

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Acórdãos STA

Processo:	0682/14
Data do Acórdão:	07-04-2016
Tribunal:	1 SECÇÃO
Relator:	TERESA DE SOUSA
Descritores:	RECURSO DE DECISÃO ARBITRAL RENÚNCIA AO RECURSO TRIBUNAL ARBITRAL
Sumário:	<p>I - A nova Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 61/2011, de 14/12, revogou a Lei nº 31/86 e os artigos 181º, nº 2 e 186º do CPTA - cfr. art. 5º, nºs 1 e 2 daquela Lei nº 61/2011.</p> <p>II - Ao “Contrato de Concessão da Exploração e Gestão de Sistema de Abastecimento de Água para Consumo Público e de Recolha, Tratamento e Rejeição de Efluentes do concelho de Marco de Canaveses”, no qual foi consignada a cláusula aqui em discussão (cláusula 100º) celebrado em 30.12.2004, é aplicável a Lei nº 31/86 de 29 de Agosto, e o regime de recursos previsto no seu art. 29º, atento o disposto nos nºs 1 e 3 da Lei nº 61/2011.</p> <p>III - A LAV/86 previa a possibilidade de renúncia antecipada aos recursos, mas não admitia que estivessem sujeitos a convenção de arbitragem direitos indisponíveis, como são as matérias da “vinculação legal” ou “validade” dos contratos ou actos administrativos, de acordo com o nº 1 do art. 1º.</p> <p>IV - São as disposições do CPTA – art. 180º e seguintes que permitem o recurso à arbitragem nessas matérias do âmbito da jurisdição administrativa.</p> <p>V - O CPTA, no art. 186º, nº 2 não contém para essas matérias qualquer permissão expressa de renúncia ao recurso (apenas prevendo a renúncia quando o tribunal arbitral decida segundo a equidade), limitando-se a remeter a regulação processual da matéria dos recursos de decisões arbitrais para a LAV.</p> <p>VI - Estando em causa a legalidade/validade de um contrato administrativo celebrado em 2004, a parte pública não podia renunciar previamente ao recurso para o TCA, por o art. 186º, nº 2 do CPTA não conter para essas matérias uma permissão de renúncia ao recurso.</p> <p>VII - Para que existisse uma renúncia expressa do Recorrente (como da outra parte) ao recurso da decisão arbitral englobando as matérias de legalidade e validade do contrato era necessário que existisse uma cláusula expressa com esse conteúdo (cfr. art. 632º, nº 1 do novo CPC e art. 681º, nº 1 do anterior). E, em caso de dúvida deve entender-se que não houve renúncia ao recurso (se não nos termos constantes da cláusula original), prevalecendo o sentido menos gravoso para o declarante (cfr. art. 237º CC), ou seja, o que corresponde à</p>

manutenção do direito de recorrer.

Nº Convencional: JSTA00069648
Nº do Documento: SA1201604070682
Data de Entrada: 02-10-2014
Recorrente: MUNICÍPIO DE MARCO DE CANAVESES
Recorrido 1: A..., SA
Votação: MAIORIA COM 1 VOT VENC
Meio Processual: REC REVISTA EXCEPC
Objecto: AC TCAN
Decisão: PROVIDO
Indicações Eventuais: UM VOTO DE VENCIDO
Área Temática 1: DIR ADM CONT - REC REVISTA EXCEPC
Legislação Nacional: CONST76 ART209 N2 ART205 N4 ART212 N3 ART20 ART202.
L 31/86 DE 1986/08/29 ART1 N1 N4.
L 61/2011 DE 2011/12/14 ART5 N1 N2 ART4 N3.
CPC13 ART632 N1 ART629.
CPTA02 ART186 N2 ART180 ART181 N1.
CCIV66 ART237.
CPA01 ART188.

Referência a Doutrina: AROSO DE ALMEIDA E CARLOS CADILHE - CPTA ANOTADO 2007 PÁG1006.
PEDRO GONÇALVES - A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 1999 PÁG370.
LUIS MONCADA - MODELOS ALTERNATIVOS DE JUSTIÇA A ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO IN O DIREITO ANO 142 VOLIII PÁG191.
LEBRE DE FREITAS E ARMINDO RIBEIRO MENDES - CPC ANOTADO VOLIII TI PÁG31.
AMÂNCIO FERREIRA - MANUAL DOS RECURSOS EM PROCESSO CIVIL 8ED PÁG127.

Aditamento:

▼ **Texto Integral**

Texto Integral:

Acordam na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo

1. RELATÓRIO

A....., SA pediu e obteve junto do tribunal arbitral a condenação do Município de Marco de Canaveses a pagar 16 milhões de Euros por utilização de água que lhe tinha fornecido.

O Município de Marco de Canaveses interpôs recurso para o Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) e este Tribunal, por acórdão datado de 31.01.2014, decidiu não admitir o recurso mantendo, assim, a decisão do Presidente do Tribunal Arbitral, de fls. 844 a 850 dos autos (IV volume).

O Município de Marco de Canaveses não concordando com o acórdão proferido pelo TCAN, recorreu desta decisão para a Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, apresentando para o efeito alegações com as seguintes conclusões:

A) No decorrer do julgamento arbitral, e por via de uma prova pericial requerida, veio a lume e ficou provado que, afinal, o Contrato de concessão tinha (para além das muitas cláusulas diferentes do disposto no Caderno de Encargos, com benefício

para a adjudicatária), contida num dos múltiplos anexos, a previsão de receitas da concessionária incrementada em mais 112 Milhões de euros (+37%) relativamente à proposta do concurso e adjudicada, e de mais 50% dos lucros líquidos previstos da adjudicatária, e um aumento da TIR acionista em mais 13,7 %, etc., etc. (aumentos de evolução da população quanto ao estimado, aumentos de consumos, etc);

B) E que tal Anexo, o XV (“caso base”), ficou convertido em parte integrante do contrato de concessão, e por isso esses dados, que trazia, arvorados depois em critério para aferir (nomeadamente, o nível de receitas, os “lucros líquidos” e a TIR acionista) da necessidade e medida de futuros “processos de reequilíbrio financeiro” do contrato, pedidos pela concessionária e a suportar pelo concedente;

C) E ainda que, tal anexo, e tais números, foram preparados pela então adjudicatária, e enviados por esta e pela sua consultora diretamente para os serviços da câmara (tendo a “notária da câmara” apenas o 12º ano), para serem juntos à escritura, sendo certo que ninguém por parte da câmara analisou esse documento intitulado Caso Base, aliás com inúmeros quadros reduzidos em 125 páginas A4, de nem sempre fácil leitura, em letra muito minúscula; e sendo certo também que nunca, nem a Comissão de Concurso, nem o IRAR, nem juristas da câmara analisaram ou tiveram conhecimento daquelas alterações acima referidas. (factos todos estes dados por provados).

D) Em Parecer que analisou esta questão, o Professor SÉRVULO CORREIA concluiu ser o contrato inapelavelmente nulo, e com invalidade insanada - por violação absoluta do princípio do concurso público, imposto, sob pena de nulidade, nos art.s 10º/1 e 17º do DL 379/93, e por falta objetiva do fim público nas alterações efetuadas (art.133º/1 ex vi de 185º/3 do CPA); da mesma forma, o Professor VIEIRA DE ANDRADE, analisando somente a questões a partir do prisma de uma “falta de conhecimento efetivo”, e da “falta de preparação técnica”, por parte dos titulares e serviços da câmara, de tais profundas alterações introduzidas no contrato/anexos do contrato, e suas implicações económicas, concluiu também dever-se aplicar ao caso a doutrina do art.287.º nº 1 do Código Civil (invalidade, invocável no prazo de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento) e do nº 2 do mesmo artigo (invalidade do negócio invocável a qualquer altura, enquanto o negócio não estiver cumprido). [(32. A páginas 45 a 47: que «o artigo 185.º, n.º 2 do CPA (tal como agora o artigo 284. n.º 3, do CCP) manda aplicar à falta e vícios de vontade o regime do Código Civil, nos termos do qual se confere aos interessados legitimidade para arguir a anulabilidade durante o prazo de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento ou, a qualquer altura, enquanto o negócio não estiver cumprido (artigo 287.º, n.ºs 1 e 2 do CC)» (...) «É, por isso, forçoso concluir que a lei também estabeleceu a invalidade em causa a favor dos utentes, de

modo que os vícios da vontade administrativa que afetem, além do interesse público geral, os direitos e interesses de particulares — pelo menos estes — devam considerar-se ilegalidades insanáveis decurso do tempo.]]

E) O tribunal arbitral (com um forte voto contra, do Prof. Pacheco de Amorim, afirmando, sobretudo por causa dos factos novos que se descobriram em audiência e confirmados e desenvolvidos por via da prova pericial, ser o contrato absolutamente nulo, iníquo e afrontador de um Estado de Direito) entendeu, apesar disso, não ser de declarar a invalidade do contrato!

F) E depois disso, decidiu, sozinho, o Exm.º Presidente, que a sua decisão não poderia ser revista e recorrida, porque as partes, segundo a cláusula compromissória do contrato, e acordo antes de julgamento, “teriam renunciado” ao recurso de mérito, mesmo (não sendo estas de forma “expressa”, digamos) sobre questões de legalidade/ Nulidade (e mesmo sobre questões de descoberta nova, posterior, de nulidades ou invalidades até aí desconhecidas e ocultas, digamos também). Por isso, decidiu indeferir o recurso, deduzido pela Autarquia — e restrito à questão da “nulidade/invalidade (insanada)” do contrato, e em especial de várias das suas cláusulas, e do seu Anexo XV “Caso Base”;

G) O Acórdão do TCA-N entendeu dever confirmar este despacho de não admissão do recurso, pois: (i) não são (hoje) ilegítimas as “renúncias tácitas”, ou implícitas, por parte da pessoa coletiva pública, a recursos de futuras decisões arbitrais — e por isso deverá entender-se mesmo que houve renúncia válida; (ii) e não são (atualmente) ilegítimas as “renúncias” antecipadas ao direito (constitucional) de recorrer, por parte da Administração pública, de tais decisões arbitrais, a uma “instância” estadual, mesmo quando estas tenham decidido sobre a “legalidade/invalidade do contrato administrativo. Como no caso presente, em que apenas dois árbitros julgaram - contra a posição, em voto fortíssimo e extenso, do árbitro Prof. Doutor Pacheco de Amorim — ser válido o contrato e cláusulas arguidos de nulos].

H) Só que, em 1º lugar, e apoiando-se em parecer dado em 2013, não distingue absolutamente o que seria o direito e a lei aplicável antes (e a doutrina) por altura do contrato (2002/2004), ou instauração do litígio (2008). Sendo certo que a própria Lei 63/2011 (que aprovou a nova LAV), no seu art.40.º n.º3, manda que nos litígios com convenções arbitrais anteriores, se continue a reconhecer o “direito aos recursos” que caberiam antes da sentença arbitral.

I) E a doutrina que escreveu sobre arbitragem administrativa, ou é silente sobre a questão da possibilidade de renúncia pela Administração ao direito de recorrer de futuras decisões arbitrais sobre “validade” do contrato ou outras questões de

“ordem pública” — mas não se podendo entender tal silêncio como a admissão de um tal poder de renúncia (Cfr. as posições de Marcello Caetano, de Freitas do Amaral e Sérvulo Correia, acima citadas e transcritas), J) Ou precisamente nega e negava tal hipótese. Assim, Pedro Gonçalves em *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, p. 370: sublinha que a matéria da “validade contratual” transcende de certo modo as partes, é de “ordem pública”, não podendo valer um definitivo impedimento dos recursos “Tendo em conta o art. 186.º do CPA (...) parece dever entender-se que a convenção de arbitragem pode “atribuir” ao tribunal arbitral competência para julgar da validade do contrato (ou de alguma das suas cláusulas). Porém, parece-nos já inaceitável que, nessa matéria, a convenção de arbitragem exclua o recurso da decisão arbitral (...) Ou seja, a questão da validade do contrato poderá ser objeto de uma decisão arbitral, sendo esse o resultado de se tratar de uma questão que, nos termos da lei, pode ser objeto de acordo entre as partes, mas, por se tratar também de uma questão de ordem pública parece-nos que (pelo menos) a “parte Administração” não pode renunciar ao direito de a ver resolvida por um tribunal do Estado” (op. cit, pp. 370; sublinhados nossos)

K) E assim também, os demais Autores em publicações a seguir. LUÍS CABRAL DE MONCADA («Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no direito administrativo», em *O DIREITO*, Ano 142.º (2010), III, pág. 191:

«De acordo como n.º1 do artigo 181.º do CPTA, o tribunal arbitral funciona nos termos da lei sobre a arbitragem voluntária. No entanto, deve entender-se que as normas especiais sobre a disciplina da arbitragem no âmbito administrativo prevalecem sempre sobre as normas da LAV. Com efeito a lei especial prevalece sempre sobre a geral. (...) Da sentença arbitral há recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 186.º do CPTA. O tribunal ad quem é o Tribunal Central Administrativo (TCA). Só não há recurso se as partes convencionaram que o tribunal arbitral decidisse segundo a equidade, pois os tribunais de recurso apenas conhecem do direito.»

L) E reforça depois, mais à frente, esta conclusão (p. 494): «Da sentença do tribunal arbitral há sempre recurso para o TCA, a não ser que as partes tenham convencionado que o mesmo tribunal julga segundo a equidade” (destaques nossos)

M) E ISABEL CELESTE FONSECA (*A Arbitragem Administrativa: Uma realidade com futuro?* in *A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafios*, Coimbra, 2011, pp. 79 e 80 donde sublinhamos os seguintes passos: «...quanto à questão do duplo grau de jurisdição, pensamos que, não obstante a Constituição não exigir a consagração de um sistema que permita recursos sem limites, parece legítimo

afirmar que o direito de acesso aos tribunais inclui, em princípio, a garantia fundamental de recorrer de uma decisão jurisdicional, o que nos leva a dizer que, em princípio, nem todas as soluções gizadas pelo legislador a este propósito devam ser constitucionalmente válidas, pois elas têm que ser razoáveis, justificadas e proporcionais. É neste sentido que consideramos de duvidosa constitucionalidade as normas incluídas nos diplomas [atrás] enunciados [as bases de concessão de alguns contratos do Estado] (que impõem o afastamento do recurso jurisdicional para os tribunais do Estado, exigindo que as partes a ele renunciem nos respetivos contratos administrativos), uma vez que obrigam as partes a aceitar como definitiva a decisão dos tribunais arbitrais, sendo certo que também consideramos que a entidade pública não pode nunca renunciar em convenção arbitral ao recurso jurisdicional

N) Seguindo ainda esta lógica, de que os tribunais arbitrais são tribunais e a eles se estende o direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20º da Lei Fundamental, importa assegurar que os mesmos concretizam as diversas dimensões daquele preceito e, portanto, devem ser realizadores do direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares e a tutela dos interesses públicos envolvidos (incluindo os interesses públicos de natureza económico-financeira). (...)

O) Esta é, pois, uma forma de credibilizar a arbitragem e afirmar os valores do Estado de Direito.» (op. cit., p. 79-80)

P) Também, contra a possibilidade de renúncia ao recurso em tal matéria de validade e ordem pública, a posição expressa do Professor MARCELO REBELO DE SOUSA: “a renúncia antecipada ao recurso tem de ser sempre expressa, ao contrário da aceitação da decisão, que pode ser expressa ou tácita”; não há paralelismo entre a renúncia antecipada a decisão jurisdicional e a sua aceitação. São realidades jurídicas diversas, em particular, no que implicam quanto a questionar o valor da tutela da legalidade. (...) “nunca ninguém ousou sustentar — com verosimilhança —, em Direito Processual Administrativo, a possibilidade de renúncia antecipada ao recurso. Qual a sustentação jurídica para admitir tal renúncia relativamente ao alargamento que, desses fundamentos — para que aponta o número 1 do artigo 186º. — efetua o número 2 do mesmo artigo, para o contencioso administrativo? Em suma, consideramos ilegal a renúncia antecipada, ainda que expressa, ao recurso no caso em análise.” (...) Tal renúncia seria sempre ilegal, por violação do disposto no artigo 186º., número 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ainda vigente à data da sua virtual ocorrência.» (Cfr. Parecer, pp. 3, 5, 6 e 7,-- doc. junto aos autos

fls).

Q) *E também contra a legitimidade de uma tal renúncia prévia nesta matéria, a posição do Professor PAULO OTERO: «Não há no ordenamento jurídico português, salvo em casos de julgamento arbitral segundo a equidade, uma norma geral que expressamente habilite a Administração Pública a renunciar, antecipadamente, a recorrer de decisões arbitrais que conheçam da validade ou legalidade de condutas administrativas. Mesmo que uma tal norma existisse, o certo é que, atendendo aos valores constitucionais em jogo, ela seria sempre inconstitucional.*

R) *«O Direito português assenta num princípio geral de recorribilidade das decisões arbitrais que conhecem questões de legalidade/validade da conduta administrativa ou, numa perspetiva diferente, observa-se a existência de um princípio geral de interferência dos tribunais do Estado em litígios arbitrais envolvendo juízos de legalidade ou validade que tenham como padrão de conformidade normativa o Direito constituído.»*

S) *Concluindo, sobre este caso, que “a interpretação sobre o campo de abrangência da Cláusula 100º, nº 6, do Contrato de Concessão, traduzindo uma renúncia antecipada ao recurso de decisões arbitrais, nunca pode envolver, sob pena de invalidade da renúncia (v. supra, nº 3.2.), quaisquer decisões do tribunal arbitral que apreciem a validade ou legalidade do Contrato de Concessão.» (Cfr. Parecer, pp. 13-14, 17 e 20, - docs. junto a fls).*

T) *O Acórdão recorrido como que “passou ao lado” de todas estas questões, e posições expressas da doutrina, sobre a lei (o sistema) ao tempo aplicável ao caso dos autos. Para se centrar unicamente (assumindo-o e transcrevendo-o) o Parecer último (de Junho 2013) de Pedro Gonçalves, onde este, no entanto, afirma que mudou agora de posição: e verdade que, em 1999, afastávamos a possibilidade de renúncia da Administração Pública ao recurso de decisões arbitrais quando o litígio se relacionasse com a validade do contrato”.[(33. Cfr. “A Concessão de Serviços Públicos”, Coimbra, 1999: parece-nos já inaceitável que, nessa matéria, a convenção de arbitragens exclua o recurso da decisão arbitral (...) Ou seja, a questão da validade do contrato poderá ser objeto de uma decisão arbitral, sendo esse o resultado de se tratar de uma questão que, nos termos da lei, pode ser objeto de acordo entre as partes, mas, por se tratar também de uma questão de ordem públicas parece-nos que (pelo menos) a “parte Administração” não pode renunciar ao direito de a ver resolvida por um tribunal do Estado” (p. 370).)]. “Digamo-lo abertamente, há quase 15 anos, a interpretação de todos os dados do sistema (incluindo a legitimidade para propor ações sobre contratos) conduzia-nos à tese da rejeição da possibilidade da renúncia aos recursos [em causa estivesse a matéria, de ordem pública, da própria legalidade do contrato]” (p. 34). Mas agora, na sequência da reforma do direito processual*

administrativo (2004), bem como a legalização da arbitragem tributária [há fatores que contribuíram para uma percepção diferente.

U) (Impugnação do despacho interlocutório de 27/10/2013) Mas este Parecer, já de 2013, crê o recorrente, por ter sido apresentado em Junho de 2013, muito depois da fase de alegações e simultaneamente por ser subscrito por um ilustríssimo Autor (sem dúvida, e é o recorrente o primeiro a reconhecê-lo) que, todavia, é sócio e advogado da sociedade com procuração da recorrida no caso, não deveria sequer ter sido, então, já após alegações, admitido e considerado. Isto mesmo foi, em pronúncia sobre a sua junção, requerido ao Tribunal “a quo”; que por despacho interlocutório de 27/10/2013, indeferiu tal requerimento e aceitou, pois, a sua junção tardia.

V) Ora, afigura-se que a subscrição de um Parecer com razões de direito por quem esteja, afinal, abrangido pela procuração dos autos (procuração passada em geral à Sociedade de Advogados; “e” depois também separadamente a alguns advogados) equivale a apresentação de umas alegações jurídicas da parte — e, neste caso, por isso, já extemporâneas e absolutamente fora de prazo.”

W) Ou seja, mesmo que a lei atualmente preveja e permita a junção de pareceres de juriconsultos depois das alegações e “até ao início do prazo para a elaboração do projeto de acórdão”, a verdade é que se afigura que tal norma, de hoje, deve ser entendida - por respeito com o princípio (constitucional, e processual) da igualdade das partes e do pleno contraditório - no sentido de não abranger a junção de pareceres jurídicos elaborados por parte de quem esteja abrangido pela Procuração conferida pela parte representada no processo.

X) As razões são óbvias: a parte não pode apresentar argumentação jurídica (ou argumentação jurídica nova) após o momento processual do oferecimento de alegações de direito, ou contra-alegações. Poderá fazê-lo, permite-o a lei, mas apenas em pareceres de juriconsultos ou académicos não abrangidos pelo mandato forense conferido.

Y) Senão, estaria encontrado um possível meio de, após o momento de alegação ou contra-alegação, ter ainda uma palavra pós-final de argumentação jurídica -por quem esteja abrangido pela Procuração outorgada pela parte— sem eventual possibilidade igual de contraditório.

Z) Afigura-se que esta questão, por, por um lado, ser sobre interpretação/aplicação de regra processual nova, agora introduzida em 2013 (e sobre a qual se podem levantar naturalmente muitas dúvidas), e, por outro lado, por interferir com um ponto muito sensível do sistema de justiça, qual seja o

do pleno contraditório e da plena igualdade de armas ou processual, pode assumir uma relevância jurídica de fundamental importância: e por isso ser justificadamente merecedora de julgamento em revista pelo STA.

AA) O Acórdão recorrido nem tocou nesta questão, neste fundamento do pedido de desentranhamento ou de não consideração do parecer — o que de si, e por si só já denota uma clara omissão de pronúncia (geradora de nulidade que se invoca, para todos os efeitos legais) —; e depois, decidiu quanto ao mérito da questão decidenda (recorribilidade ou não do acórdão arbitral) tomando em total consideração esse parecer (irregularmente junto, pelos motivos indicados, segundo a recorrente: pareceres de quem tem procuração só até ao momento das alegações de direito, acompanhando estas) e sempre dele se socorrendo e nele expressamente amparando (em páginas e páginas de citação/transcrição).

BB) Por tais razões, afigura-se ao ora recorrente que, em face da clara omissão de pronúncia deverá esta nulidade ser devidamente suprida, e, em todo o caso, a decisão proferida ser merecedora de revista, e ao final ser revogada, e o referido parecer desentranhado dos autos.

CC) Seja como for, a verdade é que a questão dos autos (sobre direito aos recurso e renúncia prévia dada de forma tácita e sobre questão de nulidade de contrato de decisão arbitral), deverá ser equacionada e julgada à luz da lei (sistema de direito) da altura, como manda até a regra transitória sobre direito a recurso do art.40 n.º3 da atual Lei 63/2011.

DD) Ora, de modo muito nítido, o tribunal “a quo” não faz a mínima distinção, que era necessária, quanto à aplicação (e interpretação) da lei no tempo E neste caso, ora sob recurso, esta distinção seria fundamental.

EE) Hoje, atualmente (no momento em que julga a questão da possibilidade de renúncia a recursos em matéria de nulidade de contrato administrativo), pode dizer (o acórdão TCA-N) que há vários dados no sistema que apontam para que possa ser legítima (atualmente) essa renúncia: o assunto, mesmo hoje, pode ser muito controvertido, e contestado. Mas o contrato dos autos, em cuja cláusula 100.º, n.º6, se fala de renúncia, e no n.1 de «disputas sobre matéria de “interpretação, integração ou execução do Contrato», é de 2004, e proveio de procedimento adjudicatório lançado em 2002.

FF) Quando uma cláusula compromissória diz apenas “interpretação, integração e execução” do contrato, não mencionando aí a “validade/legalidade”, não se pode pois proclamar que se está aí a cometer à via da arbitragem também o julgamento de quaisquer questões da validade do contrato (salvo a desaplicação de casos manifestos de nulidade, ou sua declaração, por força todavia da lei geral,

relativa ao regime da nulidade de atos/contratos --que possibilita tal apreciação e declaração “em qualquer tempo” e a “qualquer tribunal”).

GG) Há um princípio tradicional sobre a aplicação da lei no tempo quanto a contratos públicos: com a sua expressão, hoje, art.16º do DL 168/2008, que aprovou o Código de Contratos Públicos: segundo o qual a nova lei somente se aplica a contratos cujo procedimento de formação tenha sido iniciado antes da sua entrada em vigor.

*HH) O problema é que o contrato destes autos [se coloca a questão da interpretação da cláusula arbitral: se a sua renúncia, aí estabelecida - 100.º/ nº6 -, ao recurso, abrange ao não a matéria da própria legalidade do contrato] **é de há 10 anos (2004)** E o procedimento adjudicatório/ curso formativo do contrato, foi publicado em 2002 com o respetivo Programa e Caderno de Encargos: de há 12 anos, pois!*

II) Qual seria, então, agora que mudou, a posição do autor do parecer a que se arrima o acórdão, sobre este ponto (possibilidade de renúncia antecipada ao recurso jurisdicional sobre matéria considerada de ordem pública, a legalidade do próprio título contratual) nesses específicos anos de 2002 ou de 2004 (da formação e feitura deste contrato) ou mesmo depois, até 2011? Parece, face ao que se referiu acima, não poder, na altura, ter sido outra senão que o “ato prévio de renúncia a recurso” teria de ser explícito e não poderia abranger a matéria da própria validade do contrato, da sua obediência à lei, que transcende as partes e é de ordem pública. (cfr. op. cit.).

JJ) O douto acórdão do TCA, não distingue, como se disse, minimamente, a questão da historicidade do problema, da sua evolução histórica (de aplicação da lei/direito no tempo): a solução que o parecer defende hoje, seria, para o Acórdão, a solução devida também há já dez, doze anos...

KK) Esta omissão e falha de perspectiva de historicidade, sobre a aplicação da lei, do “sistema” de direito no tempo, faz desvirtuar, pois, logicamente, a aplicação do raciocínio do acórdão, ao caso, e sua conclusão.

LL) Uma imposição da lei, sobre a feição duma cláusula contratual ou contrato, nem sempre pode estar na disponibilidade das duas partes em ser livremente ultrapassada: não será, pois, somente por elas livremente “transacionável”

MM) E fácil é de ver que, a não ser assim, estaria (está), em matéria de obediência à lei sobre acordos com a administração, encontrada a forma de facilmente contornar a “imposição legal”: sobre elas “transacionando” as duas partes, e apresentando tal transação ao juiz, privado, por elas, livremente escolhido, que se sentiria livre de decidir de forma

definitiva, antecipadamente sem recurso, e sem publicidade. NN) Nem é nada “apodítico”, nem um “axioma lógico”, que, se se admitia arbitragem sobre a validade de contratos, tinha que ser também com a possibilidade de renúncia prévia e absoluta aos recursos de mérito! Nunca o foi, nem o é hoje...

OO) E historicamente, há muitos exemplos disso — destas posições intermédias, ou mitigadas, ou mais prudentes: a arbitrabilidade possível da matéria, por um lado; mas não a renúncia prévia e absoluta do recurso a uma segunda decisão, de controlo de mérito, sobretudo tendo-se dividido na 1^a decisão o tribunal, com voto contra, e sendo a matéria de transcendência pública, que transcende as partes, de obediência a normas imperativas do legislador. [(34. Normas de “ordem pública”, como neste caso, e desde logo, a proibição legal do contrato contrariar frontalmente o caderno de encargos posto a concurso; e de alterar a proposta submetida a concurso, e adjudicada, aumentando em cerca de 40% as receitas da adjudicatária, e em mais de 50% os lucros líquidos da concessionária, e em converter ainda por cima estes dados e números no específico parâmetro para futuras “reposições de equilíbrio financeiro” a cargo do concedente! Tudo contra o art. 10^o (princípio do “concurso público”) e 13^o (que impõe que na concessão haja uma efetiva transferência de risco) do DL 379/93, sob pena de nulidade do contrato (art. 17^o do mesmo DL). E flagrantemente contra os princípios básicos do procedimento por concurso público: não se pode adjudicar uma proposta tão diferente da apresentada ao concurso, com alterações tão significativas de receitas e lucros para adjudicatária, nem celebrar depois o contrato assim diferente, seja do CE seja dos dados da proposta apresentada (sobre isto, é taxativo o Parecer do Prof Sérvulo Correia: o contrato é absolutamente nulo)]. Como é, desde logo, exemplo de uma posição intermédia e mais prudente o caso da posição expressa que o Autor do Parecer publicou e defendia até agora (cfr. op. cit.); e a posição dos demais Autores citados.

PP) Como se disse, antes quanto ao período aqui em causa, nos autos, não há, nem houve, nem pode existir qualquer dúvida, de que fosse o nosso Direito assim como refere o recorrente (quanto à não renunciabilidade prévia aos recursos sobre decisão arbitral que declare válido um contrato nulo) — e como afirmam todos os cinco Autores que expressamente o acompanham (inclusive, na altura, o Autor do Parecer em que o acórdão se louva), nesse ponto, em publicação geral ou em texto escrito sobre o caso.

QQ) Mas, mesmo hoje face aos dados do sistema atual, se estes forem chamados à colação (como foram), o recorrente sustenta que não é legal (e é até “inconstitucional”: a interpretação do art. 39^o da nova LAV nesse sentido, por violação dos arts. 3^o e 20^o, e 202^o/2 e 266^o/2 da CRP) a renúncia absoluta ao direito de recurso, pela Administração, sobre questões específicas de nulidade e ordem pública (ou questões de nulidade mais graves) de atos e contratos administrativos

RR) Repare-se, também neste sentido, que a interpretação do art.39^o/3 N-LAV (2011) tem de ter em linha de conta o expressamente disposto no art.41^o n^o 1 do mesmo diploma.

Pode haver uma sentença arbitral homologando um acordo das partes, desde que esta transação das partes não infrinja nenhum princípio de ordem pública

SS) Ou seja, a sentença pode julgar de mérito assumindo (homologando) o acordo das partes, e declarando e condenado em conformidade com tal acordo. Mas não (“dispor”, assim, no seu conteúdo, por absorção) sobre pontos substantivos que infrinjam princípios de ordem pública. Se o fizer, é evidente que é ilegal e passível de recurso, por razões substantivas.

TT) Ou, na mesma linha, e com reforço de razões (quanto ao valor da “segurança” e “certeza jurídica”, ao valor da “tutela da legalidade objetiva”, ao “direito fundamental de ação” e ao princípio de proporcionalidade na admissibilidade das restrições a este direito: arts. 30, 18º e 20º, 202º/2 e 266º/2 da CRP), quando, nesses mesmos casos, esteja em causa uma sentença de declaração positiva pelo tribunal arbitral da legalidade/validade de um contrato administrativo arguido de gravemente nulo, gravemente violador da lei imperativa em sentença proferida sem unanimidade, com divisão de laudos com a oposição e voto contra de um juiz-árbitro, por julgar esse contrato absolutamente nulo, e gravemente ofensivo do direito, como entende a parte recorrente.

UU) Da exposição dos Professores MARCELLO CAETANO e FREITAS DO AMARAL, (Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 10ª ed., reimp. 1986, p. 1285/1286), a única coisa (sobre renúncia ou não a recursos, de que não tratam expressamente) que se poderá retirar será o seguinte: A)- por princípio — realçando-se mais de uma vez esse aspeto — a matéria subtraída ao domínio da vontade das partes não será, em geral, arbitrável (por não poderem as partes «transacionar» sobre a questão de saber se estão, na celebração do contrato, a “obedecer à lei” ou não).

B)- Mas, por outro lado, a verdade é havia lei expressa e especial (o DL 48.871, de 19/02/1969, art.217º) que (em sua derrogação) autorizava a arbitrabilidade de questões sobre “do contrato. C)- então a concordância lógica (natural) entre estes dois pontos, levará a comprimir o princípio (A) na justa medida necessária (B), sem o eliminar (injustificadamente) de todo.

VV) Ou seja, em desenvolvimento lógico, teríamos que (para MC e FA) seria possível (nomeadamente por questões práticas, associadas à via arbitral) apreciar e julgar a “validade” do contrato por árbitros; mas não a exceção de que tal 1º julgamento seja (diferentemente dos tribunais estaduais de 1ª instância, sobre as mesmas questões onde nem sequer poderá a Administração renunciar antecipadamente a recurso) “exclusivo” e “sem recurso”.

WW) Também, na obra cit. de SÉRVULO CORREIA («A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos», 1995, in Est. cit), não se pronuncia o autor especificamente sobre o

assunto. Mas não deixa de chamar a atenção que «a garantia de justiça materializada no duplo grau de jurisdição não resulta apenas do duplo exame da controvérsia substantiva por juízes sucessivos mas de um segundo exame com menor margem de erro devido à maior antiguidade, ou seja, experiência dos juízes».

XX) Repare-se, aliás, que, do princípio da equiparação dos tribunais arbitrais aos tribunais administrativos de 1ª instância (ênfatisado por SÉRVULO CORREIA), apenas se pode retirar que as suas decisões (quando não sejam por mera “equidade”, não possível sobre matéria de legalidade e obediência à lei) são a elas equiparáveis, e tão recorríveis e controláveis, por isso, quanto aquelas o sejam.

YY) Sob pena, também, ou além do mais, de se estar a recortar a jurisdição normal (e legal cfr. arts.37º b/ do ETAF) dos outros tribunais da ordem administrativa, dos Tribunais Centrais Administrativos, sem base legal expressa (diferentemente da base legal, para a substituição, por árbitros, dos tribunais administrativos estaduais em 1ª instância).

ZZ) Na LAV de 1986, previa-se uma renúncia possível antecipada aos recursos, é verdade, mas também o é que na própria LAV a matéria da “legalidade” da “vinculação legal”, dos contratos ou atos (administrativos, ou até privados é claramente considerada indisponível (art. 1º): não podem as partes transacionar sobre a questão de se obedecem à lei ou não; as exigências legais imperativas não podem ser objeto de transação entre as partes e por isso também não disponíveis por arbitragem privada. Daí que, nem sequer a essa questão se faça, depois, uma referência ou ressalva expressa na norma (art.29º LAV) que prevê a renúncia aos recursos. Não se tem de ressaltar o que lá não está

AAA) Mas, diferentemente da LAV-86, está essa matéria — da legalidade”, da “vinculação legal”, da “validade”, dos contratos ou atos administrativos — prevista, como arbitrável, no CPTA. Mas este diploma não contém, para essa matéria, uma permissão expressa (diferentemente da LAV) de “renúncia” ao recurso, para essa questão. Pelo contrário, apenas refere o afastamento do recurso sobre a matéria em que os árbitros tenham (possam ter) decidido “por equidade”. Fora dela, afirma-se que pode a decisão “ser objeto de recurso”.

BBB) Assim, a remissão (186º/2) para a LAV, nem é sobre “os casos” do recurso ou sua renúncia, como se viu, nem poderia de qualquer modo dar ou retirar o que a LAV por si não dá nem retira: e não retira o recurso sobre questões de “obediência à lei”/vinculação à lei” porque, como se disse, nem tais questões a LAV as considera estarem na disponibilidade das partes e, por si própria LAV, inseridas em arbitragem privada. (Entra na arbitragem, por força das normas específicas do contencioso administrativo).

CCC) Na linha e em sintonia com as posições concordantes de Pedro Gonçalves (no livro de 1999), Cabral de Moncada (2010), Isabel Fonseca (2012), Marcelo Rebelo de Sousa (2012) e Paulo Otero (2012), poderemos afirmar plenamente a ideia de que sobre, em especial, a matéria da ilegalidade/invalidade dos contratos administrativos, haverá que conciliar duas normas, ou dois “indirizzi/ vectores normativos/legais (para além dos princípios constitucionais): A) — por um lado, e por princípio, não cabe a arbitrabilidade de questões sobre que as partes não possam “transacionar” (“não possam celebrar transação sobre o direito controvertido”), ou “dispor à sua vontade”. Ora, a questão da “conformidade do contrato”, pelas elas feito, “a lei” só pelo próprio legislador (em definição, e proteção, do interesse público, coletivo, transcendendo o das partes), por quem faz a exigência legal, poderia ser “transacionada”! Logo, por princípio (tradicional e repetido), não é, em si, matéria “transacionável” pelas partes. Donde decorreria a consequência imediata e lógica: terá de ser, tal questão, passível de julgamento apenas na ordem dos tribunais da justiça pública estadual (a quem aquela restrição, da não disponibilidade ou transacionabilidade do direito controvertido, não se aplica).

DDD) Por outro lado, B)- contudo, a lei especialmente afirma, hoje (e já desde 1969, quanto aos contratos administrativos de empreitada), também, que as próprias questões de “validade” dos contratos são “arbitráveis”! Devendo então articular-se, conciliar-se estas duas normas, ou este “princípio geral” que se mantém vigente, e esta norma “específica”. Será o princípio geral totalmente (desproporcionadamente) eliminado neste caso?

EEE) A concordância (e isto está implícito em todos os Autores acima citados que se pronunciam de algum modo sobre a questão) deverá dar-se da seguinte forma: claro que podem as partes submeter a árbitros privados as questões da legalidade/conformidade do contrato/ou ato jurídico bilateral com a lei... (di-lo a lei, específica, derogando em alguma medida o princípio e regra da inarbitrabilidade de matéria intransacionável). Mas, não fica é na total e sua absoluta disponibilidade arbitral, porque essa decisão (ao menos no ponto em que se pronuncia sobre a legalidade/validade do contrato, anulando-o ou decretando a sua validade) não é exclusiva, não é absolutamente “definitiva”, dela poderá caber ainda uma outra pronúncia, nos termos gerais (e de recurso normal), por parte da organização da justiça pública do Estado. Trata-se de fazer concordar dois vetores normativos sem a eliminação absoluta de um deles.

FFF) Além de que, como se viu, a própria norma específica, da altura (186º/2 do CPTA) não indicava que pudesse haver

“renúncia” ao recurso nessa matéria (que também não é contemplada, ou abrangida sequer, pela LAV-86).

GGG) Existe também aqui, neste ponto, uma questão de (in) constitucionalidade: A validade dos atos administrativos e dos contratos públicos administrativos não pode ser exclusivo “dado pelas partes” em sindicância a arbitragem voluntária, por tribunal “ad hoc”. A salvaguarda do princípio da legalidade e da integridade do Ordenamento jurídico não deixa que uma arbitragem voluntária julgue por forma “definitiva” ou sem recurso, as questões da legalidade e validade dos atos administrativos e dos contratos públicos administrativos. E neste ponto também, qualquer uma “interpretação extensiva” e dita “amiga da arbitragem” será no fundo puramente ideológica, e interessada, e não jurídica. Inconstitucional seria pois uma interpretação dos arts. 188º do CPA e 180º e 186º do CPTA, em tal sentido (julgamento de “modo definitivo, sem recurso, por tribunal ad hoc”), por ofensa dos princípios da legalidade e do Estado de Direito e arts. 3º, 202º, 203º, 219º e 212º e 266º da CRP.

HHH) Claro que os litígios sobre “validade/invalidade” do contrato “podem ser objeto de “cláusula compromissória”. Mas quando nela, nessa cláusula, não venham, na sua letra (e ao arrepio, até, da fórmula consagrada “tripartida”: que distingue bem o que sejam questões de mera “interpretação”, ou de mera “integração” de lacunas, ou de mero “cumprimento/execução”, da questão da própria “validade/invalidade” do contrato), não se deve “presumir que nela estejam incluídas.

III) Também é verdade que a “validade/invalidade” do contrato é uma questão que se deverá ver como que “ligada” com as demais: deve-se estar a “pressupor” que um contrato é “válido”, quando se apresenta a um litígio apenas a sua “interpretação” ou a “integração” de uma sua lacuna, ou a sua “execução e cumprimento”.

JJJ) Mas isso não significa, por si, que quando se dá poderes a árbitros para decidirem sobre a “interpretação” do contrato ou de uma cláusula, se esteja automaticamente — e implicitamente — a dar também poderes para apreciarem e julgarem questões sobre a validade do contrato! Nada disso.

KKK) São questões que, substancialmente, podem estar “ligadas” (“interpretação”, “execução” e “validade” de um contrato), mas não perdem, por causa disso, e para efeitos de delimitação de litígios, e do cometimento de futuros litígios ao julgamento por árbitros, a sua “autonomia referencial”, como questões típicas e diferentes. Aliás, a citação dos dois números diferentes do art. 40.º (e também no 41.º) do CPTA, feita pelo acórdão ora recorrido, demonstra isso mesmo: que se trata de questões (a “execução” ou a “validade” do contrato) com

verdadeira autonomia conceptual e até diferenciações de regimes.

LLL) Não basta atribuir o poder de julgar sobre questões de interpretação, ou de integração de lacunas, ou de execução de cláusulas do contrato, para com isso por si só estar a atribuir-se de igual forma à via arbitral — com exclusão dos demais tribunais — a competência para julgar um litígio sobre a validade/invalidade do contrato. Seria uma atribuição “implícita” — ao arrepio do que se tem entendido (e praticado desde sempre nas convenções arbitrais: discriminar o tipo de litígios, o tipo de “pretensões”, de “ações”, cujo conhecimento fica reservado a árbitros).

MMM) Todavia, deve ser recordado o regime da sanção jurídica severa da “absoluta nulidade”. Sobre os atos nulos e contratos nulos, dizia a lei geral (aplicável nos autos, o CPA: art. 134° n°2 — regime da nulidade dos atos -, aplicável por força do art. 185° n°3, após 1996) que o contrato nulo é declarável a todo o tempo e por qualquer tribunal. De igual forma, a lei civil (“declarável oficiosamente”).

NNN) Assim, mesmo que questões não expressamente incluídas em cláusula compromissória (e independentemente desta), em casos manifestos de “nulidade (do contrato, da cláusula “interpretanda”, ou da que se pede “integração” ou “execução”), o tribunal mesmo arbitral, sendo-lhe isso manifesto, poderá não aplicar, recusar aplicação de tal cláusula e mesmo, nos termos do art. 134.° n.°2 (ex vi do 185.°) do CPA, e do art. 286° do CC (um verdadeiro “princípio geral”, pois) poderá oficiosamente “declarar tal nulidade”. Todavia, não por força, observe-se, das concretizações voluntárias da cláusula compromissória, mas sim por força da “lei geral” quanto à cominação/sanção dos casos de ilegalidade mais graves e evidentes (nulidade).

OOO) Em lado nenhum, nem na cláusula inicial, nem no acordo antes de julgamento, estipularam as partes de “modo expresso” que renunciavam aos recursos mesmo em matéria de invalidade do contrato, O acórdão e o despacho de não-admissão, dizem que está lá implícito, porque não ressalvado expressamente; o recorrente diz que não está, nem a lei (na altura!) deixa que haja “renúncias” prévias ao recurso de futuras decisões formuladas apenas de modo “implícito”.

(neste sentido, também, o Parecer do Prof. MARCELO REBELO DE SOUSA acima citado).

PPP) De facto, afirmava na altura a unanimidade da doutrina que tais renúncias antecipadas aos recursos, em qualquer caso, terão de ser explícitas (neste sentido, por todos, cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, Código de Processo Civil Anotado, Coimbra Editora, vol. 3°, tomo 1, 2ª ed., 2008, p. 31).

QQQ) *Como afirmou em 2009 LEBRE DE FREITAS, “tem de ser expressa a renúncia antecipada, necessariamente proveniente de ambas as partes” (...) sobre o seu sentido não podem restar dúvidas no declaratório. Constituindo ato de renúncia a um direito, sempre, em caso de dúvida, prevalecerá o sentido menos gravoso para o declarante (art. 237º CC), isto é, aquele que, se se hesitar entre a renúncia e a não renúncia, conduza à ideia da conservação do direito.»*

RRR) *«A renúncia antecipada das partes ao direito de recorrer, consistindo na supressão desse direito por ato de vontade, não se pode ter por verificada quando a declaração feita seja obscura ou equívoca. “E ainda: não é invocável (...) “a possibilidade de a renúncia se fazer através de factos concludentes, visto que, como se viu, a lei não admite, nesta matéria, muito compreensivelmente, dado estar em causa o direito à jurisdição, a declaração tácita de renúncia, e a aceitação da decisão (rigorosamente, aliás, uma promessa de aceitação) não releva antecipadamente, mas só depois da decisão proferida”. («Da renúncia ao direito de recorrer da decisão arbitral», em THEMIS, Ano 9, 2009, N.º 16, pp. 334 e 342).*

SSS) *As decisões finais arbitrais (em arbitragem «voluntária») podem, naturalmente, abranger matérias distintas e não devem ir para além daquilo que as partes estipularam ou aceitaram como objeto da arbitragem. Fora dessas questões estritas, prossegue a competência normal dos tribunais públicos. É princípio aceite e indiscutido.*

TTT) *«Quer a renúncia quer a aceitação podem ser parciais desde que a decisão seja divisível» (FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, Manual dos Recursos em Processo Civil, Saed., p. 1219). Havendo renúncia voluntária e antecipada das partes à possibilidade (normal, legal) de recorrer da decisão em 1ª instância (e neste caso, numa 1ª instância que é arbitral), tal renúncia aplica-se apenas às matérias sobre que foi expressa não a outras, nela não expressas, embora também objeto de arbitragem, seja originariamente seja, eventualmente, por que depois se acrescentaram, em momentos e contextos diferentes.*

UUU) *A renúncia deve ir até onde (no seu âmbito for claramente expressa, não mais não a questões materialmente diferentes, com apreciação distinta e materialmente autónoma e onde não foi referido pelas partes a elas, ou sobre elas, renunciarem ao (normal) direito de re-exame ou revisão jurisdicional.*

VVV) *Não há, ou não havia, pois, na altura, e em conclusão, mesmo no quadro geral do processo civil e da LAV, renúncias antecipadas tácitas ou implícitas (tirando o caso “legal” da convocação expressa da equidade: art.29º da LAV) ao direito de recurso da decisão arbitral — não há efeito extintivo (desse direito com dimensão constitucional) [(35. Como afirmou o Tribunal*

Constitucional no Acórdão n.º 335/2006, de 18-05-2006: «o direito de ação incorpora no seu âmbito o próprio direito de defesa contra atos jurisdicionais, o qual, obviamente, só é exercível mediante o recurso para (outros) tribunais.»)] *incidente sobre matérias para as quais não foi explicitada pelas partes uma respetiva e clara vontade de renúncia. Esta vontade de renúncia não se presume (tirando a referida presunção legal, mencionada, por convocação da equidade).*

WWW) Quanto a este ponto, entende o recorrente que existe, e se verifica a inconstitucionalidade da norma (aplicada pelo despacho de não-admissão, e retomada no acórdão ora recorrido) segundo a qual, “não se havendo ressalvado a exclusão do recurso” prevista para as matérias contempladas na cláusula compromissória, em acordo posterior alargando ou permitindo a outras questões (“legalidade”/“invalidade” do contrato) a competência dos árbitros, se deve então inferir que sobre estas últimas também se efetuou uma renúncia antecipada ao recurso da decisão arbitral na parte sobre elas incidente.

XXX) Com efeito, sobre a “renunciabilidade antecipada do direito” (que é dimensão de direito fundamental) de recorrer, deve valer antes a máxima contrária: “qui tacet, non consentire videtur”: o que decorre da Constituição, do princípio da segurança jurídica, e do acesso à justiça, ambos ínsitos no princípio do Estado de Direito (arts. 3º, 20º, 202º, 212º e 266º/2 da CRP). Sendo por isso a norma (implícita, mas) efetivamente aplicada ofensiva das exigências constitucionais vigentes.

YYY) A Nova LAV (de 2011), já permite, e estatui mesmo, a possibilidade das renúncias tácitas ao recurso de decisão arbitral (art.39.º n.º4). Mas acontece que essa lei somente entra em vigor em 14 de Março de 2012. Muitos anos depois do contrato dos autos, e da instauração concreta do litígio arbitral. Não se aplica, obviamente, ao caso dos autos, ora em recurso (cfr. também, se dúvidas houvesse, o disposto no n.º3 do art. 4º inicial da Lei 63/2011 que aprovou a LAV: as partes mantêm o direito aos recursos que caberiam antes, ao abrigo da legislação anterior).

ZZZ) Mas, por outro lado, mesmo no âmbito da lei existente atualmente, que o acórdão indiferenciadamente convoca, entende o recorrente que a “presunção” da vontade de renunciar ao recurso, pelas partes (ou a irrecorribilidade da decisão arbitral se as partes não houverem convencionado o direito de recurso), presunção essa prevista no art. 39º/4 da N-LAV (princípio das renúncias implícitas, tácitas), ofende o princípio da segurança, da certeza do direito e da transparência (art. 3º e 20º, e 202º e 266º/2 da CRP) pois que o normal na lei (art. ..) e o tradicional (de muitos séculos de história, em que se administrou ou “fez boa justiça”) é haver nos casos jurisdicionais mais importantes a possibilidade de uma

revisão/controlo do mérito da decisão substantiva. Não se deverá “presumir”, nesta matéria, aquilo que não foi minimamente expresso, como renúncia a um direito. Pelo menos, não devendo tal “presunção” ser aplicada às convenções arbitrais específicas da Administração pública. AAAA) Até porque, conjugada uma tal “presunção” de vontade de renúncia antecipada”, com o carácter “obrigatório” (ou “semi obrigatório”) conferido pelo art. 182º do CPTA às arbitragens em direito administrativo quando provocadas pelo contratante particular (neste sentido, opina ROBIN DE ANDRADE, e tem vindo a ser defendido por mais autores ligados às arbitragens), significa isso, então, uma possibilidade vasta de engano quanto a muitos decisores da Administração, que são “forçados” por tal mecanismo a sujeitar-se a arbitragens não voluntariamente queridas, com o acréscimo de uma (totalmente falsa, na realidade dos factos) “presunção legal” de se querer com isso uma arbitragem sem recurso.

BBBB) Razão acrescida, pois, para que uma tal “presunção de renúncia” não seja aplicável aos litígios arbitrais da Administração, em matéria de direito administrativo.

CCCC) (JUSTIFICAÇÃO DA REVISTA). Como afirma PEDRO GONÇALVES, no Parecer junto aos autos, a questão de saber se o sistema jurídico português aceita, hoje, que uma pessoa coletiva pública renuncie antecipadamente aos recursos das decisões de tribunais arbitrais que se venham a constituir para dirimir litígios que as envolvam, é uma questão que suscita um “problema jurídico de primeira relevância” (cit. p1). E de modo singular, tal sucede quando em causa esteja a análise e a decisão, por parte de tribunal arbitral, sobre a própria legalidade e validade do contrato celebrado: saber se pode haver renúncia prévia a recursos, constitui uma problemática jurídica “de primeiro relevo” (cit., p. 2).

DDDD) Por um lado, são imensos, cada vez mais os casos hoje (tal como o fenómeno da “fuga para o direito privado”) de encaminhamento das lides administrativas para tribunais privados, arbitrais: ora, resta saber qual o tipo de intervenção dos tribunais institucionais do Estado (formados por Juízes de carreira, e não juízes privados nomeados por cada parte) do Estado relativamente a tais decisões arbitrais quando estas, em especial, intercedam sobre a “da legalidade objetiva” sobre a violação pelo contrato da lei imperativa, maxime quando (em decisão dividida) declarem que o contrato ou a cláusula, arguido de nulo, ou absolutamente nula, são “válidos”: poderá a Administração “renunciar” previamente ao recurso para o tribunal público/estadual, sobre uma tal questão de ordem pública? - Contra o acórdão, o ora recorrente defende que não.

EEEE) Servirá apenas uma única decisão, por árbitros privados, escolhidos pelas partes, e por elas pagos, para poder

converter um contrato grosseiramente contrário à lei em contrato válido? Sem hipótese da sua revisão de mérito, de um recurso para uma instância em tribunal público, por virtude de um ato de renúncia prévia, considera impeditiva? - Contra o acórdão, o ora recorrente defende que não.

FFFF) E será exatamente igual o caso em que a decisão arbitral, que declara o contrato válido, seja sem a concordância dos três árbitros, antes com um expressivo voto contra que considera ser o contrato absolutamente iníquo e nulo? Poderá haver “renúncia antecipada” pela parte pública, ao recurso da decisão em tais circunstâncias de uma arguida (e comprovada por um juiz) nulidade grave do contrato ou de sua cláusula, por violação grave de lei imperativa? — Contra o acórdão, o ora recorrente defende que não.

GGGG) Verifica-se, pois, que são diversas e complexas as questões suscitadas a propósito da recorribilidade ou irrecorribilidade das decisões arbitrais que julguem questões da legalidade dos contratos administrativos, e mais especificamente quando julguem ser válido um contrato arguido de gravemente ilegal e nulo. Sobre as possibilidades e a materialização/formalização de renúncias antecipadas pela Administração ao recurso de futuras decisões arbitrais nesse domínio. E até em particular sobre a hipóteses de decisão arbitral, com divisão expressa de posições quanto a esse matéria, sem unanimidade, declarando um membro do coletivo que o contrato é absolutamente nulo e contrário à lei e ao direito.

HHHH) Assistimos, por outro lado à evolução da legislação positiva, nestes últimos anos: e que acaba sempre — apesar de ainda hoje serem muitos os processos arbitrais a decorrem segundo o regime de “direito ao recurso” anterior (cfr. art. 4º n.3 da Lei 63/2011) — por “influenciar” os raciocínios ou quadros mentais com que se julgam, agora, casos antigos. Estas questões, relacionadas com a Administração, suscitam, pois, hoje problema jurídicos “de primeira relevância”.

III) Por outro lado, que a questão, além de muito, cada vez mais, atual, é também de relevância fundamental, e de complexidade acentuada, mostra-o a divisão de opiniões entre Autores de “primeiríssima” linha, acima citados. Contra a posição atual (em Parecer de 2013, agora dado nos autos) de Pedro Gonçalves, as posições expressas e muito claras, afirmando a inviabilidade da “renúncia” antecipada pela Administração ao direito de recorrer de futuras decisões arbitrais sobre invalidade de contrato, que julguem válido um contrato arguido de nulo e contrário à lei, dos Professores Pedro Gonçalves (tese de mestrado, livro de 1999), Cabral Moncada (2010), Isabel Celeste Fonseca (2012), Marcelo Rebelo de Sousa (2012) e Paulo Otero (2012).

JJJJ) Deste modo, a admissão deste recurso afigura-se necessária por estar em causa a apreciação de questões que pela sua relevância jurídica se revestem de importância fundamental, e porque a decisão das questões concretas aqui em causa contribuirá claramente para a necessária melhor aplicação do Direito, neste e em todos os demais casos congêneres.

KKKK) Devendo, por isso, com o duto suprimento de V. Exas, o presente recurso de revista ser acolhido, e depois revogar-se o duto acórdão recorrido, determinando-se antes recorribilidade da decisão arbitral que julgou não ser nulo e inválido o contrato ou as suas cláusulas ou anexos.

A recorrida A....., S.A notificada da admissão do recurso interposto pela recorrente, apresentou as suas contra-alegações com conclusões do seguinte teor: “

DA INADMISSIBILIDADE DO RECURSO

A) O presente recurso tem por objeto o acórdão do TCA Norte que decidiu a reclamação contra o despacho do Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Arbitral, Professor Doutor..., de não admissão do recurso do acórdão arbitral.

B) Na sequência do acórdão do STA de 15.05.2013, que interpretou a remissão para o CPC contida no art.144º, n.º3 do CPTA, Como uma remissão dinâmica, da decisão da conferência sobre a reclamação contra o despacho de não admissão do recurso não cabe recurso (cfr. art.643.º n.º4 e 671.º, ambos do novo CPC, aplicável ao caso, segundo art.7º, n.º1 da Lei 41/2013 de 26.6 — neste sentido, Abrantes Geraldés, Recursos no Novo Código de Processo Civil, 2013, Almedina, p. 143)

C) E o recurso de revista excecional previsto no art.150.º do CPTA só pode incidir sobre decisão que conheça do mérito da causa ou que ponha termo ao processo, absolvendo da instância, conforme preceituado no art.671º, n.º1 do CPC, aplicável ex v do art.140º do CPTA (cfr. Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, V edição revista, 2010, Almedina, pp 913 e 914).

D) A admissibilidade da revista no contencioso administrativo é bem mais restrita do que no contencioso civil: no processo administrativo só existe a revista excecional, enquanto no processo civil existe a revista normal e excecional (sobre a aplicabilidade restrita da revista excecional, ver acs.do STA nos Acórdãos de 28.06.2012, processo n.º 0672/12 e de 11.07.2012, processo n.º 0718/12, ambos do Relator Rosendo José).

E) Entendimento contrário ao aqui defendido — da inadmissibilidade do presente recurso - seria generalizar este recurso de revista excecional, previsto no artigo 150.º do CPTA,

o que, se acontecesse, não deixaria de se mostrar, de modo particularmente intenso, desconforme com os fins tidos em vista pelo legislador (cfr. a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 93/VIII, na qual é referido que com a introdução do recurso de revista excepcional “há assim, a intenção de generalizar o recurso de revista, institucionalizando o terceiro grau de jurisdição com o óbvio inconveniente de dar causa a uma acrescida morosidade da resolução final dos litígios. “sublinhado nosso).

F) Por conseguinte, não deve ser admitido o presente recurso, nos termos do disposto no art. 144.º, n.º 3 do CPTA e arts. 643.º, n.º 4 e 671.º, ambos do CPC, ex vi art. 140.º do CPTA, improcedendo, assim, as conclusões CCCC) a JJJJ) do Recorrente.

DO RECURSO DO DESPACHO INTERLOCUTÓRIO DE 21.10.2013

G) Não se verifica qualquer omissão de pronúncia no despacho de 21.10.2013, uma vez que o tribunal recorrido conheceu da questão invocada, a admissibilidade da junção do Parecer requerida pela Recorrida, sendo irrelevante se conheceu de todos os fundamentos invocados (neste sentido, Acs. do STJ de 16.02.2005, Relator Sousa Peixoto, proc. 0552137, do TCA Norte de 25.10.2013, proc. 0300/06.8BELSB, Relator José Augusto Araújo Veloso e do STA de 25.07.2012, proc. 027/12, Relator Adérito Santos).

H) Independentemente disso, a autoria do Parecer em nada contribui para ou afeta a admissibilidade, nem mesmo na interpretação feita pelo Recorrente, de que se trataria de alegações extemporâneas camufladas.

I) Contrariamente ao defendido pelo Recorrente, o despacho recorrido cumpre integralmente o princípio da igualdade das partes e do plano contraditório, ao permitir a junção do parecer requerida pela Recorrida, em resposta aos pareceres juntos pelo ora Recorrente (em 28.02.2012 e 9.03.2012 — cfr. fls. 935 e ss e 965 e ss, respetivamente), sobre a mesma matéria, fora do prazo das alegações do recurso e fora do prazo da reclamação contra a não admissão do recurso.

J) Caindo por terra os argumentos invocados nas conclusões U a BB) do Recorrente deve o recurso deste despacho de 21.10.2013 ser julgado improcedente.

K) À cautela, vem ainda Recorrida requerer a junção aos autos, ao abrigo do disposto no art. 651.º, n.º 2 do atual CPC (aplicável, em conformidade com o art. 7.º, n.º 1 da Lei 41/2013), ex vi art. 140.º do CPTA, do dito douto Parecer Jurídico do Senhor Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves sobre “Renúncia da Administração Pública ao recurso de decisões proferidas por tribunais arbitrais” de que junta cópia, constando o original dos autos.

DO RECURSO DO ACÓRDÃO DE 31.01.2014

Quanto à 1.ª questão colocada no acórdão recorrido

L) O acórdão arbitral, bem com o Parecer de Pedro Gonçalves, não incorre em qualquer violação do princípio da aplicação da lei no tempo quanto ao Contrato dos autos, uma vez que aplicam as leis vigentes à data da celebração do contrato de concessão (31.01.2004): a LAV aprovada pela Lei 31/86 de 29.8 e o CPTA, na redação dada pela Lei n.º 4-A/2003 de 19.02 (vigente desde 01.01.2004) (cfr. resulta da nota prévia do Parecer, das várias remissões para a Lei 31/86 e do ponto 4 do Parecer relativo à aplicação e interpretação do art.186.º, n.º 2 do CPTA.

M) A referência às recentes alterações legislativas sobre estas matérias é feita como contraponto da aplicável ao caso.

N) Do ponto 5 do Parecer de Pedro Gonçalves resulta somente que desde 1999 até 30.12.2004, ocorreu uma alteração legislativa relevante (a legitimidade de terceiros para intentar ações sobre contratos) que motivou a alteração da posição antes assumida por aquele Professor em 1999 (ver. P. 32 e nota de rodapé n.º44 do Parecer).

O) São assim improcedentes as conclusões H) e CC) a KK) do Recorrente

P) Não é verdade que o regime legal, em vigor à data da celebração do contrato de concessão (em 2004), e a doutrina que o interpretava fossem no sentido da inadmissibilidade da renúncia ao recurso do acórdão arbitral sobre a validade do contrato.

Q) A LAV (aprovada pela Lei n.º31/86 de 29 de Agosto) veio permitir em termos genéricos a “convenção de arbitragem” de “qualquer litígio” que “não respeite a direitos indisponíveis.” (cfr. art. 1º, n.º 1 da LAV). O n.º 4 do citado preceito legal permite, literalmente, que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público possam celebrar convenções de arbitragem desde que a lei o autorize.

R) E se é verdade que nos termos do art. 212º, 3 da CRP compete aos Tribunais Administrativos e Fiscais “o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”, o certo é que se tem entendido que esta reserva não é absoluta — cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 23-1-2008, proc. 017/07.

S) O art.180º, n.º1, alínea a) do CPTA, aprovado pela Lei n.º15/2002 de 22 de Fevereiro, previa que: “1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução.”

T) Conforme referem em anotação ao citado preceito legal, Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha,

(in “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, 3ª edição revista, 2010, Almedina, p. 1145), a admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de litígios em relações entre entidades públicas e os privados é pacificamente reconhecida pela doutrina, incluindo quanto à matéria da validade dos contratos administrativos.

U) Também a jurisprudência perfilha este entendimento, conforme referido pelo STA no seu acórdão de 25.06.2009, relator São Pedro, proc. 0296/09, disponível in www.dgsi.pt

V) Por aplicação da alínea b) do art.4.º do ETAF serão objeto de decisão arbitral a invalidade de contratos de qualquer natureza (pública ou privada) celebrados por qualquer pessoa (pública ou privada), desde que a invalidade contratual decorra da invalidade de um ato administrativo com base no qual aquele tenha sido celebrado. (Dr. Francisco Calvão, Dr. Paulo da Cunha Monteiro, Análise de Algumas Disposições do CPTA à Luz da Lei da Arbitragem, Breves Questões, compilações doutrinárias, Verbo Jurídico, Disponível in <http://www.verbojuridico.com/doutrina/fadministrativo/arbitragem.pdf>)

W) A admissibilidade de convenções arbitrais relativas a litígios de natureza jurídico-administrativa com a previsão de renúncia ao recurso é reconhecida pela doutrina: “o regime geral do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, embora bastante favorável à arbitragem, não dispensa convenções de arbitragem que claramente prescrevam a decisão arbitral como final, ou alternativamente, o recurso à equidade.” (Robin de Andrade, intervenção no Colóquio Sobre Arbitragem no Brasil e em Portugal, disponível in <http://arbitragem.pt/estudos/arbitragens-direito-publico-brasil-portugal—robin-andrade-andrade>)

X) Contrariamente ao que o Recorrente pretende fazer crer a doutrina à data não defendia a irrenunciabilidade do recurso da decisão arbitral sobre validade do contrato, pois a doutrina citada (com exceção de Isabel Celeste Fonseca, quanto à constitucionalidade) não aborda, de facto, expressa e diretamente a questão da admissibilidade da renúncia ao recurso quanto à matéria da validade dos contratos públicos administrativos.

Y) Temos então a posição isolada de Isabel Celeste Fonseca, que na realidade não se pronuncia sobre a legalidade da renúncia ao recurso, mas sim sobre a constitucionalidade da mesma, considerando “duvidoso”, por entender que “a entidade pública não pode nunca renunciar em convenção ao recurso jurisdicional”.

Z) Em suma, face à lei e à doutrina vigentes à data da celebração do Contrato de Concessão, não se pode deixar de concluir pela legalidade e constitucionalidade da renúncia ao

recurso da decisão arbitral sobre matérias da validade e legalidade de contratos públicos administrativos. (cfr. parecer de Pedro Gonçalves).

AA) Aliás, estando prevista a admissibilidade da renúncia aos recursos jurisdicionais de sentenças judiciais, sem excluir a matéria da legalidade dos contratos, não se vê, nem o Recorrente consegue demonstrar, porque razão se deve recusar no âmbito da arbitragem, aquilo que é admitido no âmbito jurisdicional, como concluído no dito Parecer: “Esta dimensão universal do direito de renúncia a recursos constitui uma marca fundamental a sistema processual português e não apenas do regime da arbitragem. Só por si, isto reforça a ideia de que uma eventual pretensão de abolir o referido direito teria sempre de ser inequívoca, taxativa e expressa. Não vemos como, num ponto como esse, se poderia deduzir do silêncio legal (que não existe”) a exclusão de um traço tão marcante do regime jurídico da arbitragem e de direito processual português, incluindo o direito processual administrativo.” (p. 25 do Parecer).

BB) Como explicado e bem no parecer junto pela Recorrida “a renúncia (a possibilidade de renúncia) aos recursos das decisões arbitrais revela-se coerente com esta ideia matricial da jurisdição arbitral como alternativa e paralela à jurisdição estadual. Além disso, o direito de renúncia está em perfeita harmonia com a ilação a que se refere, de forma aliás bastante elucidativa, Paula Costa e Silva:” as partes têm o poder de escolher aqueles que julgam ser as pessoas mais aptas a proferir a decisão correta, mal se compreende que possam depois questionar a solução efetivamente encontrada para o caso concreto” “(p. 25 do Parecer).

CC) Logo, podem as partes renunciar ao direito ao recurso, conforme concluído no Parecer junto pela Recorrida, “Esta possibilidade de renúncia apresenta-se como uma sequência natural e lógica da primeira. (sublinhado nosso), e essa possibilidade de renúncia ao recurso inclui a renúncia ao recurso de decisão arbitral sobre a legalidade dos contratos administrativos, pois conforme referido no Parecer do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves, em resposta à tese de que a Administração Pública não deveria poder renunciar aos recursos, por Causa da natureza dos interesses que lhe Cabe proteger e prosseguir, “embora o fundamento da arbitragem administrativa não resida apenas na vontade da Administração, oferece-se indiscutível que a vinculação à convenção arbitral é um momento de afirmação de uma vontade livre dos responsáveis legítimos pela Administração. O mesmo se aplica à cláusula de renúncia aos recursos, a qual também não é imposta, antes resulta de uma decisão livre dos agentes responsáveis pela Administração. A renúncia aos recursos

envolve uma abdicação, é verdade, mas que o sistema jurídico apenas permite, não impõe. Ao prever a arbitragem no âmbito jurídico-administrativo, a lei equacionou decerto o tema da arbitragem “em bloco” como um sistema de resolução de litígios alternativo e, em certa medida, localizado à margem dos — e que, nos termos da lei, tem potencial para pôr à margem os — tribunais do Estado.” (Parecer, pp. 26 e 27).

DD) Acrescenta ainda aquele autor “Um segundo erro da proposição anterior resulta de o juízo subjacente se basear numa espécie de desgraduação do tribunal arbitral ora, o “poder privado” radicado no tribunal arbitral é um poder jurisdicional e o tribunal arbitral é um verdadeiro tribunal, que as partes constituem, com fundamento na Constituição e na lei. O tribunal arbitral e a arbitragem administrativa não constituem os parentes pobres do sistema de resolução de litígios que envolvam a Administração Pública. Não correspondem, aliás, a uma e de “resto abandonado” a uma jurisdição de segunda divisão. Nada disso, O sistema de resolução de litígios administrativos pela via da arbitragem compõe-se de instâncias judiciais, que exercem função jurisdicional e que tomam decisões a que a ordem jurídica confere exatamente a mesma força jurídica das decisões dos tribunais do Estado. Trata-se, não apenas de um sistema alternativo, mas também paralelo e equiparado ao sistema de justiça do Estado.” (Parecer, p. 27).

EE) Deste modo, estão votados ao insucesso estes dois argumentos alegados nas conclusões LL) a PP) e UTJ) a GGG) do Recorrente.

FF) O acórdão recorrido não interpreta, nem aplica a norma contida no atual a 39.º, n.º4 da nova LAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011 de 14 Dezembro, improcedendo, logo aqui de imediato, este argumento da Recorrente.

GG) A previsão da renúncia antecipada e absoluta ao direito ao recurso da decisão arbitral mesmo sobre a legalidade do contrato administrativo é uma decorrência lógica da arbitrabilidade de tais matérias e do princípio da equivalência dos tribunais arbitrais aos tribunais judiciais, consagrado no art. 209º, n.º2 da CRP.

HH) Devem, assim, improceder também as conclusões QQ) a TT) do Recorrente

II) Em resposta às conclusões A) a E) do Recorrente, refira-se somente que as mesmas são irrelevantes, para efeitos do presente recurso, sendo certo que, o Tribunal Arbitral concluiu - e bem - que não se verificava qualquer um dos fundamentos invocados pelo aqui Recorrente quanto à invalidade do Contrato de Concessão dos autos (cfr. parecer junto saltos sobre “Limites do poder de modificação unilateral de contratos administrativos — o caso das cláusulas que estabelecem estimativas e projeções de procura do serviço público

concedido).

QUANTO À 2.ª QUESTÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

JJ) A alegação do Recorrente de que a cláusula arbitral não abrange a matéria da validade é manifestamente abusiva, pois, conforme resulta da descrição do processo arbitral supra referida: (i) foi o Recorrente que invocou, em sede do processo arbitral em causa, a alegada invalidade do Contrato de Concessão, enquanto exceção e tendo inclusivamente formulado expressamente um pedido reconvenicional de declaração de tal invalidade; (ii) foi o Recorrente que, na resposta à réplica da Recorrida, manteve o pedido reconvenicional de declaração de invalidade do Contrato de Concessão; (iii) foi o Recorrente que, ao longo do processo arbitral, reiterou sucessivamente a questão da invalidade do Contrato, designadamente juntando dois doutos Pareceres sobre esta matéria — sendo que não juntou qualquer Parecer sobre qualquer outra questão controversa — e ampliando o seu pedido reconvenicional nas Alegações finais.

KK) A opção pela formulação genérica de submissão de litígios à arbitragem contida na cláusula 100.º do Contrato de Concessão, sem exclusão expressa de qualquer matéria, permite concluir, de acordo com as regras da interpretação previstas nos arts.236º e ss. do Código Civil (CC), que a matéria da (in)validade do Contrato está incluída na cláusula compromissória acordada entre as partes.

LL) E tanto assim é que o Recorrente na sua Contestação, na arbitragem constituída ao abrigo desta cláusula, expressamente invocou a invalidade de determinadas cláusulas do Contrato, entre as quais a da cláusula arbitral (cláusula 100.º do Contrato), na sua Contestação e deduziu pedido reconvenicional de declaração da invalidade dessas cláusulas arbitrais, sem ter, assim, qualquer dúvida, que a matéria podia ser objeto da arbitragem.

MM) No acordo de 08.06.2009, as partes vieram confirmar esta interpretação da declaração vertida na cláusula 100.º do Contrato ao acordarem expressamente aceitar a validade da cláusula arbitral cuja invalidade o Recorrente tinha pedido ao Tribunal Arbitral para declarar e aceitar sem qualquer reserva competência do mesmo para apreciar a legalidade e a aplicação do Contrato de Concessão.

NN) O facto de na letra da cláusula arbitral em causa não constar a expressão “validade” do Contrato não obsta ao exposto, porquanto para que o sentido da declaração supra defendido valha basta que “tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente exposto”, conforme disposto no art. 238º, n.º1 do CC relativamente à interpretação de negócios formais (neste sentido, ver, a Relação do Porto, no acórdão de

23.10.2007, relatora Maria Eiró, proc. 0623032).

OO) Foi este exatamente o entendimento do Árbitro Presidente do Tribunal Arbitral, o Exmo. Senhor Professor Doutor ..., confirmado pelo TCA Norte no acórdão recorrido.

PP) Por conseguinte, a **renúncia ao direito ao recurso constante do n.º6 da cláusula 100 do Contrato de Concessão abrange também o recurso com fundamento na (alegada) invalidade do Contrato de Concessão, por as partes terem submetido esta matéria à arbitragem, nos termos da convenção arbitral acordada entre as partes e constante da cláusula 100 n.º1 do Contrato de Concessão, confirmada pelo ponto 4 do Acordo de 08.06.2008.**

QQ) A renúncia é expressa como resulta da conjugação do n.º6 com o n.º1, ambos da cláusula 100.º do Contrato de Concessão (neste sentido, ver o decidido pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º256/2012 de 23.05.2012, proc. 97/11, da 3ª secção, que considerou que a remissão para a aplicação do Regulamento da Arbitragem Comercial de Lisboa constitui uma renúncia expressa ao direito ao recurso: “Para além da expressa renúncia ao recurso Que a submissão a dito Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto implica e pressupõe (...)” (sublinhado nosso).

RR) Sendo uma renúncia ao recurso, por remissão para um regulamento externo à convenção de arbitragem, uma renúncia expressa, por maioria de razão, o será a renúncia com referência à matéria do objeto submetido à arbitragem definido na mesma convenção de arbitragem.

SS) As partes não excluíram da renúncia ao direito do recurso tal fundamento, o que, aliás, poderiam ter feito, conforme referido por Luís Carvalho Fernandes, (Dos recursos e Processo Arbitral, in Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Raul Ventura, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 149).

TT) Acresce que, caso o Tribunal Arbitral tivesse decidido sobre uma matéria não incluída no objeto da cláusula arbitral — como defende o Recorrente — tendo as partes expressamente renunciado ao direito ao recurso — como é o caso — a consequência desse facto i. é., do Tribunal Arbitral ter conhecido de uma questão não abrangida pela convenção de arbitragem, **seria a incompetência do Tribunal Arbitral, que constituía**, nos termos do disposto no art.27º, n.º1, alínea b) da Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária, LAV), fundamento da ação de anulação da sentença arbitral. (Cfr. Acórdão do STJ de 10.07.2008, proc. 08A1698, Relator João Camilo, disponível [ia wsvw.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

UU) Entendimento contrário ao aqui defendido, no sentido de que a renúncia ao recurso constante da cláusula 100 n.º6 do

Contrato de Concessão não abrange o recurso da decisão arbitral sobre matéria não incluída na convenção arbitral teria como efeito inutilizar o citado preceito legal, ou seja, a previsão da possibilidade de anulação da sentença arbitral com fundamento na incompetência do tribunal arbitral, uma vez que, apesar da renúncia ao recurso, seria sempre fundamento para um recurso.

VV) Mais, entendimento contrário constituiria uma violação do princípio da kompetenz-kompetenz consagrado no art.21º, n.º1 da LAV, ou seja, o poder do tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência.

WW) Deste modo im procedem também as conclusões HHH) a VVV) do Recorrente

XX) Não se verifica aqui qualquer inconstitucionalidade da interpretação da norma feita pelo tribunal recorrido no sentido de que, não havendo ressalva da exclusão do recurso sobre a legalidade do contrato, se deve concluir pela renúncia ao recurso sobre essas matérias, pois, a renúncia ao recurso contida na cláusula 100.º, n.º6 do Contrato de Concessão dos autos não é implícita, antes pelo contrário, é expressa, com referência às matérias submetidas à arbitragem, nos termos do seu n.º1, entre as quais, a validade do contrato.

YY) À data da celebração do Contrato de Concessão, não existia (e não existe) norma que exigisse que se as partes renunciassessem ao recurso da decisão arbitral e na previsão dessa renúncia não referissem expressamente que essa renúncia abrange a matéria da validade, então deveria entender-se que esta fica excluída da renúncia ao recurso.

ZZ) A renúncia ao recurso da decisão arbitral, incluindo sobre matéria da legalidade do contrato administrativo, é uma decorrência e uma consequência lógicas da arbitrabilidade de tais matérias. (ver Parecer, p. 26, supra citado)

AAA) Entendimento contrário é que seria inconstitucional, por violação do disposto no art.209º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa (CRP) que consagra a equivalência entre os tribunais arbitrais e os tribunais estaduais (no Parecer junto, p. 27): “sendo o tribunal arbitral um verdadeiro tribunal, não se entende como não poderia a Administração Pública renunciar aos recursos das decisões arbitrais, quando, nos termos gerais, dispõe de um poder de renunciar aos recursos ordinários de decisões judiciais.”

BBB) Im procedem também as conclusões WWW) a BBBB) do Recorrente

Notificado para os efeitos do disposto no art. 146º, nº 1 do CPTA o Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público junto do Supremo Tribunal Administrativo não proferiu parecer.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

2. Os Factos

O acórdão recorrido considerou provada a seguinte factualidade:

1. Em 30/12/2004, o Município de Marco de Canaveses ratificou a adjudicação anteriormente efetuada e, por escritura pública da mesma data, celebrou com a concessionária “A....., SA” Contrato de Concessão da Exploração e Gestão de Sistema de Abastecimento de Água para Consumo Público e de Recolha, Tratamento e Rejeição de Efluentes do concelho de Marco de Canaveses, que aqui se dá como reproduzido para todos os efeitos legais.

2. Nos termos da **cláusula 100.º** do referido **Contrato de Concessão**, foi acordado que *“1. Caso surja disputa entre as partes em matéria de interpretação, integração ou execução do Contrato ou das normas por que se rege a Concessão, o diferendo será submetido a um Tribunal Arbitral composto por 3 (três) membros, 1 (um,) nomeado por cada Parte e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as Partes tiverem designado.*

2. A Parte que decida submeter determinado diferendo ao Tribunal Arbitral apresentará os seus fundamentos para a referida submissão e designará de imediato o árbitro da sua nomeação, no requerimento de constituição do Tribunal Arbitral que dirija à outra Parte através de carta registada com aviso de receção, devendo esta, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da receção daquele requerimento, designar o árbitro de sua nomeação e deduzir a sua defesa. O Tribunal Arbitral terá competência para fixar o objeto do litígio em causa.

3. Ambos os árbitros designados nos termos do número anterior da presente Cláusula designarão o terceiro árbitro do Tribunal Arbitral no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da designação do segundo árbitro do Tribunal Arbitral, cabendo ao Presidente do Tribunal da Relação do Porto, que também nomeará o representante de qualquer das Partes, caso estas o não tenham feito, esta designação, caso a mesma não ocorra dentro deste prazo.

4. O Tribunal Arbitral considera-se constituído na data em que o terceiro árbitro aceitar a sua nomeação e o comunicar a ambas as Partes.

5. O Tribunal Arbitral poderá ser assistido pelos peritos técnicos e consultores que considere conveniente designar”.

3. E no **n.º 6 dessa Cláusula 100.º** ficou estabelecido que: *“O Tribunal Arbitral salvo acordo em contrário das Partes, julgará segundo o direito constituído e das suas decisões não cabe recurso.”*

4. Em cumprimento da cláusula 100.º do Contrato de

Concessão referido, por entender que haveria que efetivar-se a “reposição do equilíbrio financeiro” do mesmo contrato, por forma a compensar as alegadas quebras de receita projetadas e os lucros cessantes nos 35 anos da concessão, a concessionária “A....., SA” providenciou pela constituição de um tribunal arbitral para decidir o litígio entre as partes.

5. Foi apresentada a petição pela concessionária (onde, em síntese, pedia a reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, com a atribuição de uma compensação financeira direta de € 30.099.690.00) foi apresentada a contestação/reconvenção pelo Município [onde este veio, além do mais, aí arguir, “a invalidade total do contrato e nulidade de muitas das (suas) cláusulas invocadas (“causa de pedir”) pela demandante”, decorrente da respetiva minuta ter sido congeminada pela Concessionária, de esta ter alterado as cláusulas do Caderno de Encargos “sempre a favor do adjudicatária” e da omissão de anexos na altura da sua aprovação por Assembleia Municipal (als. 1.º a 23.º da defesa) e ainda a ilegalidade da instituição / incompetência do Tribunal Arbitral (arts. 24.º a 32.º da defesa)].

6. Findos os articulados, em 8/7/2008, celebraram as partes um **ACORDO COMPLEMENTAR** à “*arbitragem iniciada por A..... contra o Município de Marco de Canaveses, ao abrigo da cláusula arbitral contida no art. 100.º do Contrato de Concessão, celebrado em 30.XII.2004*”, com vista à constituição do Tribunal e ao prosseguimento da arbitragem.

7. Nesse Acordo Complementar, declararam, além do mais, “*aceitar, expressamente, a validade da cláusula arbitral e a jurisdição do Tribunal, atribuindo-lhe, sem qualquer reserva, competência bastante para apreciar a legalidade e a aplicação do Contrato de Concessão*”.

8. Observada a tramitação julgada necessária e aplicável, no final de todo o procedimento/julgamento, em acórdão de 20/7/2010 e depois de objeto de retificação, interpretação e integração pelo acórdão 14/12/2010, o Tribunal Arbitral (com um voto de vencido), decidiu, além do mais, depois de ter concluído pela validade de todas as cláusulas ou dos seus Anexos, condenar o Município a pagar à recorrida “A....., SA” - além de outras quantias (vg. o valor de € 892.976,52. quantia relativa à factoração global da taxa variável de saneamento, entre o início da concessão e 31/12/2007 e decorrente da obrigação a esse respeito assumida pelo Município -, atento o direito ao reequilíbrio económico-financeiro da concessão, titulada pelo Contrato de 30/12/2004, a compensação financeira direta de 16.000.000,00 € (dezasseis milhões de euros), bem como julgar improcedente, além do mais, o pedido reconvenicional, deduzido pelo

recorrente - cfr. fls. 346 v.º a 440 dos autos,

9. Inconformado com a decisão arbitral, veio, em 1/10/2010, o Município de Marco de Canaveses interpor para este TCA-N, a título principal, recurso do acórdão arbitral e a título subsidiário - arts.298.º e ss. - fls. 238 e ss. dos autos - interpor ação de anulação do acórdão arbitral, nos termos e com os fundamentos longamente expressos no requerimento de fls. 3 a 345 dos autos.

10. Pela decisão de fis. 835/838 dos autos, veio o Presidente do Tribunal Arbitral, nos termos que constam de fls. 844 a 850, emitir despacho no sentido de não ser admitido o recurso interposto pelo recorrente Município de Marco de Canaveses do Acórdão de 20/7/2010, objeto de rectificação, interpretação e integração pelo acórdão 14/12/2010.

3. O Direito

Vem o presente recurso de revista interposto do despacho interlocutório proferido em 21.10.2013, a fls. 1450/1451, que, desatendo pretensão em contrário do aqui Recorrente, admitiu a junção do Parecer jurídico de fls. 1355 e seguintes dos autos e do acórdão proferido pelo TCAN que manteve o despacho do Presidente do Tribunal Arbitral de não admissão do recurso interposto da decisão proferida por este Tribunal.

3.1 Do Recurso do Despacho Interlocutório de 21.10.2013

Nas conclusões U) a BB) do recurso alega o Recorrente que o acórdão recorrido incorreu em omissão de pronúncia quanto à admissibilidade da junção do Parecer jurídico de fls. 1355 e seguintes.

Vejam os.

Resulta dos autos que em 03.07.2013, fls. 1354, a aqui Recorrida requereu a junção aos autos do Parecer Jurídico do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves sobre “Renúncia da Administração Pública ao recurso de decisões proferidas por tribunais arbitrais”, por ser relevante para a decisão da presente reclamação do despacho proferido pelo Presidente do Tribunal Arbitral, de não admissão do recurso interposto pelo Município Recorrente do acórdão arbitral.

Notificado desta junção veio o Recorrente, por requerimento de fls. 1400 a 1409, requerer o desentranhamento e devolução à parte daquele parecer, considerando ser a junção do mesmo extemporânea.

Sobre este requerimento recaiu despacho do Exmo Desembargador Relator, de 21.10.2013, que considerou ser tempestiva a junção do Parecer em causa, atento o disposto no art. 693º-B *ex vi*, art. 691, nº 2, al. g), do CPC (na redacção em vigor à data), *ex vi* do art. 140º do CPTA, desatendendo a pretensão do recorrente Município.

Este despacho foi notificado às partes por cartas de 22.10.2013 (cfr. fls. 1452 e 1453).

Conforme se vê do processado que acabou de descrever-se a admissão de junção do parecer aqui em causa e o requerimento sobre o respectivo desentranhamento foi decidido por despacho do relator, ao abrigo do disposto no art. 652º, nº 1, al. e) do novo CPC (cfr. igualmente o anterior art. 700º, nº 1, al. e) do CPC), embora nele se tenha tomado em consideração a anterior versão do CPC, face à data em que foi requerida aquela junção e o diferente regime de junção da anterior e actual versão do CPC.

Prevê o nº 3 do art. 652º do novo CPC (como anteriormente o nº 3 do art. 700º) que a parte que se considere prejudicada por qualquer despacho do relator, que não seja de mero expediente, pode requerer que sobre a matéria do despacho recaia um acórdão. Isto é, sobre o despacho do relator que decidiu a admissão do parecer cabia reclamação para a conferência, a qual não foi interposta (cfr. igualmente art. 27º, nº 1, al. a) e nº 2 e 29º, nº 1 do CPTA).

Assim, o despacho de 21.10.2013 transitou em julgado, tendo força obrigatória dentro do processo (cfr. art. 620º do CPC), não podendo, como tal, ser objecto do presente recurso de revista, improcedendo as conclusões U) a BB) do recurso.

3.2 Do Recurso Interposto do Acórdão de 31.01.2014

A aqui Recorrida A....., SA pediu e obteve em tribunal arbitral a condenação do aqui Recorrente Município de Marco de Canaveses a pagar-lhe 16 milhões de euros por utilização de água que lhe tinha fornecido.

O Município interpôs recurso da decisão arbitral para o TCAN, que não foi admitido pelo Presidente do Tribunal Arbitral, por despacho de 21.12.2011, de fls. 844 a 850 dos autos.

Em reclamação da não admissão do recurso para o TCAN, este, após prévia determinação por acórdão deste STA de 15.05.2013 (processo nº 01444/12), de que era o TCA o competente para decidir a reclamação (e não o respectivo Presidente), pelo acórdão de 31.01.2014, manteve a não admissão do recurso pelo acórdão ora recorrido.

Conclui-se no acórdão recorrido que: «(..), *poderemos dizer, em concordância com a tese defendida pela A./reclamada A....., SA e, em especial, para o Parecer que fez juntar aos autos e para cuja argumentação melhor se remete e que – como vimos – seguimos de perto, por com ele concordarmos, que não só a lei não proíbe a renúncia ao recurso das decisões dos tribunais arbitrais – salvaguardando a possibilidade – essa sim irrenunciável da sua impugnação – como, no caso dos autos, existe acordo válido e expresso das partes em renunciar*

a esse recurso; se agora o questionam é obviamente por que a solução encontrada e justificada pelo Tribunal Arbitral não vai de encontro aos seus desideratos e interesses.».

Está, pois, em causa no presente recurso saber se: 1) estando em causa a validade de um contrato administrativo celebrado em 2004, as partes podiam renunciar ao recurso; 2) em caso afirmativo, se acordaram validamente em renunciar ao recurso da decisão do Tribunal Arbitral nos termos da cláusula 100^o do Contrato de Concessão?

3.2.1

Os tribunais arbitrais são uma categoria de tribunais expressamente prevista na Constituição: *"Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz"* - art. 209^o, n^o 2 da CRP.

O art. 205^o, n^o 4, da CRP permite que a lei possa *"institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos"*, desde que, como sublinham Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República

Portuguesa anotada, 3^a Edição, Coimbra, 1993, pág. 793, *"não estejam, em causa bens indisponíveis, ou direitos liberdades e garantias"*.

É certo que nos termos do art. 212^o, n^o 3 da CRP compete aos Tribunais Administrativos e Fiscais *"o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais"*, mas tem sido entendido que esta reserva não é absoluta, em conformidade, aliás, com os preceitos indicados (no que ao caso interessa).

A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) - Lei 31/86, de 29 de Agosto veio permitir em termos genéricos a "convenção de arbitragem" de "qualquer litígio" que "não respeite a direitos indisponíveis" - art. 1^o, n^o 1. O mesmo preceito no seu n^o 4 permite, que o Estado e outras pessoas colectivas de direito público possam celebrar convenções de arbitragem *desde que a lei especial o autorize*.

Este entendimento foi acolhido no Código de Procedimento Administrativo (CPA), no art. 188^o, segundo o qual: *"É válida a cláusula compromissória pela qual se disponha que devem ser decididas por árbitros as questões que venham a suscitar-se entre as partes num contrato administrativo."* (desde que não respeitasse a relações subtraídas ao domínio da vontade das partes).

E, igualmente o CPTA previa no art. 180^o, n^o 1, alínea a) que pode ser constituído tribunal arbitral para julgamento de "questões respeitantes a contratos".

Correspondendo este preceito e os seguintes do Título IX do

CPTA a uma “lei especial”, para o efeito do disposto no art. 1º, nº 4 da LAV, “*que permite o recurso à arbitragem em determinadas matérias correspondentes ao âmbito da jurisdição administrativa.*” – cfr. Aroso de Almeida e Carlos Cadilhe, CPTA anotado, Almedina, 2007, pág. 1006.

Alega o Recorrente que o acórdão recorrido não estabeleceu claramente qual a lei de arbitragem aplicável ao caso se a Lei nº 31/86, se a Lei nº 63/2011, de 14/12.

Não se nos afigura que assim seja, já que o acórdão recorrido refere expressamente que a lei em vigor à data dos factos era a Lei nº 31/86 (cfr. fls. 9 do acórdão).

De todo o modo é este o diploma aplicável ao presente caso, atendendo a que o “Contrato de Concessão da Exploração e Gestão de Sistema de Abastecimento de Água para Consumo Público e de Recolha, Tratamento e Rejeição de Efluentes do concelho de Marco de Canaveses” (doravante Contrato de Concessão), no qual foi consignada a cláusula aqui em discussão (cláusula 100º) foi celebrado em 30.12.2004.

Com efeito, a decisão do Tribunal Arbitral de não admissão do recurso tem claramente natureza processual, o que determinaria que, salvo excepções legalmente previstas, tendo ocorrido entretanto alteração das normas processuais, a lei processual aplicável seja a que vigora no momento da sua aplicação, sendo assim aplicável a nova LAV, aprovada pela Lei nº 61/2011, de 14/12, que revogou a Lei nº 31/86 e os artigos 181º, nº 2 e 186º do CPTA (cfr. art. 5º, nºs 1 e 2 da Lei nº 61/2011).

No entanto, esta Lei não se aplica porque o respectivo art. 4º, nº 3 estabelece o seguinte:

“As partes que tenham celebrado convenções de arbitragem antes da entrada em vigor do novo regime mantêm o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral, nos termos do artigo 29.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, caso o processo arbitral houvesse decorrido ao abrigo deste diploma”.

É, pois, de concluir que o regime de recursos aqui aplicável é o que se encontra previsto na Lei nº 31/86, sendo esta a lei aplicável (cfr. também o nº 1 do art. 4º da Lei nº 63/2011).

Em matéria de recursos estabelecia o art. 29º da Lei nº 31/86 o seguinte:

“1 – Se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca.

2 – A autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolve a renúncia aos recursos.”

Por sua vez, o art. 186º, nº 2 do CPTA estabelecia que:

“As decisões proferidas por tribunal arbitral também podem ser objecto de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos moldes em que a lei sobre arbitragem voluntária prevê o recurso para o Tribunal da Relação, quando o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade.”

Ora, se é verdade que a LAV/86 previa a possibilidade de renúncia antecipada aos recursos, não admitia que estivesse sujeita a convenção de arbitragem direitos indisponíveis, como são as matérias da “vinculação legal” ou “validade” dos contratos ou actos administrativos, de acordo com o n.º 1 do art. 1.º.

São as disposições do CPTA – art. 180.º e seguintes que permitem o recurso à arbitragem nessas matérias do âmbito da jurisdição administrativa (cfr. Aroso de Almeida e Carlos Cadilhe, obra citada, págs. 1006 a 1009).

Mas o CPTA, no art. 186.º, n.º 2 não contém para essas matérias qualquer permissão expressa de renúncia ao recurso (apenas prevendo a renúncia quando o tribunal arbitral decida segundo a equidade), limitando-se a remeter a regulação processual da matéria dos recursos de decisões arbitrais para a LAV (cfr. neste sentido o Parecer do Professor Doutor Paulo Otero – fls. 1253 a 1273 - pág. 10).

Face a este quadro normativo a doutrina que escreveu sobre arbitragem administrativa - nomeadamente nos Pareceres juntos aos autos pelo Recorrente -, quanto à questão da possibilidade de renúncia pela Administração ao direito de recorrer de futuras decisões arbitrais sobre “validade” do contrato ou outras questões de “ordem pública”, nega tal hipótese.

Pedro Gonçalves em A Concessão de Serviços Públicos, Coimbra, 1999, pág. 370, considerava (antes da entrada em vigor do CPTA, é certo) que a matéria da «*“validade contratual transcende de certo modo as partes, é de “ordem pública”, não podendo valer um definitivo impedimento dos recursos: “Tendo em conta o art. 186.º do CPA (...) parece dever entender-se que a convenção de arbitragem pode “atribuir” ao tribunal arbitral competência para julgar da validade do contrato (ou de alguma das suas cláusulas). Porém, parece-nos já inaceitável que, nessa matéria, a convenção de arbitragem exclua o recurso da decisão arbitral (...) Ou seja, a questão da validade do contrato poderá ser objeto de uma decisão arbitral, sendo esse o resultado de se tratar de uma questão que, nos termos da lei, pode ser objeto de acordo entre as partes, mas, por se tratar também de uma questão de ordem pública parece-nos que (pelo menos) a “parte Administração” não pode renunciar ao direito de a ver resolvida por um tribunal do Estado.*»

No Parecer que agora foi junto aos autos (a fls. 1724 e seguintes) este Autor revê esta posição concluindo “(...) pela

ilegitimidade da tese que exclua a renúncia ao recurso de decisões arbitrais sobre a validade de contratos administrativos – nem a lei o autoriza, nem há, hoje, nenhuma razão plausível para defender uma tese como essa” (cfr. Parecer, mormente págs. 33 a 35).

Não é essa a posição defendida por Luís Cabral de Moncada, “*Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no direito administrativo*”, in O DIREITO, Ano 142º (2010), III pág. 191, já no domínio do CPTA, ao sublinhar que:

«De acordo como n.º 1 do artigo 181.º do CPTA, o tribunal arbitral funciona nos termos da lei sobre a arbitragem voluntária.

No entanto, deve entender-se que as normas especiais sobre a disciplina da arbitragem no âmbito administrativo prevalecem sempre sobre as normas da LAV. Com efeito a lei especial prevalece sempre sobre a geral. (...)

Da sentença arbitral há recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 186.º do CPTA. O tribunal ad quem é o Tribunal Central Administrativo (TCA). Só não há recurso se as partes convencionaram que o tribunal arbitral decidisse segundo a equidade, pois os tribunais de recurso apenas conhecem do direito.»

E refere depois a pág. 494: *«Da sentença do tribunal arbitral há sempre recurso para o TCA, a não ser que as partes tenham convencionado que o mesmo tribunal julga segundo a equidade».*

Igualmente Paulo Otero, no Parecer indicado conclui que:

“1) Salvo em situações de decisão segundo a equidade, a Administração Pública não pode renunciar, antecipadamente, ao recurso de decisões arbitrais que conheçam da validade ou legalidade de condutas administrativas: não há lei que a habilite e, ainda que essa lei existisse, seria inconstitucional; 2) Há no Direito português um princípio geral de recorribilidade das decisões arbitrais que, em domínios de controvérsias administrativas de gestão pública (pelo menos), conhecem questões de legalidade/validade administrativa e constitucional; 3) Se a cláusula 100º, nº 6, do Contrato de Concessão celebrado entre o Município do Marco de Canaveses e as A....., S.A., em 30 de dezembro de 2004, for interpretada no sentido de também incluir uma renúncia (antecipada) ao recurso de decisão arbitral que conhece da validade ou da legalidade do contrato de concessão, estaremos diante de uma cláusula inválida: o princípio de interpretação conforme com a constitucionalidade e a legalidade determina que o âmbito de abrangência da Cláusula 100º, nº 6, do Contrato de Concessão nunca possa envolver, sob pena da invalidade da renúncia, decisões do tribunal arbitral que apreciem a validade ou legalidade do Contrato de Concessão.

(...)” (cfr. págs. 20 e 21 do Parecer).

Também o Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa no Parecer de fls. 1274 a 1280, considera que não existiu renúncia prévia expressa a recurso para o TCA. E que “*Tal renúncia sempre seria ilegal, por violação do disposto no artigo 186º, número 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ainda vigente à data da sua virtual ocorrência.*”.

Por todo o exposto, concluímos que estando em causa a legalidade/validade de um contrato administrativo celebrado em 2004, a parte pública não podia renunciar previamente ao recurso para o TCA, por o art. 186º, nº 2 do CPTA não conter para essas matérias uma permissão de renúncia ao recurso.

3.2.2

No entanto, e apesar desta resposta negativa, consideramos igualmente que o Município Recorrente não emitiu qualquer declaração expressa de renúncia antecipada ao recurso da decisão arbitral que conhecesse da validade do Contrato de Concessão aqui em causa, por efeito do disposto na Cláusula 100º, nº 6 daquele contrato.

Com efeito, aquela Cláusula na versão inicial do seu nº 1 apenas contemplava “matéria de interpretação integração ou execução do Contrato ou das normas por que se rege a Concessão”. Ou seja, não previa como matéria sujeita a arbitragem, a da legalidade e validade do contrato.

Matéria que apenas veio a ser aditada no Acordo Complementar de 08.07.2008 (cfr. pontos 6 e 7 dos FP). Ora, esse aditamento apenas estabeleceu que as partes aceitavam “*expressamente a validade da cláusula arbitral e a jurisdição do Tribunal, atribuindo-lhe sem qualquer reserva, competência para apreciar a legalidade e a aplicação do Contrato de Concessão*”.

Significa isto que houve uma manifestação expressa de vontade das partes em alargar o âmbito de matérias submetidas à apreciação pelo tribunal arbitral. Mas não existiu, segundo entendemos, idêntica manifestação de vontade expressa quanto à renúncia a recorrer relativamente à matéria aditada.

Para que existisse uma renúncia expressa do Recorrente (como da outra parte) ao recurso da decisão arbitral englobando as matérias de legalidade e validade do contrato era necessário que existisse uma cláusula expressa com esse conteúdo (cfr. art. 632º, nº 1 do novo CPC e art. 681º, nº 1 do anterior). E, em caso de dúvida deve entender-se que não houve renúncia ao recurso (se não nos termos constantes da cláusula original), prevalecendo o sentido menos gravoso para o declarante (cfr. art. 237º CC), ou seja, o que corresponde à

manutenção do direito de recorrer (cfr. Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, vol. 3º, tomo 1, 2ª ed., 2008, p. 31). Sendo que a renúncia ao recurso pode ser parcial desde que a decisão seja divisível (cfr. Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 8ª ed., Almedina, pág. 127). Assim, na falta de cláusula expressa que a contemple não houve renúncia ao recurso.

E não se vê que este entendimento que perfilhamos possa violar o disposto no art. 209º, nº 2 da CRP, já que, conforme é sabido pela experiência comum dos operadores judiciários, a regra nos termos processuais gerais, tal como estabelecidos no CPC e no CPTA, é a da existência de um duplo grau de jurisdição e não o contrário (cfr. art. 142º do CPTA e art. 629º do CPC), conforme decorre, aliás, do preceituado nos arts. 20º, 202º e 212º da CRP. Ou seja, o normal é que das decisões de 1ª instância (e neste caso, duma 1ª instância que é arbitral), caiba recurso para um tribunal superior, embora a lei permita renunciar aos recursos ordinários de decisões judiciais, nos termos sobreditos.

Nestes termos, procede o recurso, sendo de revogar o acórdão recorrido.

Pelo exposto, acordam em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido, baixando o processo ao Tribunal Arbitral para aí ser admitido o recurso, se a tal nada mais obstar.

Custas pela Recorrida.

Lisboa, 7 de Abril de 2016. – *Teresa Maria Sena Ferreira de Sousa* (relatora) – *José Francisco Fonseca da Paz* – *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* (vencido pelas razões constantes do meu voto de vencido).

VOTO DE VENCIDO

1 - Toda a actividade da Administração está sujeita ao princípio da legalidade. Se assim é e se fosse verdade o que se diz num dos pareceres junto aos autos - *“a Administração Pública não pode renunciar, antecipadamente, ao recurso de decisões arbitrais que conheçam da validade ou legalidade de condutas administrativas”* - tese que o Acórdão que fez vencimento parece adoptar, isso significaria que a Administração nunca poderia submeter nenhum dos seus contratos à arbitragem uma vez que o Tribunal Arbitral (TA) teria, necessariamente, de apreciar se as condutas daquela foram ou não legais. Ora, é pacífico que a Administração pode submeter à arbitragem a resolução dos diferendos resultantes de contratos que celebrou

- salvo se estiverem em causa direitos indisponíveis - pelo que nada impedia que, *in casu*, as partes tivessem acordado em submeter os seus diferendos ao TA.

2 - Resulta do ponto 4 da MF que a questão levada ao TA foi a da alteração de algumas cláusulas do contrato por forma a se poder efectivar a «*reposição do equilíbrio financeiro*», a superar as alegadas quebras de receita e a se compensar os lucros cessantes, o que evidencia que a questão submetida àquele Tribunal respeita às «*normas porque se rege a Concessão*» e, portanto, respeita a matéria que as partes quiseram que o mesmo resolvesse (ponto 1 da Cláusula 100 do Contrato).

3 - É certo que o Município do Marco, naquilo que o ponto 5 da MF chama contestação/reconvenção, veio suscitar outras questões para além das que haviam sido suscitadas, *maxime* a invalidade total do contrato e a nulidade de muitas das suas cláusulas. Só que não me parece que neste tipo de processos possa haver reconvenção (a Lei 31/86 não prevê essa possibilidade) e, porque assim, as únicas questões de que o TA podia conhecer eram as suscitadas pelas A.....

4 - Por outro lado, a cláusula 100 do Contrato é clara, dela resultando que as partes quiseram que os seus conflitos fossem resolvidos pelo TA e que renunciavam expressamente ao recurso para os Tribunais Estaduais. Sendo assim, só razões sérias e ponderosas poderiam afastar a prevalência dessa vontade, designadamente a impossibilidade de se pôr em causa nesses Tribunais a validade do citado Contrato. Ora, essa impossibilidade não resulta directamente da lei mas de construção doutrinal e não estou certo que essa construção mereça acolhimento. De resto, a afirmação de que a validade contratual é de ordem pública é um jargão que nada resolve uma vez que, estando a Administração submetida ao princípio da legalidade, toda a sua actuação é de ordem pública e dirigida à satisfação do interesse público.

5 - Todavia, a verdade é que a questão colocada ao TA não foi a validade de um contrato mas apenas a possibilidade de algumas das suas cláusulas serem alteradas. Ora, julgo que nada impede que essa questão possa ser conhecida pelo TA.

6 - Finalmente, no aditamento ao contrato as partes aceitaram que o TA também tivesse competência para se pronunciar sobre a validade do contrato e o facto de, nessa ocasião, nada ter sido dito no tocante à renúncia ao recurso para os Tribunais Estaduais só pode querer significar que, nessa parte, se manteve o que já havia sido acordado. Nesta conformidade, interpretar essa omissão como querendo significar que as partes não renunciaram ao recurso parece-me excessivo e, salvo o devido respeito, sem fundamento.

Daí que negasse provimento ao recurso.

Lisboa, 7 de Abril de 2016.

Alberto Acácio de Sá Costa Reis.

Segue acórdão de 19 de Maio de 2016:

Acordam na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo

O Município de Marco de Canaveses, Recorrente nos autos, notificado do acórdão deste Supremo Tribunal Administrativo, datado de 7 de Abril de 2016, que concedeu provimento ao recurso de revista interposto do acórdão do TCAN datado de 31.01.2014, que decidiu não admitir o recurso interposto da decisão arbitral, mantendo, assim, a decisão do Presidente do Tribunal Arbitral, vem pedir a rectificação do acórdão de 07.04.2016.

Requer que se rectifique o acórdão, já que onde se escreve “baixando o processo ao *Tribunal Arbitral*”, se pretenderia dizer e deverá ler “baixando o processo ao Tribunal Central...” Alega, para tanto, que é ao Tribunal Central que passou (após a reclamação do art. 641º, nº 6 do CPC) a ficar cometido (devolvido) todo o poder jurisdicional primário quanto à admissibilidade ou não do recurso interposto da decisão arbitral quanto à admissibilidade ou não do recurso interposto da decisão arbitral, e seja pelas outras razões que forem, já invocadas ou officiosas.

Notificada a parte contrária nos termos do art. 255º do CPC, nada disse ou requereu.

Cumpre decidir.

Na parte decisória do acórdão, proferido nestes autos em 07.04.2016, escreveu-se o seguinte: “(...) acordam em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido, baixando o processo ao Tribunal *Arbitral* para aí ser admitido o recurso, se a tal nada mais obstar”.

Este acórdão proferido em sede de revista tem por objecto um acórdão do TCAN proferido em reclamação contra a decisão que não admitiu o recurso, e que a confirmou (cfr. arts. 641º, nº 6 e 643º do CPC).

Na presente revista julgou-se ser de admitir o recurso, quanto aos fundamentos submetidos à apreciação deste Supremo Tribunal.

No entanto, é ao Tribunal Central que estão cometidos os poderes de admissão ou não do recurso arbitral (obviamente

respeitando o caso julgado formado do acórdão da presente revista), sendo ali que o processo deverá prosseguir, atento o disposto no art. 643º, nºs 4 e 6 do CPC.

Há, assim, uma inexactidão, devida a manifesto lapso, no acórdão recorrido que agora se corrige, ao abrigo do disposto no art. 614º, nº 1 do CPC.

Pelo exposto, **acordam em rectificar** o segmento do acórdão acima transcrito, passando este a ter a seguinte redacção:

“(...) acordam em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido, baixando o processo ao Tribunal Central Administrativo Norte para aí ser admitido o recurso, se a tal nada mais obstar”.

Sem custas.

Lisboa, 19 de Maio de 2016. – *Teresa Maria Sena Ferreira de Sousa* (relatora) – *José Francisco Fonseca da Paz* – *Alberto Acácio de Sá Costa Reis*.