resultados aos inquéritos realizados no

---

<sup>17</sup>In <https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/relacoesbilaterais/paises-geral/conferencia-da-paz> .

ano de 2015 e, mais tarde, no presente ano de 2018. No ano de 2015, 90% dos inquiridos declararam que a arbitragem é o seu método de resolução de litígios preferido, dos quais 56% preferem a sua aplicabilidade e os restantes 34% a sua utilização complementada por outros métodos alternativos de resolução de conflitos. Já no ano de 2018, a preferência pela arbitragem subiu, passando a percentagem de inquiridos de 90% para 97%, dos quais 48% escolhem a arbitragem como método isolado de resolução de conflitos [19] [20].

Nessa mesma pesquisa, é ainda possível concluir sobre quais são as características mais apreciadas na arbitragem, em oposição às suas piores características. No ano de 2015, entre estas características encontravam-se a possibilidade de evitar sistemas jurídicos tradicionais, a flexibilidade e a possibilidade de seleção dos árbitros pelas partes (gráfico 1). Já quanto às piores características, encontravam-se o custo da arbitragem e a falta de discernimento sobre a eficiência dos árbitros (gráfico 2). No ano de 2018, tanto as características mais e menos apreciadas mantiveram-se iguais às do ano de 2015 [19] [20].

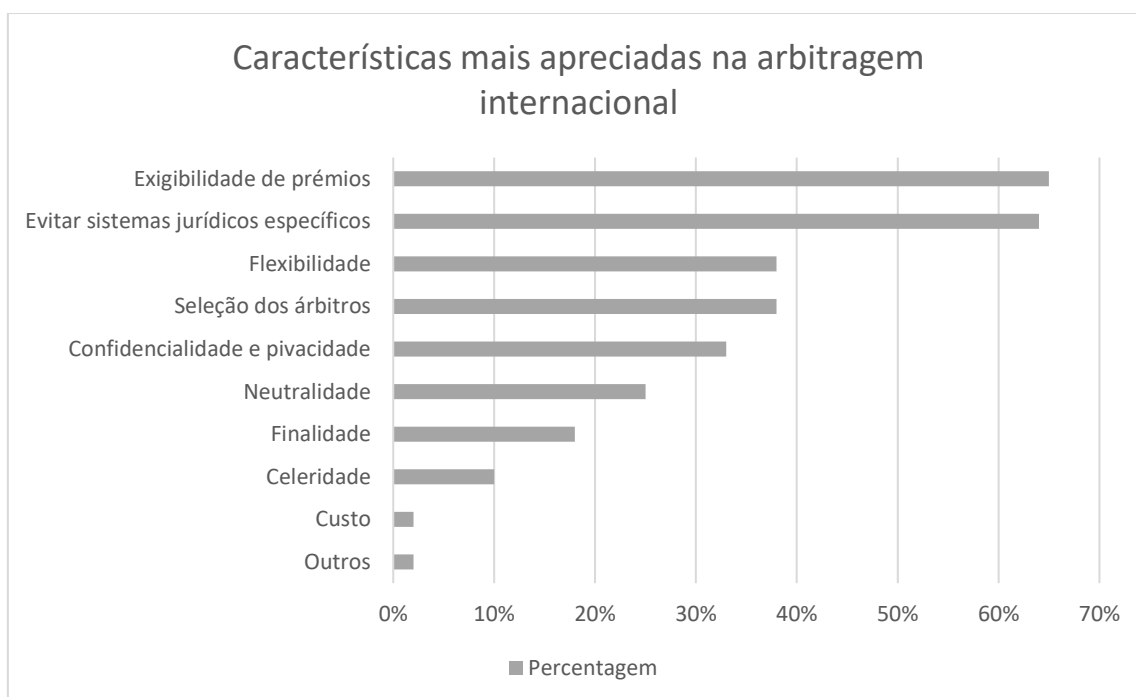


Gráfico 1 – Características mais apreciadas na arbitragem internacional, em 2015 [19].

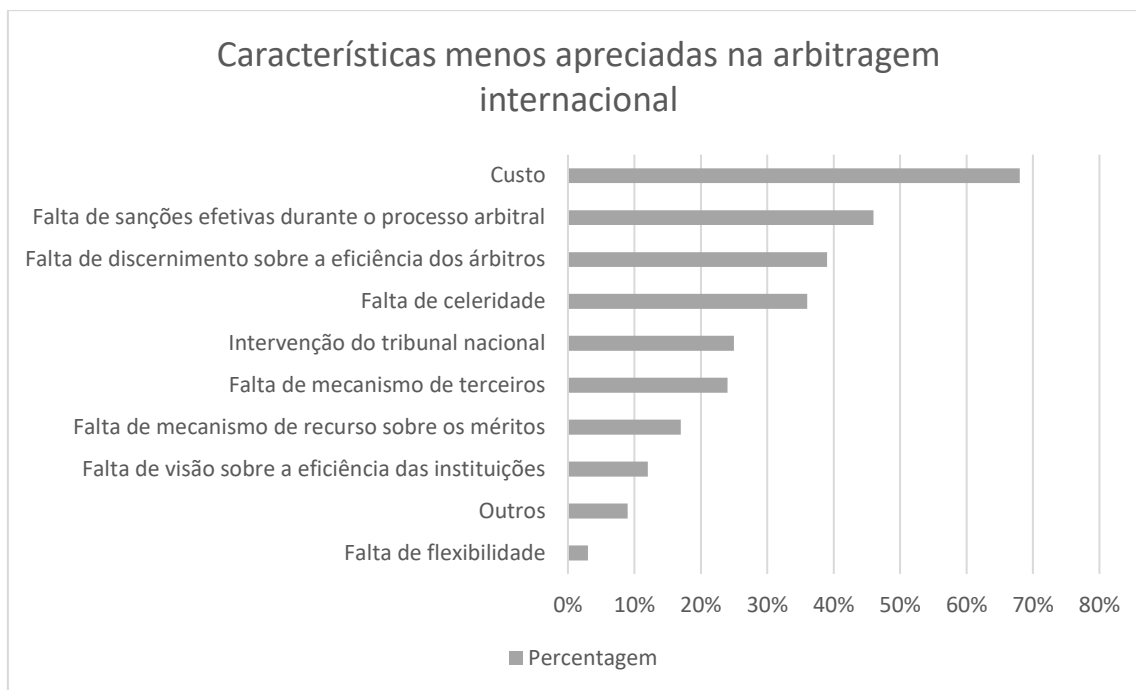


Gráfico 2 – Características menos apreciadas na arbitragem internacional, em 2015 [19].

No presente ano, os inquiridos acreditam que o recurso à arbitragem como método de resolução de litígios irá aumentar nos sectores da energia, da construção, de infraestruturas, da tecnologia e ainda no sector bancário e financeiro [20].

Em relação a Portugal, a análise de informação referente à arbitragem é complexa, dado que não existe informação disponível para consulta pública, devido ao carácter sigiloso que compõe a arbitragem. No entanto, decidiu-se analisar os estudos de casos quanto à sua celeridade e custos, casos estes que irão ser analisados com maior detalhe no capítulo 4.

Quanto ao estudo 1, a 25 de janeiro de 2009 teve início a audiência de julgamento, tendo esta decorrido ao longo de 17 sessões, as quais terminaram a 3 de junho do ano seguinte. Tendo a decisão final tomada pelo tribunal arbitral data de 20 de julho de 2010, a arbitragem teve uma duração total de 1 ano e 7 meses.

Já no estudo 2, por sua vez, teve como prazo máximo inicial de 12 meses, com início a 12 de novembro de 2010. No entanto, chegado o prazo ao fim, decidiram as partes estender o prazo inicial, passando este para o dia 31 de janeiro de 2012, ou seja, um aumento de 1 mês e meio. A audiência de julgamento decorreu ao longo de 10 sessões, as quais se desenrolaram entre setembro de 2011 e novembro do mesmo ano. Relativamente aos encargos da arbitragem, estes traduziram-se em 474 246,00€, os quais contemplam os honorários dos árbitros e da secretária.





## 4. ESTUDOS DE CASO

Os estudos de caso que se irão analisar em seguida tratam-se ambos de ações arbitrais, as quais envolvem duas entidades – uma entidade pública e uma entidade privada. Por forma a manter o carácter sigiloso que caracteriza a arbitragem, não se irá revelar quem são estas entidades.

Em ambos os estudos, as entidades públicas tratam-se do órgão executivo colegial de um dos municípios de Portugal, e irão ser denominadas doravante de entidade A. Relativamente às entidades privadas, estas tratam-se das concessionárias dos sistemas de abastecimento de água de saneamento de águas residuais dos municípios, e irão ser denominadas doravante de entidade B.

### 4.1. Estudo de caso 1

#### 4.1.1. Contextualização

##### 4.1.1.1. Adjudicação e celebração do contrato

A 22 de outubro de 2002 e, posteriormente, a 11 de novembro de 2002, o Município A deu início ao concurso público internacional para a adjudicação da “Concessão da Exploração e Gestão dos Sistemas de Abastecimento de Água para Consumo Público e Recolha, Tratamento e Rejeição de Efluentes do Concelho A”, através da publicação de anúncio no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e no Diário da República, respetivamente.

Findado o concurso público, a entidade A tomou a decisão de adjudicar a concessão a uma entidade privada. No entanto, devido a falta de entendimento entre as duas partes quanto ao conteúdo do contrato a celebrar, a entidade A revogou a adjudicação a 15 de março de 2004.

Simultaneamente, a entidade A deliberou adjudicar a concessão à segunda concorrente, o agrupamento organizado pela entidade B. A 30 de março de 2004, a entidade A entregou à entidade B a minuta do contrato da concessão a celebrar, a qual se encontrava dividida em duas partes: a primeira, composta por três folhas, correspondia ao teor da escritura pública a outorgar para celebração do contrato; a segunda, composta por 75 páginas, correspondia ao conteúdo propriamente dito do contrato.

É de notar que a presente minuta do contrato já tinha sido enviada à primeira adjudicatária, tendo, por isso, já sido submetida à apreciação do Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR) pela entidade A, o qual apenas efetuou comentários a três das cláusulas presentes na minuta.

Após a entrega da minuta pela entidade A à entidade B, seguiram-se conversações entre ambas sobre o conteúdo final do contrato a celebrar, as quais se prolongaram ao longo dos meses que decorreram até à celebração do contrato e tiveram como pontos centrais:

- *“A intenção, manifestada pelo Município de alargar a área de cobertura dos serviços a concessionar, prevista na proposta do adjudicatário;*

- *A possibilidade de tal se fazer através do recurso, pelo Município, a fundos comunitários ainda disponíveis, e a falta de fundos próprios do Município para arcar com a sua participação;*
- *O problema da falta de licenciamento das origens da água e a possibilidade de aumentar a produção de água;*
- *O aumento de investimento a assumir pelo adjudicatário;*
- *A correspondente repercussão em termos de custos financeiros e operacionais, e, conseqüentemente, no nível das tarifas;*
- *Por outro lado, a necessidade de obviar a sobreposições detectadas entre o investimento em obras prevista na proposta do adjudicatário e investimento que entretanto foi sendo realizado pelo Município ou a realizar por este através do recurso a fundos comunitários.”<sup>18</sup> [21].*

Ao longo das conversações, foram igualmente demonstradas e explicadas aos representantes do Município as incidências económico-financeiras das alterações a inserir no contrato final, relativas à proposta inicialmente apresentada pela entidade B. Essas incidências diziam respeito às tarifas e ao seu aumento real de 4% ao ano, nos três primeiros anos da concessão.

Findadas as conversações entre as partes, delas resultou que a entidade B pagaria à entidade A uma verba de 2 milhões de euros, com o intuito de conceder à Câmara os meios financeiros que esta necessitava para concorrer aos fundos comunitários. Ficou igualmente estabelecido que a entidade B contribuiria com até 1,1 milhões de euros para a aquisição de terrenos necessários às obras a realizar.

Ficou igualmente decidido que, caso se recorresse a fundos comunitários e a entidade A viesse, assim, a executar obras ou investimentos previstos no plano da entidade B, esta equilibraria o investimento realizado pela entidade A através da concretização de outro investimento de igual valor.

Assim, a entidade B enviou à entidade A, a 2 de setembro de 2004, a minuta do contrato alterada, dando especial ênfase aos pontos acima referidos:

- Comprometimento da entidade B de contribuir com até 1,1 milhões de euros para a aquisição de terrenos;
- Apreciação de um valor de retribuição à entidade A de 2 milhões de euros;
- Consideração de um aumento real das tarifas nos anos de 2006 a 2008.

A minuta do contrato de concessão, com as alterações referidas nela incluídas, foi aprovada pela entidade A a 20 de setembro de 2004, tendo sido posteriormente submetida e aprovada, por maioria, pela Assembleia Municipal a 1 de outubro do mesmo ano.

---

<sup>18</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 13.

É de salientar que, apesar dos seus serviços não possuírem as competências necessárias para acompanhar a conclusão de um contrato desta complexidade, a entidade A nunca recorreu a assessorias externas para o efeito.

A 1 de dezembro de 2004, no entanto, é enviada à entidade A uma nova versão do contrato pela entidade B, a qual compreendia “(...) *pequenas alterações de redacção e alterações nas cláusulas 9ª, 38ª e 71ª decorrentes da falta de licenças para as captações*”<sup>19</sup> [21]. Esta nova e última versão foi novamente subjugada e aceite pela entidade A, a 15 de dezembro de 2004, tendo sido posteriormente submetida e aprovada, por maioria, pela Assembleia Municipal a 28 de dezembro do mesmo ano.

Ressalva-se que a versão final do contrato, com todas as alterações inseridas na minuta – incluindo a alteração ao tarifário –, não foi sujeita a nova avaliação por parte do IRAR.

Todo este processo incitou, a 30 de dezembro de 2004, à aceitação, por parte da entidade A, da adjudicação antes feita à entidade B, e à celebração do contrato de concessão entre o Município A e a sociedade demandante, entidade B.

Todavia, a 22 de abril de 2005 foi removido do contrato de concessão, por aditamento, o Anexo XIII – Contrato de Construção, visto tal não permitir o concurso público para a realização das obras implicadas na concessão – o anexo estabelecia que a entidade B teria de transferir para o Agrupamento Complementar da Empresa a contraparte do contrato respeitante à realização de obras e montagem de equipamentos abrangidos pela concessão, incluindo todos os seus trabalhos inerentes, bem como o respetivo plano de investimentos.

Presente nos anexos do contrato encontra-se o “Caso Base”, o qual exhibe o modelo económico-financeiro do contrato e o vinculado no mesmo e nos restantes anexos. Este anexo apenas foi enviado à entidade A em versão escrita para ser incluído na escritura, nunca tendo a câmara solicitado à entidade B o envio do mesmo em versão informática. Todavia, salienta-se que os quadros mais importantes do “Caso Base” foram exibidos à entidade A ao longo das conversações entre esta e a entidade B.

Saliente-se que existem diferenças significativas entre o “Caso Base” e a proposta apresentada ao Concurso de Concessão pela entidade B. No entanto, as diferenças encontradas no que toca aos elementos economicamente relevantes – nomeadamente a TIR – não foram consideradas disformais ou desrazoáveis pelo perito nomeado pelo tribunal arbitral aquando pedido de esclarecimento pelo mesmo. Este considerou que a diferença encontrada entre a TIR acionista do estudo económico-financeiro da proposta e a TIR acionista presente no “Caso Base” (diferença essa de 1,49% a favor do “Caso Base”), é justificável tendo em consideração o aumento do investimento e, conseqüentemente, o aumento do risco da entidade B.

---

<sup>19</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 16.

#### 4.1.1.2. Início da concessão

A 16 de maio de 2005 teve início a concessão, tendo sido para tal publicado pela entidade A um Edital, no qual esta transferia “(...) *unilateralmente para a Concessionária todos os serviços de gestão e exploração dos sistemas municipais de abastecimento de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes do concelho A, com a introdução no objecto da concessão das infra-estruturas preexistentes enumeradas no Anexo VI do respectivo Contrato.*”<sup>20</sup> [21]. Esta transferência foi aceite pela entidade B, a qual começou a operar os sistemas no mesmo dia, assumindo, assim, todas as atividades presentes no contrato.

Anteriormente ao início da concessão, a 3 de maio, a entidade A já tinha tornado pública a alteração a realizar às taxas relativas a esses serviços, a qual entraria em vigor 15 dias após a publicação.

Posteriormente à aceitação da transferência de serviços, a entidade B elaborou e apresentou autos de vistoria e de consignação à entidade A, a qual facultou instalações à entidade B para que lhe fosse possível realizar a vistoria inerente a esses autos. Os autos foram entregues em mão à entidade A em maio de 2005, para posterior examinação pela mesma. No entanto, a entidade A não os aceitou de imediato nem veio a aceitá-los posteriormente.

É de salientar que certas infraestruturas presentes no Anexo VI do contrato encontravam-se mais degradadas do que na altura do concurso, tendo a entidade B assumindo-as com alguma reserva.

Para além das infraestruturas presentes no referido anexo, existiam outras infraestruturas na área do Município A, sobre as quais a entidade B não possuía qualquer conhecimento aquando da visita que efetuou previamente à apresentação da sua proposta ao concurso. Estas infraestruturas apenas foram do conhecimento da entidade B após a vistoria realizada, tendo esta integrado nos seus serviços as infraestruturas relativas aos sistemas de água e algumas das infraestruturas de saneamento.

#### 4.1.1.3. Retribuição ao concedente

Tal como ficou estabelecido no contrato, a 1 de julho de 2005, a entidade B procedeu ao pagamento à entidade A da primeira prestação do valor de retribuição à entidade A de 2 milhões de euros, a qual correspondia ao valor atualizado de 1 234 200,00 €.

Quanto à segunda prestação, a mesma ainda não tinha sido paga pela entidade B à entidade A à data do desenvolvimento do tribunal arbitral, com o fundamento de que a prestação ainda não tinha sido vencida.

---

<sup>20</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 21.

#### 4.1.1.4. Suspensão da tarifa variável de saneamento

No fim do mês de julho de 2005, após comunicação e esclarecimento por parte da entidade A à entidade B sobre o assunto, foi suspensa, por decisão da entidade A, a cobrança aos consumidores da parte do tarifário correspondente à parcela variável do saneamento.

Na comunicação enviada pela entidade A à entidade B, a mesma, tendo a noção que a suspensão da faturação da referida parte do tarifário iria lesar o plano financeiro da concessionária, comprometeu-se a assegurar a diferença que viesse a ocorrer no plano financeiro devido a essa cessação de coleta.

Esta suspensão teve a duração de quase três anos, só tendo voltado a tarifa a ser cobrada aos consumidores no início do ano de 2008.

Por conseguinte, a entidade B emitiu à entidade A cinco faturas correspondentes aos valores da taxa de venda de saneamento que deixara de cobrar aos consumidores, as quais perfaziam o montante total de 949 761,52 €, nunca tendo sido estes valores contestados pela câmara.

No entanto, e a pedido da concessionária, a entidade A cedeu aos auditores da entidade B a informação de que o valor que se encontrava em dívida, a 31 de dezembro de 2008, era de 1 078 126,28 €.

A 4 de fevereiro de 2009, a entidade A procedeu a um pagamento parcial no valor de 66 785,00 € à entidade B, o qual dizia respeito à primeira das faturas acima mencionadas, nunca chegando a saldar a restante dívida.

#### 4.1.1.5. Revisão tarifária

Juntamente com a base de cálculo, a entidade B enviou à entidade A, a 15 de novembro de 2005, o plano tarifário a aplicar em 2006, tendo em consideração o determinado nas cláusulas 64ª e 69ª do contrato de concessão. No entanto, a aplicação do novo tarifário ficou suspensa por decisão da entidade A em reunião a 25 de novembro, mantendo-se em vigor o tarifário inicial.

Após esta decisão, a entidade B e a entidade A mantiveram diversas conversações sobre a revisão tarifária, ao longo das quais a concessionária apresentou diversas propostas e cenários para a alteração do tarifário. Todavia, nenhuma destas propostas e cenários foi aceite pela entidade A, a qual considerava que “«nenhum deles correspondia ao objectivo perseguido [por ela] de baixar significativamente o tarifário»”<sup>21</sup> [21].

O tarifário de 2005 manteve-se em vigor, assim, até 31 de dezembro de 2007.

---

<sup>21</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 26.

#### 4.1.1.6. Plano de investimentos e projetos de execução de obras

Ao longo do período passado entre a assinatura do contrato e o início das funções por parte da entidade B, não foram apresentados por esta última nenhum projeto de execução de obras para serem candidatados pela entidade A a fundos comunitários. Estes apenas foram apresentados à entidade A em agosto de 2005 pela entidade B, tendo sido aprovados pela Câmara desde que tivessem em consideração as recomendações presentes no Plano de Investimentos presente no anexo VIII do contrato de concessão. No entanto, verificou-se que estes projetos não se encontravam completos, pelo que não podiam ser utilizados pela Câmara nas candidaturas aos fundos comunitários.

Mais tarde nesse mês, e depois de novo em outubro, a entidade B apresentou à entidade A novos projetos de execução, com os quais a Câmara candidatou aos fundos comunitários do Programa Operacional do Norte (PON) certas obras de saneamento, as quais se destinavam a aumentar as redes.

Posteriormente, a entidade B realizou um levantamento de todas as infraestruturas prioritárias a necessitar de intervenção, bem como de todas as intervenções necessárias e ainda dos terrenos onde tencionaria implementar infraestruturas novas. A realização do levantamento culminou na apresentação de novos projetos de execução de obras e no pedido de cedência dos terrenos escolhidos para a instalação de novas infraestruturas pela entidade B à Câmara.

No entanto, com as autárquicas de 2005, a presidência e a vereação da Câmara foram alteradas, o que levou a uma necessidade por parte desta de levar a cabo uma revisão global do contrato de concessão, com o intuito de se proceder a uma redução das tarifas praticadas e a um aumento da área concessionada.

Nenhuma instrução formal foi emitida por parte da entidade A aquando a revisão do contrato de concessão, no entanto, em janeiro de 2006, a mesma aceitou, embora que implicitamente, que não se avançasse com o Plano de Investimentos previsto no contrato enquanto decorressem as negociações entre ambas as partes. Posto isto, a entidade B interrompeu efetiva e imediatamente a execução do Plano de Investimentos ao nível de infraestruturas novas, tendo mantido apenas os investimentos referentes a manutenções das infraestruturas existentes. Apenas quando a entidade A comunicou à entidade B a sua decisão de proceder à Modificação Unilateral do Contrato é que a Câmara se pronunciou sobre o fato da entidade B não se encontrar a executar o Plano de Investimentos, apesar dos projetos se encontrarem implicitamente aceites. Em resposta, a entidade B apresentou o relatório de gestão da concessão relativo ao ano 2006 à Câmara, no qual refere que o Plano de Investimentos foi suspenso a pedido desta última.

Mais se acrescenta que, ao longo do ano de 2006 e ainda no ano de 2007, a entidade B procedeu ao envio de cartas à Câmara, nas quais solicitava que esta desse autorização para que a entidade B pudesse avançar com as obras relativas às infraestruturas novas, nunca tendo obtido resposta por parte da entidade A.

Findadas as negociações, a entidade B continuou a não levar a cabo o Plano de Investimentos no que tocava às obras de infraestruturas novas, visto que a responsabilidade dessas mesmas obras tinha passado para a entidade A após a Modificação Unilateral do Contrato.

#### 4.1.1.7. Regulamento dos serviços

A 6 de outubro de 2005, a entidade B submeteu junto da entidade A uma proposta de atualização do “Regulamento dos Serviços”, o qual iria permitir uma melhor regulação e prestação dos serviços de água e saneamento, como por exemplo a prevenção da contaminação dos sistemas. No entanto, a entidade B não obteve nenhuma resposta por parte da entidade A até à data do desenvolvimento do tribunal arbitral.

#### 4.1.1.8. Auditoria do IRAR

A pedido da entidade A, foi desenvolvida uma auditoria à entidade B por parte do IRAR, com início em fevereiro de 2007, tendo apresentado a 17 de julho do mesmo ano o relatório final definitivo da auditoria com as suas observações e conclusões.

#### 4.1.1.9. Modificação unilateral do contrato de concessão

Após as eleições autárquicas de 2005, nas quais foi eleito um novo executivo para a entidade A, esta decidiu reapreciar e reavaliar o contrato de concessão realizado com a entidade B. Consequentemente, deu-se início a um extenso processo de conversações e negociações entre ambas as partes, o qual se desenvolveu ao longo de todo o ano de 2006 e do primeiro semestre de 2007. Em julho de 2006, o contrato foi igualmente reavaliado pela Assembleia Municipal do Município.

Em causa encontrava-se o tarifário aplicado e o objetivo por parte da Câmara de manter as taxas e tarifas cobradas aos utentes o mais próximo possível das praticadas no início do ano de 2005.

Ao longo de todo o processo, foram apresentadas por ambas as partes diversas propostas e cenários para a resolução do problema, sem que, no entanto, alguma delas fosse aceite por ambas as partes e, consequentemente, sem que chegassem a acordo. Mais se acrescenta que a entidade B considerou ainda a hipótese de recorrer a novos fundos comunitários ou mesmo a hipótese de tomar parte numa empresa mista, tendo para tal exibido à entidade A diversos cenários de investimento e tarifas a levar a cabo consoante as reformas pretendidas. No entanto, a adaptabilidade apresentada pela entidade B encontrou-se sempre restringida à manutenção das expectativas económico-financeiras da concessão.

Tendo o processo de negociação fracassado, e após a obtenção do relatório final do IRAR já mencionado, a entidade A comunicou à entidade B, a 24 de julho de 2007, o seu intuito de

prosseguir com a Modificação Unilateral do Contrato de Concessão, a qual ostenta quatro pontos chave:

- *“a revisão e recalendarização do Plano de Investimentos, retirando deste e à Concessionária, e passando para o Concedente, a responsabilidade pelos investimentos em terrenos, obras, equipamentos e instalações que aquela não tivesse ainda realizado, e mantendo na responsabilidade da Concessionária os investimentos referidos nos arts. 255º e 256º PI;*
- *o pagamento de uma renda, pela Concessionária, pela afectação à concessão das infraestruturas, equipamentos e instalações, cuja execução ficava a cargo do Concedente;*
- *fixação em 85% e 75% das taxas de atendimento no abastecimento de água e no saneamento;*
- *estabelecimento de um tarifário inferior em 30% ao então previsto, tendo as actualizações em conta o perfil dos utilizadores e as praticadas em municípios vizinhos.”*<sup>22</sup> [21].

Por forma a apoiar a sua decisão de prosseguir com a Modificação Unilateral do Contrato, a entidade A evocou a não execução do Contrato de Concessão por parte da entidade B, argumentando que a mesma não se encontrava a cumprir o Plano de Investimentos, ainda que a entidade A tenha, continuamente, recusado todas as propostas de investimento provenientes da entidade B.

Embora a entidade B não se tenha oposto à Modificação Unilateral do Contrato, a mesma, desde sempre, rejeitou qualquer hipótese de fundamentação no incumprimento do contrato por sua parte.

A partir de 1 de janeiro de 2008, entrou em vigor a Modificação Unilateral do Contrato.

#### 4.1.1.10. Reequilíbrio económico-financeiro da concessão

Após a comunicação em definitivo da Modificação Unilateral do Contrato, tiveram início as negociações cujo objetivo dizia respeito à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão.

Ao longo das negociações, foram apresentados diversos cenários e estudos alternativos por parte da entidade B à entidade A, tendo ainda sido fornecidos à última todos os elementos por esta solicitados. No entanto, as duas nunca chegaram a acordo e, a 28 de janeiro de 2008, a entidade A notificou à entidade B o termo do período das negociações do reequilíbrio económico-financeiro da concessão. A par da comunicação, a entidade A anexou um documento cujo conteúdo traduzia a análise dos termos da Modificação Unilateral do Contrato, através dos quais

---

<sup>22</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 41.



a entidade A entendia que se atingia o reequilíbrio económico-financeiro, não havendo a necessidade de se proceder a novo reequilíbrio.

A entidade B, por sua vez, contestou a desnecessidade de reposição do equilíbrio da concessão. Juntamente com a sua contestação, a entidade B solicitou igualmente um documento complementar sobre o tarifário, visto o mesmo se encontrar mencionado nos termos da Modificação Unilateral do Contrato e não ter sido fornecido à entidade B pela entidade A. Este documento complementar viria a ser entregue à entidade B a 21 de fevereiro, o qual continha o novo tarifário a aplicar, o qual iria substituir o tarifário em vigor a partir de 1 de janeiro de 2008.

A 26 de fevereiro, a entidade B comunica via fax a sua posição definitiva relativa às consequências da Modificação Unilateral do Contrato e do novo tarifário, ressalvando a necessidade de se repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão, com justificação nas alterações ocorridas no caso base. Nesse mesmo fax, a entidade B comunicou ainda a sua intenção de aplicar o novo tarifário a partir de março, com retroativos a janeiro de 2008, por forma a cumprir a decisão de Modificação Unilateral do Contrato de concessão.

Em resposta à entidade B, a entidade A confirmou os termos da Modificação Unilateral do Contrato e reafirmou a falta de espaço à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão. Comunicou ainda que o novo tarifário deveria ser aplicado a partir de 1 de janeiro de 2008 na sua íntegra.

Segundo o relatório de peritagem que teve por referência o caso base do contrato da concessão, evidenciou-se que tanto a aplicação do novo tarifário, a diminuição dos investimentos em infraestruturas a cargo da entidade B, bem como a cobrança de uma renda por parte da entidade A referente às estruturas por ela construídas e disponibilizadas à entidade B, levaram a um desequilíbrio económico-financeiro da concessão. A contribuir ao desequilíbrio económico-financeiro, acrescenta-se ainda a falta de atualização do tarifário a aplicar ao longo dos anos de 2006 e 2007, a exclusão do Contrato de Concessão do “Contrato de Construção e, ainda que de forma marginal, a aceitação de infraestruturas com um estado de conservação mais degradado do que o estado de conservação que detinham aquando a apresentação da proposta por parte da entidade B.

#### 4.1.1.11. Alegado incumprimento do contrato pela concessionária

A entidade A acusou a entidade B de alegados incumprimentos do contrato de concessão, os quais tiveram origem no relatório de auditoria do IRAR, encontrando-se, entre eles, os seguintes:

- *“não inclusão num contrato de prestação de serviços com terceiros da ressalva prevista na cláusula 78ª, nº1, do Contrato;*
- *não fornecimento trimestral ao Concedente de cópias dos relatórios de controlo analítico das águas e efluentes [cláusula 79ª, nº 3, b), do Contrato];*

- *não apresentação suficientemente detalhada, nos relatórios semestrais, do «resumo dos resultados do controlo analítico efectuado» (cláusula 80ª do Contrato);*
- *não apresentação detalhada ao Concedente da referência e função de cada elemento da sua estrutura (cláusula 21ª, nº 5, do Contrato).<sup>23</sup> [21].*

#### 4.1.1.12. Alegado incumprimento do contrato pelo concedente

Caso venha a ser reconhecido a ocorrência de incumprimento do contrato por parte da entidade A e, desse modo, seja possibilitado à entidade B a rescisão do contrato, estimou-se que o montante da indemnização calculado pelos peritos da arbitragem se situe entre 10 976 134,00 € e 14 999 955,00 €

#### 4.1.1.13. Alteração das circunstâncias

Aquando o anúncio do novo tarifário a aplicar no início da concessão, a população do Município A fez ouvir o seu descontentamento, através de uma manifestação junto aos Paços do Concelho.

Salienta-se que o conhecimento da existência de fundos comunitários para a realização de obras inclusas no âmbito da concessão ocorreu apenas em 2007, não tendo sido esta possibilidade dada a conhecer aquando a celebração do contrato, em 2004.

### 4.1.2. Constituição da arbitragem

A 10 de março de 2008, a entidade B reivindicou uma ação arbitral contra o Município A, através da requisição da constituição do Tribunal Arbitral previsto na convenção de arbitragem presente no contrato da “Concessão da Exploração e Gestão dos Sistemas de Abastecimento de Água para Consumo Público e Recolha, Tratamento e Rejeição de Efluentes do Concelho A”, indicando, para tal, o respetivo árbitro e apresentando a petição inicial da ação.

A 9 de maio do mesmo ano, o Município A apresentou a sua defesa diretamente à entidade B, na qual contestou, “(...) *por excepção e impugnação, os pedidos dessa, e deduzindo reconvenção.*”<sup>24</sup> [21]. Anteriormente, o Município havia já indicado o seu árbitro a 15 de abril.

As partes reuniram-se a 8 de julho, sendo representadas, a entidade B, pelo seu administrador, e o Município A, pelo Presidente da respetiva Câmara Municipal, e, fazendo-se acompanhar dos seus respetivos árbitros e do árbitro presidente, acordaram:

- *“em confirmar a e aceitar (...) tanto os árbitros já por si designados como o árbitro presidente (...);*

<sup>23</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 48.

<sup>24</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 1.

- *em aceitar expressamente a validade da cláusula arbitral (...) e a jurisdição do tribunal, atribuindo-lhe (...) competência bastante para apreciar a legalidade e a aplicação do Contrato de Concessão;*
- *em confirmar e ratificar os articulados já apresentados, prescindindo de apresentar qualquer complemento aos mesmos (...), e reservando-se unicamente a possibilidade de, até ao encerramento da discussão, apresentarem articulado relativo a factos supervenientes.”<sup>25</sup> [21].*

Os árbitros, por sua vez, aceitaram as designações feitas, tendo, posteriormente, sido notificadas as partes do Regulamento da Arbitragem definido por estes, com base no acordado anteriormente.

A arbitragem teve início a 25 de janeiro de 2009, desenvolvendo-se ao longo de 17 sessões, as quais terminaram a 3 de junho do mesmo ano.

#### 4.1.3. Objeto da arbitragem

O presente tribunal arbitral foi constituído com vista a decidir sobre os seguintes pontos:

1. O direito invocado pela entidade B ao reequilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão, segundo a cláusula 86ª do contrato, devido à alteração do “Caso Base”;
2. O direito da entidade B a uma indemnização no valor de 30 099 690,00€, caso exista o direito ao reequilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão;
3. A obrigação por parte da entidade A ao pagamento do montante de 1 052 952,70€, acrescido dos juros de mora, o qual diz respeito à taxa variável de saneamento não cobrada pela entidade B aos municípios A a mando da entidade A;
4. A renda estabelecida na Modificação Unilateral do Contrato pela entidade A e correspondente às infraestruturas construídas e financiadas por ela, deverá ser cobrada proporcionalmente e conforme essas infraestruturas sejam disponibilizadas à entidade B;
5. O direito da entidade B a decidir pela resolução unilateral do contrato de concessão, tendo por base a violação grave do contrato por parte da entidade A e, ainda, o direito a uma indemnização no valor de 15 682 880,52€;
6. Julgar improcedentes todos os pedidos formulados pela entidade B, na medida em que nenhum facto que os fundamentam pode ser provado;
7. O direito da entidade A rescindir unilateralmente o contrato de concessão, visto a entidade B não ter cumprido as suas obrigações presentes na lei, no Caderno de Encargos e no Contrato em si;
8. A ocorrência da alteração da decisão da entidade A em contratar determinados pontos do contrato, o que encadeou a modificação do mesmo;

---

<sup>25</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 2.

9. A atenuação do tarifário cobrado aos municípios, através da diminuição das despesas de investimento e correspondentes encargos da entidade B – a qual advém da modificação do contrato;
10. A cobrança mensal à entidade B de uma renda, por consequente diminuição do valor previsto do custo das obras a cargo da mesma, e a fim da entidade A poder realizá-las;
11. O direito da entidade A e dos municípios A a uma indemnização, devido aos prejuízos causados por incumprimentos e desacordos provocados pela entidade B.

#### 4.1.4. Análise do tribunal arbitral

##### 4.1.4.1. Considerações preliminares

Encontrando-se todos os factos recolhidos, o tribunal arbitral iniciou a sua análise pelo ponto 11 dos objetivos da presente arbitragem, o qual diz respeito ao direito de indemnização à população e ao Município A. Ora, tendo em consideração que este pedido reporta a um grupo indefinido de pessoas e, por sua vez, a um prejuízo abstrato, e ainda a ambição do Município em achar-se no direito a reclamar uma indemnização para si próprio sem deter legitimidade processual para tal, o tribunal determinou que o ponto 11 se tratava de um pedido inviável, pelo qual deliberou que não o iria apreciar.

Quanto aos pontos 9 e 10 dos objetivos, o tribunal determinou que estes se tratavam de matérias sem autonomia para serem apreciados por si só. Isto porque ambos se encontram dependentes tanto da decisão sobre o pedido de reequilíbrio da concessão (ponto 1), como da decisão sobre o pedido de reconhecimento do direito a modificar o contrato ao abrigo do artigo 437.º do Código Civil (ponto 8).

Assim, apenas os pontos 1 a 8 dos objetivos da presente arbitragem irão ser debatidos e apreciados pelo tribunal arbitral, e os quais irão ser analisados em seguida.

##### 4.1.4.2. Invalidade do contrato de concessão

Primeiramente, há que esclarecer qual o regime legal a que o Contrato de Concessão se encontrava subjugado.

Tendo em consideração que o Código de Contratos Públicos foi aprovado pelo decreto-lei n.º 18/2008 em janeiro de 2008, e no qual se pode ler que “*O Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 18.º*”<sup>26</sup> (número 1 do artigo 16.º do decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de

---

<sup>26</sup> Número 2 do 18º artigo do decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro:

2. A revogação dos artigos 260.º, 261.º, 262.º, 263.º e 264.º do decreto-lei n.º 59/99, de 2 de março, produz efeitos no dia seguinte ao da publicação do presente decreto-lei, não sendo os mesmos

janeiro), conclui-se que o mesmo não é aplicável ao Contrato de Concessão, uma vez que este foi celebrado em dezembro de 2004.

Assim, o contrato encontrava-se regido pela legislação em vigor antes do Código de Contratos Públicos, nomeadamente o Código de Procedimento Administrativo, e ainda, visto se tratar de um contrato que envolve um sistema municipal de abastecimento de água e de um sistema municipal de recolha de efluentes, pelo decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

Encontrando-se a descoberto qual o regime legal aplicável ao contrato, o tribunal arbitral começou por ter em consideração o artigo 185.º do Código de Procedimento Administrativo, a partir do qual se determinou:

1. *“Os contratos administrativos são nulos ou anuláveis, nos termos do presente Código, quando forem nulos ou anuláveis os actos administrativos de que haja dependido a sua celebração.*
2. *São aplicáveis a todos os contratos administrativos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade.*
3. *Sem prejuízo do disposto no n.º 1, à invalidade dos contratos administrativos aplicam-se os regimes seguintes:*
  - a. (...)
  - b. *Quanto aos contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado, o regime de invalidade do negócio jurídico previsto no Código Civil.”* (artigo 185.º do decreto-lei n.º 6/96, de 31 de janeiro).

Aplicando ainda o decreto-lei n.º 379/93, determinou-se ainda que o contrato em causa teria de ser antecedido imperiosamente de concurso público (números 1 e 2 do artigo 10.º <sup>27</sup>) e, caso tal não se observasse, tornaria o contrato nulo (artigo 17.º <sup>28</sup>).

Começando por analisar os termos em que o contrato celebrado foi submetido ao parecer do IRAR: pode ler-se, na alínea b do número 1 do artigo 11.º do decreto-lei n.º 362/98 que é do domínio do conselho diretivo do IRAR *“Emitir recomendações sobre os processos de concurso de adjudicação de concessões de sistemas multimunicipais ou municipais, bem como sobre as minutas dos respectivos contratos”*. Não se encontrou mais nenhum decreto-lei/diploma legal ao qual fosse obrigatório apresentar o contrato em questão ao IRAR, pelo que, tal obrigatoriedade advém apenas da autoridade cedida ao IRAR (artigo 5.º do decreto-lei n.º 362/98). Ora, o tribunal arbitral considerou como provado que uma minuta do contrato foi, efetivamente, submetida a parecer do IRAR. No entanto, a versão final do contrato não voltou a ser submetida após as

---

aplicáveis aos contratos já celebrados, sem prejuízo dos processos de conciliação pendentes àquela data.

<sup>27</sup> 10º artigo do decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro:

1. O contrato de concessão é precedido de concurso público, exceto quando a concessionária seja uma associação de utilizadores reconhecida como de utilidade pública.

<sup>28</sup> 10º artigo do decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro:

1. São nulos os contratos de concessão que contrariem o disposto no presente diploma.

modificações impostas pela entidade A. Concluiu, assim, o tribunal que, embora a exigência legal em causa não tenha sido atendida de forma exata, foi minimamente cumprida, pelo que não se verifica nenhuma anomalia grave neste ponto que possa levar à nulidade do contrato.

Analisando agora os termos em que o contrato foi aprovado pela Assembleia Municipal A: ficou provado que, na reunião de 1 de outubro de 2004, apenas foi apresentado à assembleia o corpo do contrato propriamente dito e os anexos IX e X, não tendo sido apresentado mais nenhum dos anexos constituintes do contrato. Mais, na reunião de 29 de dezembro do mesmo ano, a qual ocorreu devido às modificações finais feitas ao contrato, não foram igualmente apresentados os anexos em falta. Ora, tendo a Assembleia Municipal aprovado a celebração do contrato de concessão contendo na sua posse deste o início apenas o corpo do contrato e os anexos IX e X (os quais apresentavam os tarifários a aplicar), e confirmando o tribunal que estes documentos reportavam as condições gerais do contrato previstos na lei, concluiu o tribunal arbitral que foi suficientemente observada a exigência legal aplicada à Assembleia Geral, ao aprovar a celebração do contrato de concessão.

Examinando a legalidade da adjudicação da concessão à entidade B: findado o concurso para a concessão em causa, e apreciadas todas as propostas apresentadas, a ENTIDADE A começou por adjudicar a concessão à entidade privada 1 (capítulo 4.1.2.1), tendo, só posteriormente, procedido à adjudicação da concessão à entidade B, cuja proposta ficara em segundo lugar. O que se encontra em causa neste ponto, trata-se que esta segunda adjudicação não ocorreu após novo concurso público, pelo que se encontrou em violação o regime dos concursos públicos para a celebração de contratos e, ainda, o disposto no número 1 do artigo 10.º do decreto-lei n.º 379/93 (supra descrito), violações essas que se traduzem na nulidade do contrato de concessão. No entanto, o tribunal arbitral decidiu não adotar esta tese. Uma vez que o concurso tem por objeto assegurar a igualdade e transparência com que é selecionado o cocontratante da entidade pública, o tribunal não viu ofensa na ocorrência da adjudicação subsidiária, uma vez que:

- Tal adjudicação ocorreu ao concorrente ordenado em segundo lugar do concurso, e cuja proposta não fora excluída;
- Apesar de não se demonstrar ser a proposta mais favorável, a mesma continua a servir o interesse do público alvo;
- Sendo de apenas dois o número de concorrentes ao concurso, não se verificou a oposição a interesses legítimos de quaisquer terceiros e possíveis concorrentes.

Mas tal só foi possível uma vez que todas as propostas apresentadas têm a obrigação de permanecerem válidas por um determinado período de tempo, período esse superior ao período de adjudicação (alínea i do número 2 do artigo 10.º do decreto-lei n.º 379/93<sup>29</sup>). Mais, conclui

---

<sup>29</sup> Número 2 do 10º artigo do decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro:

2. Do programa do concurso deve constar:

...

i) O prazo de validade das propostas, em caso algum inferior a um ano.

ainda o tribunal que, ocorrendo a caducidade da primeira adjudicação, a entidade pública tem obrigatoriamente de proceder à adjudicação da concessão ao concorrente ordenado em segundo lugar. Assim, decidiu o tribunal arbitral que a adjudicação feita à entidade B pela entidade A não viola tanto o regime dos concursos públicos como o número 1 do artigo 10.º do decreto-lei supramencionado.

Outro ponto relacionado com a legalidade da adjudicação da concessão, prende-se com o vício do ato da adjudicação com a divergência encontrada entre o conteúdo final do contrato celebrado e as peças concursais – trata-se, pois, de uma nulidade originária do contrato, uma vez que incide sobre o procedimento que originou o contrato e à adjudicação do mesmo.

Começou-se por examinar a possível ocorrência de “erro”<sup>30</sup> por parte da entidade A ou a ocorrência de “dolo”<sup>31</sup> por parte da entidade B que poderiam levar à invalidade originária do contrato.

É certo que empresas como a entidade B detêm uma posição mais vantajosa relativamente às autarquias municipais no que toca à definição do conteúdo de um contrato de concessão, tanto a nível técnico como a nível económico-financeiro, e efetivamente veio a verificar-se essa vantagem da entidade B sobre a entidade A. No entanto, não se pode concluir que tal situação tenha sido aproveitada pela entidade B a fim de agir com “dolo” ou de levar a entidade A a agir em erro quanto à sua decisão de contratar, tanto ao nível do conteúdo do negócio como ao nível da vontade real de contratar, uma vez que ficou provado:

- Que a entidade A mostrou interesse em introduzir alterações no contrato de concessão, as quais levariam ao aumento da rede concessionada e, conseqüentemente, a um maior investimento e custo para a entidade B;
- Que as alterações a introduzir no contrato levaram a conversações entre a entidade A e a entidade B, as quais duraram meses, e ao longo das quais a entidade B apresentou à entidade A as implicações económico-financeiras dessas alterações;
- Que a entidade A tomou conhecimento da alteração dos tarifários a aplicar, os quais se traduziam num primeiro tarifário a aplicar no primeiro ano de concessão e um segundo tarifário que entraria em vigor a partir do ano de 2006;

---

<sup>30</sup> No presente caso está-se perante dois tipos de “erro”: “erro na declaração” e “erro-vício”. A definição destes termos pode ser encontrada nos artigos 247º e 251º do Código Civil, respectivamente, os quais se transcrevem em seguida:

- Erro na declaração: Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.
- Erro-vício (Erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio): O erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247º.

<sup>31</sup> “Dolo” encontra-se definido no número 1 do 253º artigo do Código Civil como:

- qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante.

- Que a entidade A deteve tempo suficiente para estudar todas as alterações – e os respetivos impactos – introduzidas no contrato e de recorrer, caso achasse necessário, a consultoria externa ou ainda a pedir esclarecimentos à entidade B;
- Que a entidade A nunca solicitou à entidade B outra versão senão a escrita do Caso Base;
- E que as negociações sobre o contrato se desenvolveram num clima de confiança entre ambas as partes.

Concluiu o tribunal, assim, perante estes casos provados, que a entidade A não consentiu o contrato seja em erro na declaração, seja em erro-vício, nem tão pouco tenha sido induzida em dolo por parte da entidade B.

Foi igualmente posta em causa se à celebração do contrato existiria ou não o interesse público na concessão, uma vez que a falta deste invalida o contrato de concessão e, ainda, que a entidade A alegou que o contrato continha “desvio de poder”, a favor da entidade B. Baseando-se em factos já aqui mencionados, o tribunal fez saber que não concordava que as alterações efetuadas ao contrato beneficiassem exclusivamente a entidade B e que fossem de encontro unicamente aos seus interesses – pelo contrário, nas alterações realizadas os interesses de ambas as partes foram cruzados. Assim, concluiu o tribunal arbitral que não se podia afirmar que o interesse público não se encontrava presente aquando a celebração do contrato da concessão.

Analizou ainda o tribunal a validade do contrato no que diz respeito a princípios e regras jurídicas destinadas a contratos administrativos submetidos a concurso público, mais concretamente o princípio da congruência ou da estabilidade – “*adequação, de correspondência ou de conformidade do conteúdo dos contratos com as peças do procedimento de adjudicação*”<sup>32</sup> [21]. Ressalva-se que este princípio não se trata de um princípio absoluto, isto é, não exige a correspondência exata entre o conteúdo do contrato e as peças concursais.

A primeira cláusula a ser posta em causa tratou-se do número 4 da 33ª cláusula, a qual traduz que, caso na vistoria a levar a cabo no período de transição da concessão se verificar a existência de danos nos sistemas pré-existentes geridos até então pela câmara e desconhecidos pela concessionária, os mesmos devem ser reparados pela concedente. Encontra-se aqui em causa que tal obrigação não se encontrava presente no Caderno de Encargos. No entanto, embora o Caderno de Encargos não previsse tal situação pelas mesmas palavras, a verdade é que o mesmo previa uma vistoria prévia aos sistemas a ceder à concessionária. Assim, determinou o tribunal que a introdução da cláusula em causa não é ilegítima, visto a mesma se traduzir na proteção da concessionária contra defeitos nos sistemas dos quais não tinha conhecimento aquando a apresentação da sua proposta. Não houve, portanto, violação do princípio da congruência do contrato com as peças concursais.

---

<sup>32</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, pp. 74-75.



A cláusula seguinte a ser questionada – o número 1 da cláusula 69ª – põe em causa os fatores da revisão anual do tarifário, mais concretamente os fatores representantes do vencimento dos funcionários da concessionária. Nesta situação é claro que tal não se encontrava previsto no Caderno de Encargos. Não obstante, tal informação foi deixada em aberto no Caderno de Encargos propositadamente para ser regulado no contrato, não se estando, por isso, perante uma divergência entre o Caderno de Encargos e o contrato da concessão. Outra questão a ser levantada pelo concedente relativamente a esta cláusula, tratou-se da legitimidade da inclusão dos fatores em causa na revisão do tarifário, tendo o mesmo argumentado que a concessionária poderia tomar partido dos fatores e manipular a revisão do tarifário, através do aumento dos vencimentos dos seus trabalhadores. O tribunal determinou que tal argumento é incoerente, uma vez que:

- o aumento dos vencimentos dos funcionários se traduzia num custo acrescido para a concessionária e não num aumento de receitas;
- os fatores em causa apenas representavam 20% da fórmula de revisão do tarifário;
- a revisão anual do tarifário tem de ser aceite pela Câmara, a qual a pode recusar nos termos dos números 6 e 7 da cláusula em apreço.

Em seguida, foram contestados os números 4, 5 e 7 da cláusula 86ª do contrato, os quais dizem respeito, respetivamente, à equação financeira de referência à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão, à definição dos critérios-chave do reequilíbrio financeiro, e à exigência da modalidade de reequilíbrio a aplicar. Para este caso, determinou o tribunal que, tal como aconteceu com a cláusula anterior, se estava perante informação deixada em aberto no Caderno de Encargos para ser definida posteriormente no contrato.

Por último, questionaram-se ainda os números 1, 2, 4 e 6 da cláusula 98ª do contrato, a qual traduz a rescisão do contrato pela concessionária. Em relação aos números 1 e 2, os mesmos passaram a incluir situações legítimas da rescisão pela concessionária que não se encontravam prevista no Caderno de Encargos, situações essas relativas a ações do concedente contra o contrato ou a lei. Decidiu o tribunal que o disposto nos números em causa se trata de princípios ou regras gerais habitualmente aplicáveis à rescisão de contratos, os quais a concessionária poderia sempre invocar, independentemente de se encontrarem presentes no contrato e/ou no Caderno de Encargos. Já o número 4 vem acrescentar a possibilidade da rescisão imediata do contrato, apenas exigindo a comunicação por parte da concessionária à concedente da decisão definitiva da rescisão. O tribunal não encontrou qualquer motivo para que tal não pudesse ser acrescentado ao inicialmente previsto no Caderno de Encargos. Finalmente, analisando o número 6 da cláusula em causa, o qual indica as regras do cálculo da indemnização, conclui o tribunal que o mesmo traduzia na íntegra o previsto no Caderno de Encargos, diferindo deste apenas em relação às terminologias utilizadas.

O último ponto analisado pelo tribunal arbitral tratou-se da divergência encontrada entre o Caso Base contratualizado e o estudo económico-financeiro que integrou a proposta da entidade B. É

indiscutível que entre a proposta levada a concurso pela concessionária e o contrato mais tarde celebrado ocorreram diferenças assinaláveis, as quais se encontram refletidas na equação financeira do Caso Base. Há que ter em consideração que desde a apresentação da proposta até à celebração do contrato decorreram dois anos, pelo que certas diferenças se traduzem na atualização de elementos fatuais da proposta, tais como o número de clientes existentes ou o número de contadores de água. No entanto, as diferenças encontradas iam além de elementos fatuais da proposta, as quais incluíam o aumento do investimento por parte da concessionária, o aumento dos custos da concessionária, a previsão de aumentos reais das tarifas nos três primeiros anos da concessão, o aumento da receita global da concessionária ao longo dos 35 anos da concessão e, por último, o aumento da TIR acionista. Foi levado a cabo um exame pericial, o qual aferiu quantitativamente as diferenças encontradas:

- Aumento de investimento: de 39,313 M€ para 51,609 M€ (31,3%);
- Custos operacionais: de 165,721 M€ para 199,331 M€ (20,3%);
- Proveitos operacionais: de 324,710 M€ para 437,193 M€ (34,6%);
- Resultados líquidos: de 73,891 M€ para 111,046 M€ (50,3%);
- Inclusão de dois tarifários, sendo o segundo aplicável a partir de 2006;
- Aumentos reais de tarifas, de 4% em cada ano (2006, 2007 e 2008);
- Aumento da retribuição da concessionária à concedente em 2 000 000 €;
- Capitação do consumo diário de água: de 80 m<sup>3</sup> para 116,3 m<sup>3</sup>;
- Rácio de habitantes por contador: de 3,5 hab para 2,25 hab;
- Taxas de atendimento no consumo de água: de 46,2% para 55,5% (1º ano), de 84,6% para 74,8% (último ano);
- Taxas de atendimento em saneamento: de 31,2% para 42,7% (1º ano), de 63,4% para 54,4% (último ano);
- Resultado global: aumento da faturação em 11,9% em consumo de água (8 684 371 m<sup>3</sup>) e em 8,2% em saneamento (4 450 625 m<sup>3</sup>);
- TIR acionista: de 10,87% para 12,36%.

Do exame pericial foi possível concluir que, embora algumas das alterações introduzidas beneficiem a concessionária na medida em que traduzem uma maior garantia do seu risco, outras das alterações encontram-se a favor da Câmara, como é o caso do aumento da retribuição a esta por parte da concessionária. Tal conclusão pode ser retirada a partir da manutenção do equilíbrio contratual, o qual é visível através do aumento verificado na TIR acionista, uma vez que é na TIR que convergem todas as variáveis económico-financeiras do contrato. Ainda que o aumento da TIR tenha sido de apenas 1,49%, trata-se de um aumento, segundo o perito designado pelo tribunal, razoável face ao aumento do investimento por parte da concessionária e, conseqüentemente, ao aumento de risco do investimento, pelo que o contrato não se encontra significativamente desequilibrado. Assim, determinou o tribunal que a divergência encontrada entre o Caso Base contratualizado e o estudo económico-financeiro que integrou a proposta não

determina a invalidade do Caso Base, nem representa uma violação do princípio do concurso imposto pelo decreto-lei nº 379/93.

Salienta-se ainda que, não tendo sido declarada a invalidade de nenhuma das cláusulas constituintes do contrato da concessão ou dos seus anexos, não haverá lugar à redução ou reforma do contrato em apreço.

#### 4.1.4.3. Resolução ou modificação do contrato (artigo 437.º do Código Civil)

O artigo 437.º do Código Civil diz respeito às condições de admissibilidade e diz o seguinte:

1. *“Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*
2. *Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”*

A entidade B destacou duas alterações de circunstâncias, as quais dizem respeito à manifestação levada a cabo pela população A contra a alteração do tarifário no início da concessão e à nova oportunidade de recorrerem a novos fundos comunitários para a execução de obras e/ou infraestruturas.

Em relação à manifestação da população A, o tribunal arbitral concluiu que a ocorrência da mesma não perturbou nem ameaçou a paz pública e que esta não pode influenciar a negociação de um contrato nem é o suficiente para ser considerada uma alteração de circunstâncias que preencha os requisitos do artigo 437.º do Código Civil.

Quanto à possibilidade de se recorrer a novos fundos comunitários, o tribunal arbitral deu como provado que esta possibilidade só veio a ser conhecida por parte da entidade B em 2007, e não em 2004 aquando a assinatura do contrato de concessão. No entanto, o tribunal arbitral determinou que tal não é suficiente para ativar o artigo 437.º do Código Civil para a resolução do contrato, uma vez que nunca houve a impossibilidade de se recorrer a novos fundos comunitários e que a possibilidade de aceder a fundos comunitários ainda existentes traduziu-se num dos fatores que levou à modelação final do contrato.

Recusou, assim, o tribunal o pedido por parte da entidade A em causa.

4.1.4.4. Rescisão do contrato pela entidade A devido ao incumprimento da entidade B  
É possível ler-se no contrato da concessão, no ponto 1 da cláusula 97<sup>a</sup>, o seguinte: “a *Concedente poderá pôr fim à concessão, através de rescisão do contrato, em casos de violação grave, continuada e não sanada ou não sanável, das obrigações da Concessionária emergentes do contrato.*”<sup>33</sup> [21].

Conclui-se, assim, que para que possa ocorrer a rescisão do contrato por parte da entidade A é necessário evidenciar o incumprimento do mesmo por parte da entidade B e provar ainda que esse mesmo incumprimento detém elevada gravidade.

Ora, dos alegados incumprimentos invocados pela entidade A já analisados no capítulo 4.1.1.11., o tribunal arbitral concluiu que, mesmo que tenha ocorrido incumprimento por parte da entidade B, tais incumprimentos não são etiquetados como graves e não sanáveis.

Quanto à não execução e suspensão do plano de investimentos por parte da entidade B, o tribunal arbitral necessitou de realizar uma análise mais profunda para decidir em relação aos mesmos, visto se tratar de uma não execução do contrato mais grave.

É sabido que a entidade B, embora tenha celebrado contrato no fim de 2004 e iniciado a concessão a meio do ano de 2005, só em agosto de 2005 é que veio apresentar os projetos de obras a realizar. Sabe-se ainda que, nos anos de 2006 e 2007, apenas uma reduzida parte da parcela de investimento programada para esses anos é que foi efetivamente realizada. A tudo isto soma-se ainda a suspensão do plano de investimentos, como foi analisado no capítulo 4.1.1.6.

Todos estes atos tomados pela entidade B, embora tenham sido atos contínuos e com consequências consideradas temporalmente irremediáveis, não são suficientes, aos olhos do tribunal, para que se possa considerar que tenha ocorrido um incumprimento relevante do contrato por parte da mesma.

Esta conclusão por parte do tribunal, é justificada tendo em consideração o contexto em que ocorrem todas as situações descritas. Em relação ao atraso na apresentação dos projetos de obras a realizar, o mesmo é justificado visto ter ocorrido, desde a celebração do contrato até ao início da concessão, o período de transição previsto no contrato, pelo que se torna compreensível que a entidade B não tenha conseguido apresentar mais cedo projetos de obras e muito menos tenha conseguido realizar o investimento previsto para esse ano.

Já a suspensão do plano de investimentos, a mesma é justificável devido à nova posição da entidade A em relação ao contrato de concessão, posição essa que punha em causa esse mesmo contrato e ainda a possibilidade da sua rescisão. Embora o princípio da boa fé contratual fosse suficiente para que a entidade B não fosse obrigada a executar o plano de investimentos,

---

<sup>33</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 92.

ficou ainda provado pelo tribunal que a entidade A consentiu indiretamente que a entidade B não levasse a cabo o plano de investimentos, enquanto a situação não se encontrasse definida.

Por último, a não assunção de todas as infraestruturas de saneamento. Levando em consideração o comportamento não linear da entidade B – a mesma assumiu operacionalmente todas as infraestruturas nas quais existiam clientes do serviço prestado pela entidade A –, e tendo igualmente em consideração que a mesma não apresenta completa indisponibilidade para assumir as restantes infraestruturas, o tribunal arbitral concluiu que seria excessivo classificar como grave o incumprimento por parte da entidade B.

Assim, o tribunal arbitral recusou o pedido por parte da entidade A em causa.

#### 4.1.4.5. Reequilíbrio financeiro da concessão

O pedido realizado pela entidade B sobre o reconhecimento ao reequilíbrio económico-financeiro teve como argumento o desequilíbrio económico-financeiro que a Modificação Unilateral do Contrato imposta pela entidade A provocou na concessão.

Relembre-se que a entidade A implementou a Modificação Unilateral do Contrato aclamando interesse público e comportamentos inadequados da entidade B. No entanto, o tribunal arbitral determinou que não se verificaram quaisquer incumprimentos contratuais por parte da entidade B, tornando, assim, a justificação de implementar a modificação do contrato com base no comportamento da entidade B inviável. Estava-se, portanto, perante uma modificação baseada apenas no interesse público, a qual poderia ser considerada como legítima desde que cumprisse o equilíbrio económico-financeiro da concessão.

Tendo sido, ao longo da arbitragem, avaliado o Caso Base que constitui o contrato, e não tendo o tribunal encontrado nenhuma inviabilidade no mesmo, decidiu o tribunal arbitral que seria com base no Caso Base que se iria analisar a necessidade ou não de se proceder ao reequilíbrio económico-financeiro da concessão.

Determinou, assim, o tribunal arbitral que após a implementação da Modificação Unilateral do Contrato, este último não apresentava o equilíbrio económico-financeiro da concessão, tal como foi verificado no capítulo 4.1.1.10.. Posto isto, o tribunal decidiu proceder ao reequilíbrio económico-financeiro da concessão.

A entidade B solicitou ao tribunal que este tivesse em conta os seguintes fatores de desequilíbrio, no cálculo do reequilíbrio da concessão:

- *“a suspensão do plano de investimentos;*
- *a não aprovação de projectos de execução de obras apresentadas à Câmara;*
- *a não disponibilização, também pela Câmara, de terrenos para a construção de infra-estruturas;*
- *a não aprovação, sempre pela Câmara, do Regulamento de Serviços;*

- a assunção de infra-estruturas não previstas no contrato (...) e a assunção de outras em estado mais avançado de degradação;
- a não atualização do tarifário nos anos de 2006 e 2007;
- a retirada do «Contrato de Construção» do âmbito do contrato de concessão.<sup>34</sup> [21].

Em relação à suspensão do plano de investimentos, determinou-se que, nas circunstâncias em que a mesma ocorreu, esta foi assumida por ambas as partes, pelo que o tribunal decidiu não ter em consideração a suspensão do plano de investimentos no reequilíbrio financeiro da concessão.

Ficou igualmente provado que a não aprovação dos projetos não pode ser considerada como o incumprimento do contrato por parte da entidade A. Mais, que a alocação dos terrenos ficou impossibilitada, em parte, pela suspensão do plano de investimentos. E ainda que o Regulamento de Serviços era prescindível ao funcionamento da concessão.

Quanto à assunção de infraestruturas não previstas e em estado degradado, o tribunal decidiu que o impacto que a sua integração no sistema teria sobre o equilíbrio do contrato seria desprezível, não se justificando, por isso, incluí-la no reequilíbrio do contrato.

A remoção do “Contrato de Construção” do contrato de concessão ficou determinada pelo tribunal arbitral que a mesma ocorreu devido à necessidade de assegurar que o Tribunal de Contas aceitasse o contrato de concessão e permitisse o concurso público para a realização das obras necessárias. Assim, e considerando que a entidade B concordou com a remoção do “Contrato de Construção”, a remoção não foi tida em conta no reequilíbrio económico-financeiro da concessão.

Foram, então, levados em consideração na perícia do cálculo do reequilíbrio da concessão o impacto provocado pela Modificação Unilateral do Contrato e a não atualização do tarifário nos anos 2006 e 2007.

Após a perícia, o tribunal determinou que a entidade A teria de pagar 16 000 000,00 € à entidade B, para que fosse reposto o equilíbrio económico-financeiro da concessão.

#### 4.1.4.6. Montante em dívida da taxa variável de saneamento

Juntamente com o pedido de reequilíbrio económico-financeiro da concessão, a entidade B solicitou a condenação da entidade A ao pagamento do montante de 949 761,52 €, o qual diz respeito à taxa variável de saneamento que a entidade B deixou de faturar aos consumidores, tendo passado a faturar esse valor à entidade A por indicação desta, deste o início da concessão até ao final do ano de 2007.

---

<sup>34</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 100.

Como já foi mencionado no capítulo 4.1.1.4, a entidade A nunca contestou a sua obrigação quanto ao pagamento da respetiva taxa de saneamento, tendo liquidado apenas uma das faturas à entidade B, ficando, assim, com um montante em dívida de 892 976,52 €.

Tendo o tribunal arbitral apurado a veracidade destes factos, o mesmo condenou a entidade A ao pagamento do montante em dívida para com a entidade B, acrescido dos juros de mora já vencidos.

#### 4.1.4.7. Modificação Unilateral do Contrato

A entidade A definiu na Modificação Unilateral do Contrato que a entidade B seria obrigada a pagar uma renda relativa à utilização das infraestruturas cedidas pela entidade A à entidade B, assim que a Modificação Unilateral do Contrato se tornasse efetiva. No entanto, essa renda diz respeito a todas as infraestruturas da entidade A, já cedidas ou por ceder à entidade B. Assim, a entidade B apelou ao tribunal arbitral que esta obrigatoriedade apenas tivesse lugar a partir do momento em que essas infraestruturas fossem efetivamente cedidas à entidade B e que fosse gradual, aumentando com o aumento da cedência das infraestruturas.

É possível ler-se na Modificação Unilateral do Contrato o seguinte: “(...) *«fixação ao contraente privado de uma renda global a título de contrapartida pela afectação à concessão de infra-estruturas, equipamentos e instalações cuja execução e financiamento ficará à responsabilidade do Município (...)*».”<sup>35</sup> [21]. É do entendimento do tribunal que “(...) *uma «contrapartida» só pode verdadeiramente sê-lo quando a ela já corresponda a prestação efectiva da outra parte (...)*”<sup>36</sup> [21].

Mais acresce a renda anual a pagar pela entidade B prevista no contrato de concessão. Esta renda sofre um aumento anualmente, ao mesmo tempo que aumenta o investimento assumido por parte da entidade B, estabilizando a partir do ano previsto para a conclusão desse investimento.

O tribunal arbitral concluiu, assim, que o valor da renda imposto à entidade B é função do investimento realizado pela mesma, ou seja, é função das infraestruturas, equipamentos e instalações cedidos pela entidade A à entidade B, o que levou o tribunal a proceder a favor a entidade B.

#### 4.1.4.8. Rescisão do contrato pela entidade B com direito a indemnização

Ao tribunal arbitral, a entidade B solicitou que lhe fosse concedido o direito à rescisão do contrato de concessão realizado com a entidade A, alegando a ocorrência de uma violação grave do

---

<sup>35</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 111.

<sup>36</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 111.

contrato por parte da Câmara, e ainda o direito a uma indemnização no valor de 15 682 880,52€ devido a essa rescisão.

A este pedido opôs-se a Câmara, alegando que a entidade B não apresentou a notificação prévia da decisão de rescisão do contrato à entidade A, notificação essa que se encontra prevista no número 3 da cláusula 98º do contrato, situação esta já apresentada no capítulo 4.1.2.12.

Segundo o número 1 da cláusula 98ª do contrato da concessão que a entidade B pode rescindir o contrato “*em caso de violação grave ou reiterada pela Concedente*”<sup>37</sup> [21], tendo a entidade B invocado o pedido de rescisão devido à entidade A chocar “*grave e sistematicamente com os interesses da Concessionária, impedindo a execução do contrato em termos técnica e financeiramente equilibrados*”<sup>38</sup> [21], apontando os seguintes problemas como justificação à rescisão:

- A cessação da cobrança da taxa variável de saneamento;
- A reprovação dos projetos de execução de obras apresentados pela entidade B;
- A indisponibilização dos terrenos escolhidos para as novas infraestruturas à entidade B;
- A reprovação da revisão tarifária para os anos 2006 e 2007;
- A reprovação do Regulamento dos Serviços.

Em relação à cessação da cobrança da taxa variável, o tribunal arbitral determinou que tal não se traduzia numa obstrução à concretização do contrato de concessão, visto a Câmara ter decidido assumir ela própria os encargos da tarifa variável, o que se traduzia na manutenção do equilíbrio financeiro do contrato.

Quanto à reprovação dos projetos, o tribunal determinou igualmente que não se estava perante uma violação do contrato, uma vez que, decorrido o prazo estabelecido no contrato de que a Câmara dispunha para se pronunciar sobre os projetos, a concessionária podia dar início às obras sem o parecer da Câmara. Mais, determinou ainda o tribunal que a Câmara nunca mostrou interesse em aprovar expressamente os projetos da entidade B, o que se traduzia na aprovação imediata dos mesmos e das obras.

Ao analisar a indisponibilização dos terrenos, o tribunal apurou que apenas dois terrenos dos solicitados pela entidade B é que não foram, de facto, disponibilizados, não sendo, assim, possível avançar com as obras nesses terrenos. No entanto, nada apontava para que a entidade B não pudesse avançar com outras obras previstas, as quais não dependiam desses dois terrenos. Posto isto, o tribunal não considerou a indisponibilização dos terrenos como sendo uma violação do contrato de concessão.

---

<sup>37</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 113

<sup>38</sup> José Manuel da Costa, Manuel Castelo Branco, João Pacheco de Amorim, *Entidade B VS: Município A - Relatório Final*, 2010, p. 113



Já quanto à revisão tarifária para os anos 2006 e 2007, a mesma encontrava-se sujeita à aprovação da Câmara e só podia ser reprovada caso não ocorresse um correto emprego da fórmula e dos termos de atualização – cláusula 69ª, números 4 e 5 do contrato de concessão. No entanto, tal não se verificou. A não revisão tarifária para ambos os anos teve apenas como base a constante discordância por parte da entidade A em relação ao tarifário a aplicar e a sua intenção de o vir a baixar no futuro. Posto isto, o tribunal determinou que ocorreu o não cumprimento do contrato de concessão por parte da entidade A, não cumprimento esse que se repercutiu significativamente no equilíbrio do contrato. No entanto, tendo em consideração que a entidade B compactuou de certa forma com a situação, na medida em que nada fez para a alterar, o tribunal determinou que a não revisão do contrato não se traduzia num incumprimento grave do contrato que poderia, por si só, levar à rescisão do mesmo, até porque a não revisão do contrato poderia vir a ser corrigida através do reequilíbrio do contrato.

Por último, o Regulamento dos Serviços. Para o tribunal arbitral não houve dúvidas de que ocorre o incumprimento do contrato de concessão por parte da entidade A, uma vez que a não aprovação do regulamento se deveu essencialmente à inatividade da Câmara e não devido a algum impasse proveniente de uma contraproposta ao regulamento por parte da Câmara. Contudo, o tribunal determinou que a falta de aprovação por parte da Câmara ao regulamento não era impeditiva ao funcionamento dos sistemas da concessão pelo que, tal situação não foi considerada como sendo grave e justificação suficiente para que ocorresse a rescisão do contrato.

Em resumo, nenhum dos argumentos apresentados pela entidade B foi considerado como sendo suficientemente grave para que se justificasse a rescisão do contrato, pelo que o tribunal arbitral decidiu que a rescisão do contrato por parte da entidade B não tinha fundamentos e, conseqüentemente, não iria ter lugar a indemnização da mesma.

#### 4.1.5. Decisão

Sintetizando, o tribunal arbitral decidiu:

1. Não reconhecer à entidade A o direito a uma indemnização por alegados prejuízos à população A e ao próprio município;
2. Considerar incoerentes os restantes pedidos colocados pela entidade A;
3. Concordar com o direito da entidade B ao reequilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão, o qual se deverá desenvolver com recurso a uma compensação financeira no valor de 16 000 000,00€;
4. Acordar o direito da entidade B ao reconhecimento de um crédito, a ser concedido pela entidade A, no valor de 892 976,52€, o qual diz respeito à faturação global da taxa variável de saneamento, e o qual deve ser pago pela entidade A acrescido dos juros de mora vencidos;

5. Concordar com a entidade B relativamente à renda anual estabelecida na Modificação Unilateral do Contrato pela entidade A, na medida em que a mesma deve ser cobrada à entidade B proporcionalmente à disponibilização das infraestruturas por parte da entidade A;
6. Não aceitar o pedido da entidade B referente ao direito à rescisão unilateral do contrato e, conseqüentemente, o direito a uma indemnização associada à rescisão.

## 4.2. Estudo de caso 2

### 4.2.1. Contextualização

#### 4.2.1.1. O contrato

O concurso público para a adjudicação da concessão teve início a 19 de fevereiro de 2003, com a sua publicação no Jornal Oficial da Comunidade Europeia, tendo sido mais tarde publicado no Diário da República a 25 de fevereiro de 2003. Após a avaliação das propostas concorrentes, a Comissão de Avaliação dos Projetos das Propostas classificou a proposta apresentada pela entidade B em primeiro lugar. A 22 de outubro de 2003, a entidade B foi informada por carta pela entidade A da aprovação da sua proposta e da intenção de lhe ser adjudicada a concessão em causa.

A 27 de setembro de 2004 foi celebrado o “Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Saneamento de A” entre a entidade A e a entidade B, através de escritura pública, tendo a concessão sido atribuída à entidade B em regime de exclusividade com uma duração de 30 anos.

A entidade B pagou uma caução no valor de 3 000 000,00€ à entidade A, por forma a garantir o cumprimento do contrato da sua parte, o qual tem por objeto:

- *“A exploração e a gestão dos sistemas públicos de abastecimento de água para o consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes do concelho A (...), com exceção dos serviços de drenagem de águas pluviais; e*
- *A realização das obras previstas no Plano de Investimentos (...) constante do Anexo XI do Contrato de Concessão (...).”<sup>39</sup> [22].*

Em contrapartida, a entidade A obrigou-se a contribuir com 50% do montante necessário à realização das obras previstas no Plano de Investimentos, montante esse que seria obtido junto de fundos comunitários da União Europeia.

A 10 de janeiro do ano seguinte, o presente contrato de concessão foi objeto de vistoria por parte do Tribunal de Contas.

Salienta-se que a 7 de janeiro de 2005 celebrou-se entre as partes um aditamento ao contrato de concessão, o qual se traduziu na eliminação do anexo XVI do mesmo, o qual traduzia o contrato de construção.

#### 4.2.1.2. Início da concessão

Segundo o número 3 do artigo 31.º do contrato de concessão, o início da concessão ocorreria 5 dias após a data de assinatura do “Auto de Vistoria”. A 17 de janeiro de 2005, teve lugar a assinatura do “Auto de Vistoria”, no qual ficaram registados todos os bens que apresentavam

---

<sup>39</sup> Rui Pinto Duarte, José Robin de Andrade, Mário Aroso de Almeida, *Arbitragem entre Entidade B, como Demandante, e Município A, como Demandado - Decisão Arbitral*, 2012, p.19

defeitos e/ou vícios, pelo que, decorridos os 5 dias previstos no contrato, o “Auto de Consignação” foi assinado pelas partes, tendo a concessão início nesse mesmo dia, a 24 de janeiro do mesmo ano.

#### 4.2.1.3. Aditamento ao contrato

A 12 de junho de 2008 celebrou-se um novo aditamento ao contrato, no qual ocorreram alterações a diversos artigos do mesmo e, ainda, alterações ao Tarifário e ao Plano de Investimentos, alterações essas com efeitos imediatos a partir dessa data.

Entre as alterações efetuadas, encontra-se a assunção da execução das obras de saneamento previstas no contrato por parte da entidade A, passando, assim, a integrar o contrato o anexo “Obras do Concedente” e ainda um “Novo Plano de Investimentos”. No corpo do contrato foi ainda alterado o artigo referente ao “Financiamento” e adicionado um novo artigo denominado “Obras da Concedente”.

Segundo o novo anexo do contrato, “Obras do Concedente”, eram da inteira responsabilidade da entidade A as obras a realizar na ETAR de Maceira de Rates e de Cristelos e no Emissário de Ribeira Veiga, obras estas a realizar nos anos de 2008 e 2009. O “Novo Plano de Investimentos” previu, assim, que o investimento total previsto para os anos de 2008 e 2009 seria de 29 517 143,00 € e de 2 907 382,00 €, respetivamente.

É de salientar que o presente aditamento não levou à alteração do Caso Base inicial, tanto ao nível do Plano de Investimentos, como ao nível das Tarifas. Mais, a entidade A declarou que até à data de celebração do aditamento em causa estavam terminados todos os trabalhos integrantes do Plano de Investimento Inicial.

#### 4.2.1.4. Execução do contrato

No contrato da concessão encontravam-se previstas retribuições a serem pagas pela entidade B à entidade A, a qual, à data da petição inicial por ela apresentada, já tinha saldado 4 568 529,43€, faltando ainda saldar os restantes 8 109 970,92 € até ao fim da concessão. Mais, a entidade B adquiriu à entidade A, igualmente como previsto no contrato, 181 424,42 € em stock de consumíveis e substituíveis e 731 100,00 € em stocks de equipamentos.

À data dos censos de 2001, o concelho A detinha 122 096 habitantes, distribuídos por 40 209 habitações, cuja capitação do consumo de água se traduzia em 114 L/hab/dia. No entanto, é de salientar que uma significativa parte da população do concelho A, embora use o sistema público de saneamento, continua a consumir água oriunda de captações próprias, nomeadamente poços e furos, sendo, por isso, o seu consumo de água mínimo ou até mesmo nulo.

A entrega das infraestruturas existentes na concessão aquando a celebração do contrato entre as partes pela entidade A à entidade B sofreu um atraso significativo, atraso esse que se refletiu

nas obras a efetuar. À data da petição inicial solicitada pela entidade B, existiam 1 762 ramais de água por ligar à rede de abastecimento, o que se traduziu, de acordo com o previsto no Caso Base, numa perda média anual de caudais de água de 366 mil metros cúbicos.

Em dezembro de 2007 foi apresentado pela entidade B o Regulamento de Serviços, o qual foi alvo de avaliação e alterações por parte da entidade A. A 25 de junho de 2010, a entidade B apresentou à entidade A a última versão do regulamento, já adaptada ao regime do decreto-lei nº 194/2009.

#### 4.2.1.5. Discrepância entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada

Na tabela 1, é possível observar-se as diferenças ocorridas entre a quantidade de água que entrou no sistema de abastecimento e a quantidade de água efetivamente faturada aos clientes.

*Tabela 1 – Diferença entre a quantidade de água entrada no sistema de abastecimento e a quantidade de água faturada aos clientes, para os anos de 2005 a 2009*

Ano	Quantidade de água entrada no sistema [m³]	Quantidade de água faturada aos clientes [m³]	Diferença entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada [m³]	Diferença entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada [%]
2005	3 731 995	2 454 750	1 277 245	34,22
2006	3 563 337	2 385 532	1 177 805	33,05
2007	3 689 854	2 447 629	1 242 245	33,67
2008	3 668 404	2 443 869	1 224 535	33,38
2009	3 772 339	2 697 713	1 074 626	28,49

#### 4.2.1.6. Contatos entre as partes relativos às suas divergências

No mês de abril de 2009, a entidade A fez chegar à entidade B um ofício, no qual se podia ler que ainda faltava a esta última executar 12% das obras previstas no Plano de Investimentos e lhe era solicitada justificação pelo atraso na execução das mesmas. Mais tarde, em junho do mesmo ano e em novo ofício, a entidade A comunicou à entidade B que tinha intenções de passar de novo para a responsabilidade da entidade B as obras que no aditamento de 12 de junho de 2008 ficaram responsabilidade da entidade A.

Ainda nesse mês a entidade B respondeu à entidade A, justificando que a execução das obras em falta encontrava-se condicionada por diversos fatores, sendo o primeiro constituído pelos atrasos nas obras a cargo da entidade A, obras essas que agora passariam para sua responsabilidade. Juntamente com a justificação, a entidade B apresentou ainda à entidade A o pedido de reequilíbrio económico-financeiro da concessão, após o qual decorreram negociações entre as partes, de julho a outubro do ano em causa, sobre a reposição do reequilíbrio não se tendo, no entanto, chegado a qualquer tipo de acordo.

A 11 de novembro de 2009 ocorreram as eleições autárquicas, das quais resultou a substituição do Presidente da entidade A. Com a tomada de posse do novo Presidente da entidade A, em novembro de 2009, as negociações entre as partes foram retomadas, tendo, em janeiro do ano seguinte, a entidade A solicitado à entidade B as condições necessárias para que esta aceitasse o resgate da concessão por parte da entidade A. Mais tarde nesse mês, a entidade B devolveu à entidade A os valores a receber caso ocorresse o resgate da concessão: 156 936 684,00 € de imediato e 40 046 777,00 € a prazo. No entanto, a única resposta dada à entidade B nunca chegou por escrito, tendo esta sido apenas informada pelo Presidente da entidade A que a câmara não teria qualquer possibilidade de pagar à entidade B as quantias devidas no caso de resgate da concessão.

Em março de 2010 a entidade B solicitou à entidade A a constituição de Tribunal Arbitral, com o intuito de se repor urgentemente o reequilíbrio económico-financeiro da concessão.

#### 4.2.2. Constituição da arbitragem

A 29 de junho de 2010, a entidade B desencadeou uma ação arbitral contra o Município A, através do envio de carta, na qual deixou definido o objeto do litígio e designado o seu árbitro, e apresentou a sua petição inicial.

A 19 de julho do mesmo ano, o Município A aceitou o desenvolvimento do processo arbitral, tendo concordado com o objeto do litígio definido pela entidade B e adicionado mais questões a serem resolvidas pelo tribunal. Apresentou ainda a sua contestação e designou o seu árbitro.

Encontrando-se escolhidos os árbitros de ambas as partes, em setembro desse ano os mesmos procederam à seleção do árbitro-presidente do processo arbitral. No mesmo mês, os árbitros reuniram, tendo decidido:

- Propor às partes a celebração de um acordo entre estas e os árbitros por forma a que ficasse definido o prazo da arbitragem, a remuneração dos árbitros e o secretariado do processo;
- Assim que as partes concordassem com o acordo acima descrito, o tribunal arbitral dava-se por constituído e proceder-se-ia à fixação das regras processuais.

Foi obtida a concordância das partes e, a 12 de novembro do mesmo ano, estas assinaram então um Acordo de Arbitragem com os árbitros do processo, no qual:

- As partes reiteraram a submissão do litígio a arbitragem e a designação dos árbitros;
- Todos os árbitros aceitaram exercer as funções de árbitro;
- O Município A reconheceu como sendo válida a petição inicial posta pela entidade B;

- Fixou-se o prazo para a decisão arbitral:
  - Prazo máximo de 12 meses para a decisão arbitral, a contar da data de assinatura do presente acordo;
- Fixaram-se as regras quanto aos honorários dos árbitros e aos encargos administrativos do processo.

A 22 de dezembro de 2010, os árbitros fixaram as regras processuais definitivas a aplicar, encontrando-se, assim, o tribunal arbitral constituído.

Salienta-se que, a 12 de novembro do ano seguinte, por acordo das partes, o prazo para a decisão arbitral foi alterado, passando para 31 de janeiro de 2012 a data final para a proferição da decisão arbitral.

#### 4.2.3. Objeto da arbitragem

O presente tribunal arbitral foi constituído com vista a decidir sobre os seguintes pontos:

1. O direito invocado pela entidade B ao reequilíbrio financeiro do contrato de concessão, segundo a cláusula 87<sup>a</sup> do contrato, devido à alteração do “Caso Base” no que diz respeito à diminuição dos caudais totais de água de abastecimento para os anos de 2005 a 2010;
2. O direito da entidade B a uma indemnização, caso exista o direito ao reequilíbrio financeiro do contrato de concessão, e a retificação do “Caso Base” com base nos dados reais;
3. Nos termos do artigo 468.º do Código de Processo Civil, o direito da entidade B a rescindir o contrato nos termos do artigo 99.º do mesmo, e, ainda, o direito a uma indemnização em valor a apurar segundo os termos do artigo 97.º do contrato de concessão;
4. A validade das disposições contratuais;
5. A ocorrência de vício na formação da vontade;
6. A existência de erro na formação do “Caso Base”.

#### 4.2.4. Análise do tribunal arbitral

##### 4.2.4.1. Aspetos do caso base constante do contrato

Na tabela seguinte encontram-se os caudais totais anuais de abastecimento de água faturáveis previstos no caso base, para os anos de 2005 a 2010.

*Tabela 2 – Caudais totais anuais de abastecimento de água faturáveis previstos no caso base, para os anos de 2005 a 2010*

Ano	Caudal [m <sup>3</sup> ]
2005	3 248 376
2006	4 188 158
2007	5 128 941
2008	5 962 605
2009	6 384 167
2010	6 733 394

#### 4.2.4.2. Caso base e reposição do equilíbrio económico-financeiro

Apurou o tribunal arbitral que, na proposta apresentada a concurso pela entidade B era possível encontrar-se um modelo económico-financeiro estruturalmente idêntico ao “Caso Base” presente no contrato final. No entanto, este modelo económico-financeiro sofreu vários ajustes, um dos quais dizia respeito ao critério do desvio dos caudais previstos face aos caudais reais, o qual se encontrava previsto nos 30%, tendo sido alterado para 20%, uma vez que a maior percentagem impossibilitava a obtenção de financiamento para o projeto.

É de salientar que, segundo os pressupostos presentes no Caderno de Encargos entre dezembro de 2003 e a celebração do contrato, não era previsível que os caudais faturados no ano de 2005 seria inferior ao definido no “Caso Base”.

#### 4.2.4.3. Aditamento ao contrato de 12.6.2008

A retificação do tarifário previsto no aditamento de junho de 2008 tinha como objetivo aumentar as receitas da concessionária, mas, no entanto, tal não se verificou, tendo inclusive ocorrido uma perda de receitas nos primeiros anos após a alteração realizada ao tarifário, como se pode verificar na tabela 3.

*Tabela 3 – Diferença entre as receitas previstas no caso base inicial e as previstas após a alteração de tarifário, para os anos de 2008 a 2010*

Ano	Receitas previstas no Caso Base Inicial	Receitas previstas após a alteração do tarifário
2008	21 677 991,00 €	21 123 257,00 €
2009	19 860 389,00 €	19 778 091,00 €
2010	19 697 479,00 €	19 905 581,00 €

É assim possível ver que nos anos de 2008 e 2009 a alteração do tarifário praticado traduziu-se numa redução de receitas no valor de 637 032,00 €, tendo apenas no ano de 2010 ocorrido um ligeiro aumento das receitas.



O aditamento ao contrato de junho de 2008 teve ainda como propósito formalizar a responsabilidade da entidade A pela realização das obras que seriam compartilhadas por fundos comunitários. Todavia, existia já uma parte destas obras concluídas e pagas pela entidade A antes do aditamento ao contrato: o emissário da capela e o emissário de Ribeiro Veiga, ambas iniciadas em 2007. Mais, é possível ler-se no relatório de gestão da entidade B do ano de 2007 que a execução destas duas obras já era da responsabilidade da entidade A.

Determinou o tribunal arbitral que o aditamento realizado ao contrato em junho de 2008 não levou a que ocorresse o equilíbrio económico-financeiro da concessão.

#### 4.2.4.4. Divergência entre as previsões de faturação e a faturação verificada

Antes de mais, decidiu o tribunal evidenciar as seguintes expressões:

- Água não faturada – inclui tanto o consumo de água autorizado não faturado como as perdas de água do sistema;
- Consumo autorizado não faturado – engloba o consumo de água correspondente a usos lícitos de água não faturada, tais como água destinada ao combate a incêndios, água para ensaios e lavagem de condutas e água para ensaios de estanqueidade e lavagem de reservatórios;
- Perdas de água – são divididas em dois tipos:
  - Perdas aparentes – usos não autorizados e erros de medição relacionados com a antiguidade do parque de contadores;
  - Perdas reais – água perdida ao longo do sistema de abastecimento, nomeadamente na rede de adução, nos reservatórios, na rede de distribuição e nos ramais.

Posto isto, verificou o tribunal que as diferenças ocorridas entre os caudais totais anuais de abastecimento de água efetivamente faturados e os previstos no Caso Base, entre os anos de 2005 e 2009, foram de 50,11%, ou seja, foram faturados menos 12 482 754 m<sup>3</sup> de água do que o inicialmente previsto, tendo esta diferença aumentado anualmente.

Conclui o tribunal que seria bastante provável que, até ao fim da concessão, os caudais totais anuais viriam sempre a ser mais de 20% inferiores relativamente aos estimados no “Caso Base”. Os desvios encontrados entre os caudais previstos e os caudais efetivamente faturados ocorreram, principalmente, devido às estimativas do aumento da população e do aumento da capitação serem mais altas do que aos aumentos reais ocorridos, particularmente ao nível da capitação (tabela 4).

*Tabela 4 – Diferença entre a capitação do consumo de água previsto e a capitação do consumo de água real, para os anos de 2005 a 2009*

Ano	Capitação do consumo de água previsto [L/hab/dia]	Capitação do consumo de água real [L/hab/dia]
2005	126	112
2006	129	90
2007	132	81
2008	135	75
2009	138	75

#### 4.2.4.5. O consumo de água do demandado

Verificou-se que o consumo de água da entidade A veio a diminuir progressivamente, desde o início da concessão até à data da presente ação arbitral, tendo passado de 250 000 m<sup>3</sup> no ano de 2005 (o que representou 10% do caudal faturado nesse ano) para 173 000 m<sup>3</sup> no ano de 2010. Conclui o tribunal que, caso a entidade A tivesse mantido ao longo dos anos o consumo verificado no ano de 2005, a diferença encontrada entre a capitação prevista no “Caso Base” e a capitação real teria sido inferior.

#### 4.2.4.6. Contexto social condicionador do consumo de água

No ano de 2009, a população do município de A era 4,8% menor do que o conjeturado inicialmente no Caso Base e a sua capitação de consumo 41% menor.

É de salientar que, ao longo dos anos de 2002 e 2009, a população do concelho cresceu 0,4% em média por ano, tendo a partir de 2007 esse crescimento sido quase nulo. Ao baixo crescimento junta-se ainda o facto de existir uma forte tendência para a emigração no concelho e ainda o facto de este ser um concelho composto essencialmente por zonas rurais, o que se traduz num maior consumo de água proveniente de captações próprias.

#### 4.2.4.7. A execução do plano de investimentos da concessionária

Do previsto no Plano de Investimentos inicial do contrato, a entidade B realizou investimentos nos valores de:

*Tabela 5 – Valor dos investimentos realizados pela entidade B, para os anos de 2004 a 2007*

Ano	Investimento
2004	939 516,00 €
2005	11 169 982,00 €
2006	17 881 161,00 €
2007	19 687 911,00 €

Com a introdução do novo Plano de Investimentos, a concessionária realizou, no âmbito do “Abastecimento de Água e Águas Residuais”, investimentos no montante de 13 907 696,00 € no ano de 2008 e de 6 973 418,00 € no ano de 2009, tendo realizado, até ao final de 2009, um total de 74,65 M€ na concessão.

A diferença encontrada entre os investimentos previstos e os investimentos reais efetuados deveu-se ao forte desvio verificado entre os caudais previstos e os caudais reais faturados, uma vez que esta diferença provocou uma redução bastante significativa na liquidez da concessão e, por sua vez, a falta de liquidez levou a que os financiadores da concessão recusassem à entidade B o acesso a fundos de financiamento em 2008 e em 2009.

#### 4.2.4.8. Construção das ETAR de Macieira de Rates e de Cristelo

Conforme o tribunal apurou, encontrava-se previsto no Plano de Investimentos inicial que todas as ETAR deviam de ser construídas até ao final do ano de 2007. No entanto, em julho de 2009 a entidade A ainda não tinha dado início às obras de construção das ETAR de Macieira de Rates e de Cristelo, e muito menos ainda havia conseguido fundos comunitários para o seu financiamento, não se encontrando as ETAR construídas até à data da presente ação arbitral. Ora, o atraso na construção das ETAR em apreço implicou um atraso nas obras da responsabilidade da entidade B, uma vez que a não existência das ETAR impossibilitava a ligação de troços da rede de saneamento e drenagem a construir pela entidade B.

#### 4.2.4.9. Dependência da demandante da Águas do Cávado, S.A.

Sendo a maioria da água fornecida ao município A aprovacionada pela Águas do Cávado, S.A., a entidade B assumiu, segundo o artigo 73.º do contrato, a posição contratual da entidade A no contrato celebrado entre esta e a Águas do Cávado, S.A..

Salienta-se que as obras a realizar pela entidade B previstas no plano de investimentos inicial encontravam-se dependentes de obras que a Águas do Cávado, S.A. iria realizar no sistema municipal de abastecimento do Baixo Cávado-Ave, mas, no entanto, essas obras não foram realizadas como inicialmente planeadas, pelo que a entidade B foi obrigada a modificar a sua rede de abastecimento, uma vez que a Águas do Cávado, S.A. alterou a localização de um dos reservatórios a construir.

O tribunal arbitral apurou que uma das condicionantes da execução do plano de investimentos por parte da entidade B tratou-se do atraso na realização das obras a cargo da Águas do Cávado, S.A., não se encontrando estas terminadas em setembro de 2010.

Das obras em falta, salienta-se o reservatório de Oliveira, o qual se encontrava previsto inicialmente construir em 2003-2004. Em novembro de 2005, numa reunião realizada entre a entidade B e a Águas do Cávado, S.A., ficou definido que o reservatório iria ser construído no ano de 2006, mas apenas no ano de 2008 é que o reservatório foi disponibilizado à entidade B.

Salienta-se ainda o reservatório de Monte Farlães, o qual se encontrava previsto no caderno de encargos para o ano de 2004, tendo, no entanto, ficado pronto apenas no ano de 2008.

A Águas de Portugal, S.A., acionista maioritária das concessionárias dos sistemas multimunicipais do Baixo Cávado e do Minho e Lima, levou a cabo um estudo de interligação destes dois sistemas de abastecimento, estudo esse que provocou alterações ao projeto de sistema multimunicipal do Baixo Cávado-Ave que, por sua vez, provocaram atrasos no arranque das obras previstas.

#### 4.2.4.10. Discrepância entre a quantidade de água entrada no sistema e a faturada

Analisando a tabela 1, é possível concluir que o valor da água não faturada entre os anos de 2005 e 2009 baixou de 34% para 28,5%. Tal deveu-se a diversos projetos desenvolvidos ao longo dos anos pela entidade B, a campanhas de sensibilização junto da população do município, a protocolos desenvolvidos e a ações de campo.

No ano de 2005, por forma a reduzir as perdas aparentes, a entidade B levou a cabo um plano de substituição de contadores, tendo substituído todos os contadores que apresentassem consumo nulo nos últimos 10 meses e todos os contadores mais antigos. No final de 2005, a entidade B substituiu 1829 contadores, 2307 contadores em 2006, 837 em 2007, 1121 em 2008, 2629 contadores em 2009 e 1389 no ano de 2010. No total dos 5 anos, a entidade B substituiu cerca de 30% do parque de contadores.

#### 4.2.4.11. Reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão

Considerando o tribunal como correto o conjeturado no Caso Base Alterado, seria necessário que a entidade A pagasse à entidade B uma compensação financeira única no valor de 111 332 083,00€ (a preços de 2010), por forma a que ocorresse o equilíbrio económico-financeiro da concessão, ou uma compensação financeira no valor de 24 602 600,00€ por forma a repor o equilíbrio referente aos anos de 2005 e 2009 devido à diferença encontrada entre os caudais previstos e os caudais reais, valor esse acrescido de uma compensação financeira anual no valor de 5 897 179,00€ (a preços de 2010), a ser paga entre 2010 e o termo do contrato.

Entre as alterações introduzidas no Caso Base, encontram-se as seguintes:

- Correção da população histórica (anos 2005 a 2009) e previsional (ano 2010 e adiante);
- Correção da capitação dos anos 2005 a 2007 e consideração de uma capitação de 75 L/hab/dia a partir do ano de 2008;
- Introdução dos consumos de água reais até 2009;
- Correção do investimento realizado até ao ano de 2009;
- Introdução do novo tarifário a aplicar a partir de 2008.

Salienta-se que os caudais anuais de abastecimento de água considerados para os anos de 2005 a 2009 foram sempre superiores aos realmente registados (tabela 6).

Tabela 6 – Caudais anuais de abastecimento de água registados nos anos de 2005 a 2009

Ano	Caudais anuais [m <sup>3</sup> ]
2005	2 831 735
2006	2 843 885
2007	3 037 189
2008	3 167 717
2009	3 273 820

4.2.4.12. O projeto de alteração do contrato de 2009, o início das divergências entre as partes e contactos acerca delas

Através do ofício enviado em julho de 2009, a entidade A tinha por intuito desresponsabilizar-se da execução de obras a seu cargo, passando-as para as obrigações da entidade B. Incluídas nessas obras encontravam-se obras sujeitas a concurso, obras ainda não sujeitas a concurso e ainda obras excluídas do plano de investimentos aquando o aditamento ao contrato de junho de 2008. No mesmo ofício, era reconhecido o direito da entidade B à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão pela entidade A, como resultado da modificação unilateral da concessão.

Ao longo das reuniões realizadas entre a entidade B e o novo presidente da entidade A, apurou o tribunal que este último alegou que não tencionava prejudicar a entidade B com a sua promessa eleitoral de baixar a tarifa praticada aos consumidores. No entanto, a concessionária fez ver que, por forma a ser possível a ocorrência da reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão, seria necessário aumentar as tarifas praticadas em 38%, o que se traduzia numa diferença na escala dos milhões ao longo do tempo restante da concessão caso se baixassem as tarifas como prometido eleitoralmente.

4.2.4.13. As alegadas invalidades do contrato

- Qualificação do contrato

Primeiramente, decidiu o tribunal arbitral analisar a qualificação do contrato da concessão, na medida em se este se trata de um contrato de direito privado ou de um contrato administrativo e, no caso deste último, se trata de um contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública ou de um contrato de concessão de serviços públicos.

Segundo as alíneas a e b do artigo 26.º da lei número 159/99 de 14 de setembro<sup>40</sup>, os serviços a fornecer presentes no contrato de concessão tratam-se de serviços da competência dos

<sup>40</sup> Número 1 do artigo 6.º da lei n.º 159/99, de 14 de setembro:

municípios. Mais, tendo ainda em conta o caderno de encargos da concessão, as cláusulas contratuais e o facto da entidade A ter contratado a entidade B para prestar os serviços em causa, concluiu o tribunal que o contrato em questão se trata de um contrato administrativo. Analisando ainda o número 1 do artigo 182.º do Código do Procedimento Administrativo<sup>41</sup>, concluiu o tribunal que o contrato em análise se trata de um contrato administrativo de colaboração.

Em relação à definição do contrato como sendo de prestação de serviços ou de concessão de serviços, é possível encontrar a sua distinção na Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março, a qual rege os contratos de prestação de serviços. Segundo o número 4 do artigo 1º dessa mesma diretiva, um contrato de concessão de serviços “(...) é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.”. Mais se acrescenta que, segundo o acórdão de 10 de março de 2011 do Tribunal de Justiça da União Europeia, “(...) um contrato de concessão de serviços é um contrato segundo o qual, a pedido de um parceiro público, um parceiro privado presta os serviços (...) e obtém, (...) o direito de explorar os referidos serviços, mas, ao mesmo tempo, assume igualmente os riscos da exploração dos serviços ou uma parte substancial desses riscos.”.

Torna-se assim evidente que o contrato em análise se trata de um contrato de concessão de serviços públicos, uma vez que apenas se encontra delineado que a entidade B seja ressarcida apenas pelo lucro líquido que obtém da exploração da concessão, o que se traduz numa clara assunção do risco proveniente da exploração da concessão.

- Identificação do regime jurídico aplicável à execução do contrato

Interessou ainda ao tribunal fazer o levantamento do regime jurídico aplicável ao contrato de concessão. Uma vez que a celebração do contrato de concessão ocorreu previamente ao ano de 2008, não lhe é aplicável o regime do Código dos Contratos Públicos, sendo antes aplicáveis os artigos 178º a 189º do Código do Procedimento Administrativo (decreto-lei n.º 442/91, de 15 novembro), mais especificamente o artigo 185.º do Código do Procedimento Administrativo em matéria de invalidade do contrato.

Tendo em consideração o objeto específico da concessão em causa, aplicam-se ainda o decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro, o decreto-lei n.º 147/95, de 21 de junho, e o decreto-lei n.º 362/98, de 18 de novembro.

- 
1. É da competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão de equipamentos e a realização de investimentos nos seguintes domínios:
    - a. Sistemas municipais de abastecimento de água;
    - b. Sistemas municipais de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas.

<sup>41</sup> Número 1 do artigo 182.º do Código do Procedimento Administrativo (decreto-lei n.º 442/91, de 15 de novembro):

1. Salvo regime especial, nos contratos que visem associar um particular ao desempenho regular de atribuições administrativas o cocontratante deve ser escolhido por concurso público, por concurso limitado ou por ajuste direto.

Por último, quanto às questões de falta e vícios da vontade, são aplicáveis os artigos 240º a 257º do Código Civil, e o artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo quanto às questões de ilegalidade dos atos administrativos.

- Nulidade do contrato por violação do artigo 13º do decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro

Alegou a entidade A que o contrato de concessão era nulo, uma vez que a entidade B não assumia qualquer risco proveniente da exploração da concessão, violando, assim, o artigo 13º do decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro. A entidade A sustentou ainda as suas alegações no facto da entidade B argumentar o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão desde o início da mesma.

No entanto, no número 1 desse mesmo artigo pode ler-se “*A exploração do serviço concessionado é efectuada por conta e risco da concessionária.*”. Mais se acrescenta que o tribunal achou claro que ocorriam riscos para a concessionária provenientes da exploração da concessão, como por exemplo o risco proveniente do desvio dos caudais, desvios esses que teriam de ser assumidos pela entidade B, uma vez que a reposição do equilíbrio económico-financeiro apenas ocorreria caso se verificasse uma diminuição superior a 20% dos caudais totais anuais de abastecimento de água em relação aos caudais previstos no caso base.

O tribunal determinou, assim, que o argumento da entidade A não viabilizava a nulidade do contrato.

- Erro na formação da vontade contratual

Uma outra razão apresentada pela entidade A como justificação da invalidade do contrato, prende-se com o erro na formação da sua vontade. Alega para tal que não tinha tido noção, aquando o desenvolvimento do contrato, que a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão seria incomportável para a entidade A, uma vez que o valor que esta teria de repor à entidade B poderia ultrapassar o dobro do valor do orçamento anual da Câmara.

No entanto, tal como foi apurado pelo tribunal arbitral e se pode ver no capítulo 4.2.4.2., a entidade A tinha perfeita noção do que estava em causa, uma vez que quis, desde a abertura do concurso, que o contrato dispusesse de um mecanismo de reposição do equilíbrio económico-financeiro, dispôs de tempo mais que suficiente para analisar o caso base proposto pela AB, o critério da reposição do equilíbrio aquando a diminuição em 20% do caudal foi discutido entre ambas as partes (relembre-se que inicialmente este critério fixava-se nos 30%) e mais, este critério já era conhecido pela entidade A uma vez que o mesmo já era aplicado noutras concessões da área.

O tribunal determinou assim, mais uma vez, que a razão apresentada pela entidade A não invalidava o contrato.

- Violação do caderno de encargos pela clausula de reposição

Por último, alegou ainda a entidade A que o contrato era inválido visto que a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão consagrada no contrato contrariava o que era disposto no caderno de encargos.

Efetivamente o caderno de encargos não dispunha do critério dos 20%, prevendo apenas a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão caso ocorresse uma “*alteração significativa dos caudais totais anuais de abastecimento de água em relação aos valores previstos no presente Processo de Concurso*”<sup>42</sup> [22]. No entanto, o tribunal arbitral considerou que a diferença encontrada entre as duas peças se tratava não de uma contradição, mas sim de uma concretização, na medida em que o contrato veio quantificar o critério meramente qualitativo do caderno de encargos, por forma a que fosse possível assegurar o financiamento da própria concessão.

Determinou, mais uma vez, o tribunal que o argumento apresentado pela entidade A não invalidava o contrato.

#### 4.2.4.14. Rescisão do contrato pela entidade B nos termos do artigo 99.º do contrato

Segundo a entidade B, no artigo 99º do contrato consta que, caso o volume de água anual faturado seja inferior em 50% ao previsto no caso base, então existiria uma causa objetiva de rescisão do contrato pela concessionária. No entanto, conforme o tribunal arbitral apurou, tal não é verdade, uma vez que o número 1 desse mesmo artigo sustenta que “*em caso de violação reiterada e grave pela concedente das disposições legais e de contrato, a concessionária pode rescindir o contrato*”<sup>43</sup> [22]. Mais, pode ler-se ainda no número 3 do mesmo artigo “*verificando-se um dos casos de incumprimento referidos no número anterior*”<sup>44</sup> [22], o que veio reforçar ainda mais a necessidade da ocorrência de um incumprimento por parte da entidade A das suas obrigações contratuais e legais para que exista um motivo sustentado para a rescisão do contrato por parte da entidade B.

Posto isto, determinou o tribunal que não foram encontrados ao longo do processo factos que provem o incumprimento por parte da entidade A quanto às suas obrigações legais e contratuais. Pelo contrário, deu o tribunal arbitral como provado que, embora não sendo o fator determinante, o atraso nas obras das Águas do Cávado, S.A. provocaram a redução dos caudais, uma vez que este atraso não permitiu a ligação de ramais que iriam aumentar os caudais. Embora os atrasos nas obras das Águas do Cávado, S.A. se tenham devido a alterações introduzidas por esta última no seu próprio Plano de Investimentos, a verdade é que a entidade B, tendo assumido a posição

---

<sup>42</sup> Rui Pinto Duarte, José Robin de Andrade, Mário Aroso de Almeida, *Arbitragem entre Entidade B, como Demandante, e Município A, como Demandado - Decisão Arbitral*, 2012, p.219

<sup>43</sup> Rui Pinto Duarte, José Robin de Andrade, Mário Aroso de Almeida, *Arbitragem entre Entidade B, como Demandante, e Município A, como Demandado - Decisão Arbitral*, 2012, p.228

<sup>44</sup> Rui Pinto Duarte, José Robin de Andrade, Mário Aroso de Almeida, *Arbitragem entre Entidade B, como Demandante, e Município A, como Demandado - Decisão Arbitral*, 2012, p.228



contratual da entidade A no contrato celebrado entre a Águas do Cávado, S.A. e a entidade A, a concessionária detinha do poder contratual que lhe permitia exigir à Águas do Cávado, S.A. uma maior celeridade e cumprimento pontual do Plano de Investimento da mesma, por forma a que pudesse cumprir com o seu próprio Plano de Investimento dependente do Plano de Investimento da Águas do Cávado, S.A..

Concluiu assim o tribunal que, embora a média do volume de água anual faturado desde 2005 tenha sido inferior a 50% do valor estimado no caso base, tal não constitui fundamento de rescisão do contrato de concessão, uma vez que as razões para a diminuição do volume de água faturado não são imputáveis à entidade A, sendo, por isso, improcedente o pedido de rescisão e indemnização efetuado pela entidade B.

#### 4.2.5. Decisão

Decidiu o tribunal arbitral o seguinte:

1. Considerar como viável o pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão, através da alteração do caso base, do pagamento à entidade B por parte da entidade A do montante de 24 602 600,00 €, acrescido de juros de mora sempre que aplicáveis, pelos desvios dos caudais dos anos 2005 a 2009 e ainda do pagamento de uma compensação financeira anual a partir do ano de 2010 e até ao fim da concessão, no valor de 5 897 179,00 €/ano, a preços de 2010, montante esse acrescido de juros de mora sempre que aplicáveis;
2. Considerar como inviáveis todos os restantes pedidos.

### 4.3. Conclusão

Após a análise dos estudos de caso presentes nos capítulos 4.1. e 4.2., é possível confirmar que, em ambas as situações, o tribunal arbitral diferiu sempre a favor da entidade privada. Esta confirmação permite concluir que, de um modo geral, é a entidade privada a entidade que mais beneficia da arbitragem como método de resolução de conflitos. Posto isto, e tendo ainda em consideração que ambos os estudos se inserem na mesma área – serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais – e são semelhantes entre si, procurou-se em ambos os estudos saber quais as razões que permitiram às entidades públicas serem favorecidas nos processos arbitrais.

É fácil de reconhecer que em ambos os estudos de caso os processos arbitrais foram requeridos pelas entidades privadas. Tal leva a crer que as entidades públicas não dispõem do tempo necessário que requer a preparação da sua defesa, não se encontrando esta ao nível da acusação desenvolvida pela entidade privada. Consequentemente, é perceptível a tendência que a entidade pública tem para focar os seus esforços em questões de menor relevância. Em ambos os estudos, as entidades públicas invocam a invalidade dos contratos, alegando erro. No estudo

1, no capítulo 4.1.4.2., a entidade A tenta invocar a invalidade do contrato alegando erro, quando era claro que ambas as partes estavam bem conscientes das decisões feitas aquando a celebração do contrato. Já no estudo 2, no capítulo 4.2.4.13., a entidade A tenta invocar a invalidade do contrato alegando erro na formação da vontade contratual, quando, também aqui, era claro que a Câmara tinha perfeita consciência do que envolvia o contrato de concessão em causa.

É igualmente passível reconhecer que, regra geral, as entidades públicas dispõem de menos meios monetários e, conseqüentemente, menos meios humanos que as entidades privadas. Aqui, é possível encontrar-se mais uma desvantagem que as entidades públicas suportam face às entidades privadas. O facto destas últimas disporem de mais meios, permite-lhes terem uma melhor preparação para os processos arbitrais em que se envolvem, quer seja ao nível da acusação quer seja ao nível da defesa.

Foi possível retirar outras conclusões da análise dos estudos de caso, conclusões essas que, embora não estejam por completo dentro dos objetivos da presente dissertação, consideram-se serem pertinentes.

Em ambos os estudos de caso, esteve-se perante situações que, se tivessem sido evitadas, acredita-se que teriam beneficiado a entidade pública ao longo do processo arbitral. Ressalva-se que as situações em causa ocorreram antes dos processos arbitrais terem sido instaurados.

No estudo 1, uma dessas situações trata-se de a Câmara ter permitido constantemente à entidade B a não apresentação da totalidade dos documentos constituintes do contrato, deixando a entidade A numa posição desfavorável aquando a celebração do contrato de concessão uma vez que este poderia conter documentos que comprometessem a entidade A.

Outra das situações, esta presente em ambos os estudos, foi a aceitação das entidades públicas em celebrarem contrato sem proceder à atualização de dados presentes nas peças concursais e no caso base, tais como a população existente no concelho no ano da celebração do contrato, o número de clientes, os consumos reais e as previsões de consumo. A não atualização dos dados nestes documentos traduziu-se, desde o início, no desequilíbrio económico-financeiro das concessões, colocando as Câmaras uma posição desfavorável uma vez que seriam desde logo obrigadas a proceder à reposição do equilíbrio a favor das entidades privadas.

## **5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES**

### **5.1. Síntese conclusiva**

Finalizada a leitura do capítulo 3, tem-se um maior conhecimento e compreensão sobre parte do tema da dissertação, conhecimento esse que permitirá uma análise mais completa dos estudos de caso que lhe seguem. A arbitragem, sendo definida como o método alternativo de resolução de conflitos mais semelhante com os tribunais judiciais, é nas suas vantagens comparativamente a este método que ganha a sua importância e uma maior relevância e aplicabilidade no sector público. Começando pela sua flexibilidade, a qual permite a adaptabilidade da duração processual a cada caso, destaca-se igualmente a celeridade do processo arbitral, a qual se traduz numa vantagem bastante significativa uma vez que os processos judiciais tendem a estender-se durante diversos anos e se traduz, conseqüentemente, na economia do processo, tornando o processo arbitral menos dispendioso. A arbitragem prima ainda pela possibilidade que oferece aos litigantes na escolha dos árbitros que irão dirigir o processo, escolha essa que permite a seleção de pessoal especializado nas matérias litigiosas e, conseqüentemente, numa melhor compreensão do tema e numa melhor adaptação da sentença final. No entanto, há que reconhecer algumas das suas desvantagens, tais como a recolha de depoimentos se tratar de uma ação mais limitada na arbitragem, o que poderá traduzir-se na perda de provas essenciais ao processo, e ainda a possibilidade das partes influenciarem a arbitragem a seu favor, aquando a seleção das regras do processo arbitral, provocando o seu desequilíbrio.

Procedendo à análise dos casos de estudo, tenta-se agora responder aos objetivos iniciais definidos no capítulo 1.2..

É possível verificar que, em ambos os estudos de caso da presente dissertação, o tribunal arbitral diferiu sempre a favor da entidade privada. Conclui-se, assim, que, em geral, é a entidade privada quem mais beneficia da arbitragem como método de resolução de conflitos. Acredita-se que, uma vez que os processos em ambos os casos de estudo foram instaurados pelas partes privadas, a entidade pública não disponha do tempo necessário para preparar a sua defesa ao nível da acusação da entidade privada. Conseqüentemente, acredita-se igualmente que, com a falta de tempo, a entidade pública acabe por focar os seus esforços em questões de menor relevância, como foi o caso registado no caso de estudo 1, no capítulo 4.1.4.2., no qual a Câmara tentou invocar a invalidade do contrato alegando erro, quando era claro que ambas as partes estavam bem conscientes das decisões feitas aquando a celebração do contrato. Por último, conclui-se ainda que a entidade pública se encontra em desvantagem face à entidade privada uma vez que dispõe de menos meios, principalmente ao nível de meios humanos e de verbas, os quais, caso existissem, permitiriam uma melhor preparação na defesa do caso.

Torna-se, assim, necessário que as entidades públicas modifiquem os aspetos mencionados, por forma a que a angariação de verbas lhes possibilite suportar os custos com os meios humanos necessários especializados e, conseqüentemente, estes possibilitarem uma preparação quase constante para qualquer eventualidade de ocorrência de ação arbitral,

colmatando assim a falta de tempo de que dispõem e permitindo ainda o foco em questões de maior relevância para o caso.

Ressalvam-se ainda as situações mencionadas no capítulo 4.3., as quais acredita-se que, se fossem evitadas, beneficiariam as entidades públicas. Essas situações passam por permitir às entidades privadas a não apresentação da totalidade de certos documentos, tal como foi o caso do estudo 1, no qual a Câmara permitiu à entidade B a não apresentação dos documentos integrantes do contrato na sua totalidade, e ainda proceder-se à celebração do contrato de concessão sem que os dados presentes nas peças concursais e nos casos base sejam atualizados. Esta última situação pode ser encontrada em ambos os estudos, nos quais as Câmaras celebraram contrato sem atualizar dados como a população existente no concelho no ano da celebração do contrato, o número de clientes, os consumos reais, as previsões de consumo, entre outros. Acredita-se que as situações mencionadas tenham, em ambos os estudos, colocado as entidades públicas em situações desfavoráveis, as quais foram salientadas aquando o desenvolvimento do processo arbitral.

É, assim, ainda necessário que as entidades públicas sejam mais cautelosas e corrijam atempadamente este tipo de situações, por forma a que estas não venham a enfraquecer a sua posição ao longo de um processo arbitral.

## **5.2. Recomendações para estudos futuros**

Acredita-se que o tema e trabalho desenvolvidos na presente dissertação são passíveis de um maior desenvolvimento, principalmente no que diz respeito à análise de casos de estudo e no levantamento de dados estatísticos sobre o tema.

Embora seja difícil ter acesso a processos de arbitragem que não se encontrem disponíveis publicamente, recomenda-se vivamente que para estudos futuros sejam realizadas análises a mais casos de estudo, tanto na área de sistemas de abastecimento de água e saneamento, como nas restantes áreas de obras públicas, tais como a área da construção, a área de urbanismo e transportes e a área de infraestruturas. Por forma a facilitar o acesso a processos de arbitragem, recomenda-se ainda o contacto com a Associação Portuguesa de Arbitragem.

Quanto ao levantamento de dados estatísticos, recomenda-se a realização de inquéritos com diversos tópicos sobre o tema, por forma a que sejam obtidas uma maior quantidade e uma maior qualidade de dados. Crê-se que, para o tema em causa, seria importante proceder à realização destes inquéritos junto não só de advogados especializados em questões de direito do setor público como junto de engenheiros das diferentes áreas de especialização da engenharia civil. Recomenda-se ainda que os dados a recolher nos inquéritos sejam:

- Se o inquirido sabe o que é a arbitragem como método de resolução de conflitos;
- Se o inquirido já participou nalguma arbitragem;
- Em caso afirmativo do número anterior, se participou como sendo uma das partes litigiosas ou como sendo um dos árbitros do processo;
- Idem, quanto tempo durou o processo de arbitragem;
- Idem, em que escala de valores se inseriu o custo total do processo de arbitragem;
- Quais os aspetos mais e menos vantajosos da arbitragem;
- Se o inquirido vê a arbitragem como sendo um método de sucesso na resolução de conflitos do setor público;
- Entre outros.

### **5.3. Limitações do estudo**

O estudo da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos trata-se de um estudo que é alvo de algumas limitações, limitações essas que são impostas principalmente devido ao carácter sigiloso que compõe a arbitragem.

A confidencialidade presente na arbitragem, sendo uma das suas maiores vantagens, torna o estudo da arbitragem num processo de difícil resolução, uma vez que não existe uma vasta informação disponível para consulta pública sobre processos arbitrais que tenham ocorrido.

A falta de informação sobre os processos arbitrais, restringiu o estudo da presente dissertação a dois estudos de caso, uma vez que estes foram os únicos encontrados disponíveis publicamente. Ressalva-se que ambos os estudos de caso encontram-se para consulta pública uma vez que uma das partes integrantes dos processos deliberou por conta própria proceder à divulgação dos processos arbitrais.

A ausência de informação sobre a arbitragem em Portugal condicionou ainda o estudo desenvolvido na presente dissertação na medida em que não foi possível a obtenção de dados para se proceder a uma análise estatística sobre a arbitragem sem que se recorresse à realização de inquéritos sobre o tema.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] The World Bank, Governance and Development, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development, 1992.
- [2] Partnerships Victoria, Partnerships Victoria Guidance Material - Contract Management Guide, 2003, p. 58.
- [3] M. F. Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Lisboa: Edições Almedina, S.A., 2015.
- [4] M. d. C. Oliveira, L. Aldenucci e A. Flor, “Resolução Alternativa de Conflitos: Mediação,” 28 Setembro 2008. [Online]. Available: <http://imap.pt/artigo/mediacaodeconflitos/resolucao-alternativa-de-conflitos/>. [Acedido em 15 Fevereiro 2017].
- [5] Associação de Mediadores de Conflitos, “A Mediação,” 2 Abril 2012. [Online]. Available: <https://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>. [Acedido em 15 Fevereiro 2017].
- [6] L. F. B. D. Vargas, “Julgados de Paz e Mediação - Uma Nova Face da Justiça,” em *Tese de Mestrado em Gestão Pública*, Aveiro, Universidade de Aveiro, 2006, p. 201.
- [7] J. C. Vezzulla, “Mediação Teoria e Prática Guia para Utilizadores e Profissionais,” Barcelos, Agora Publicações, Lda., 2004, p. 8.
- [8] M. F. Gouveia, N. Garoupa, P. Magalhães e J. M. Carvalho, em *Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, p. 46.
- [9] Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal, “A Arbitragem | IMAP,” [Online]. Available: <http://imap.pt/artigos/informacao/aarbitragem/>. [Acedido em 23 Fevereiro 2017].
- [10] Assembleia da República, “Constituição da República Portuguesa - VII Revisão Constitucional,” pp. 65-70, 2005.
- [11] Supremo Tribunal de Justiça, “Fórum dos Presidentes dos STJ dos PTLP - Portugal,” [Online]. Available: <http://www.stj.pt/index.php/internacional/cptlp/204-cptlp-portugal>. [Acedido em 30 Abril 2017].
- [12] Conferência dos Ministros da Justiça dos PLOP, “CMJPLOP - Organização Judiciária,” [Online]. Available: <https://www.cmjplp.org/pt-PT/Estados-Membros/Portugal/Organizacao-Judiciaria.aspx>. [Acedido em 30 Abril 2017].

- [13] A. R. Mendes, “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): Sua Importância no Desenvolvimento da Arbitragem e Necessidade de Alterações,” Lisboa, Junho de 2007.
- [14] J. Pedroso, C. Trincão e J. P. Dias, em *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2003, pp. 54-55.
- [15] M. P. Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.
- [16] V. M. Cruz, em *Arbitragem como Factor de Competitividade - VI Conferência Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Porto, 2006.
- [17] J. H. Henn, “Where Should You Litigate Your Business Dispute? In an Arbitration? Or Through the Courts?,” *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, nº 3, August-October 2004.
- [18] “Portal Diplomático da República Portuguesa,” República Portuguesa, [Online]. Available: <https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/relacoesbilaterais/paises-geral/conferencia-da-paz>. [Acedido em 8 Outubro 2018].
- [19] Q. M. U. o. London, “2015 International Arbitration Survey,” Queen Mary University of London, London, 2015.
- [20] Q. M. U. o. London, “2018 International Arbitration Survey,” Queen Mary University of London, London, 2018.
- [21] J. M. M. C. d. Costa, M. C. Branco e J. P. d. Amorim, “Entidade B VS: Município A - Relatório Final,” 2010. [Online]. Available: [https://www.cm-marco-canaveses.pt/media/ficheiros/objecto\\_online/1014.pdf](https://www.cm-marco-canaveses.pt/media/ficheiros/objecto_online/1014.pdf). [Acedido em Agosto 2017].
- [22] R. P. Duarte, J. R. d. Andrade e M. A. d. Almeida, “Arbitragem entre Entidade B, como Demandante, e Município A, como Demandado - Decisão Arbitral,” 2012. [Online]. Available: [http://cm-barcelos.pt/downloads/copy\\_of\\_Acordao\\_Arbitral.pdf](http://cm-barcelos.pt/downloads/copy_of_Acordao_Arbitral.pdf). [Acedido em Agosto 2017].
- [23] J. Ramos, *Português Institucional e Comunitário*, Universidade Carlos IV, Praga, 2010.



## LISTA DE LEIS CONSULTADAS

Código de Processo nos Tribunais Administrativos, decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de novembro

Lei da Arbitragem Voluntária, lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro

Lei da Mediação, lei n.º 29/2013, de 19 de abril

Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro

Código Civil, lei n.º 43/2017, de 14 de junho

Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro

Decreto-lei n.º 6/96, de 31 de janeiro

Decreto-lei n.º 379/93, de 5 de novembro

Decreto-lei n.º 362/98, de 18 de novembro

Código de Processo Civil, decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de março

Lei n.º 159/99, de 14 de setembro

Código do Procedimento Administrativo, decreto-lei n.º 442/91, de 15 de novembro

Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de março de 2011 (processo C-274/09)

Decreto-lei n.º 147/95, de 21 de junho