

dep  
M  
N

**ACORDÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL**

**A. Identificação das partes**

Autora: [REDACTED] S.A.,  
Pessoa Colectiva nº [REDACTED], sociedade anónima, com o  
capital social de 120.000.000\$00 (cento e vinte milhões de  
escudos) registada na Conservatória do Registo Comercial de  
Peniche, sob o nº [REDACTED], com sede no [REDACTED]  
PENICHE

//  
Ré: [REDACTED], Pessoa Colectiva nº  
[REDACTED], com sede no [REDACTED] PENICHE.

**B. Compromisso arbitral**

Em 30 de Setembro de 1997, A. e R. celebraram Acordo de Arbitragem, nos termos do qual, ao abrigo do estipulado na cláusula 28a do Contrato de Concessão, mais adiante identificado, acordaram constituir uma arbitragem particular com vista a obter uma interpretação definitiva relativa ao regime de exclusivo mencionada na cláusula 2a do referido contrato e, bem assim, a determinar as consequências jurídicas de tal interpretação.

del  
- 2 -  
[Handwritten signature]

Em 12 de Dezembro de 1997, A. e R. subscreveram Convenção de Arbitragem, em cumprimento da cláusula 7a do referido Acordo de Arbitragem.

Nos termos desta Convenção, o Tribunal Arbitral deveria ser composto por três Árbitros, nomeando cada uma das partes um deles e procedendo estes à designação do Árbitro - Presidente, ficando o Tribunal Arbitral constituído com a designação deste último.

A A. nomeou como Árbitro o Dr. Armando dos Anjos Henriques e a R. o Dr. Virgílio Vasconcelos Ribeiro, tendo ambos acordado na designação do Senhor Dr. Armando Gonçalves, como Árbitro - Presidente.

Como lugar da Arbitragem foi escolhida a sede do Centro de Arbitragem da Ordem dos Advogados (Largo D. João da Câmara - Lisboa).

### C. Objecto do litígio

Nos termos da cláusula 2a da Convenção de Arbitragem e da cláusula 7a do Acordo de Arbitragem conjugada com as cláusulas 2a e 6a do mesmo Acordo, A. e R. fixaram o seguinte objecto de Arbitragem:

*"Obter interpretação definitiva relativa ao regime de "exclusivo" previsto na Cláusula Segunda do Contrato de*

del

- 3 -

*Concessão da Construção e Exploração da Fábrica e Silo de Gelo Dividido no [REDACTED], celebrado por A. e R. no dia 7 de Abril de 1992 e, bem assim, determinar as consequências jurídicas de tal interpretação face ao referido Contrato de Concessão".*

D. Posição assumida por cada uma das partes em relação ao objecto do litígio

A A. alegou os seguintes factos:

- 1 - A R., é a autoridade portuária nacional que exerce jurisdição na área do [REDACTED].
- 2 - Por sua vez, a A., constituiu recentemente no porto [REDACTED], uma unidade industrial de produção de "gelo dividido", a qual vem explorando desde o início de 1995.
- 3 - A construção desta fábrica representou um investimento superior a 220 milhões de escudos, suportado por capitais próprios, participação de Fundos Comunitários do "FEOGA" e apoio do Estado Português.
- 4 - A construção da referida fábrica teve por finalidade essencial o fornecimento de gelo à frota de pesca e a satisfação de outras necessidades do Porto de [REDACTED], bem como, a prestação de serviços a terceiros.

dep AM  
- 4 -

5 - A exploração da fábrica construída pela A. é feita segundo o regime de serviço público, no âmbito de uma concessão, pelo prazo de 30 anos, em conformidade com as cláusulas do "Contrato de Concessão" outorgado em 7 de Abril de 1992, entre R. e A.

6 - Esta concessão foi outorgada em concordância com as bases anexas ao Decreto - Lei nº 109/90, de 3 de Abril.

7 - Circunstância essa que determinou, além do mais, ter sido atribuído à A. enquanto concessionária, o direito ao exclusivo "da fabricação, comercialização e fornecimento de gelo" na zona portuária de ██████████

8 - Apesar do elevado investimento realizado e do reduzido preço de venda do "gelo dividido" (o bem produzido e comercializado pela A.), nunca se suscitaram dúvidas quanto à viabilidade económica do empreendimento, a partir dos estudos prévios efectuados.

9 - Estes estudos assentaram nos dois seguintes pressupostos principais: montante da produção, a partir de projecções feitas com base nos consumos anteriores conhecidos, e privilégio da exclusividade, atribuído por lei à concessionária.

10 - Todavia, decorrido algum tempo sobre o início da exploração da fábrica de "gelo dividido" sita no porto de pesca de ██████████ a A. concluiu que a realidade concreta era muito diferente da

prevista e, portanto, não se verificava o projectado equilíbrio económico da exploração.

11 - Segundo entende a A., esta situação resulta do comportamento permissivo e omissivo que vem sendo assumido pela R., entidade que deixou de assegurar compromissos legais e contratuais assumidos no "Contrato de Concessão", em especial, no que toca à não tomada de providências que evitem, nomeadamente : a livre produção dentro da área do porto, a livre venda de gelo em bloco, a livre entrada de gelo produzido no exterior e, ainda, a venda de gelo dentro da área do porto.

12 - No contexto em que vem exercendo a sua actividade, estima a A. estar a comercializar, apenas, metade do gelo utilizado dentro do porto de ~~XXXXXX~~, realidade que, legitimamente, não era possível prever no momento em que se candidatou ao concurso público promovido pela R. (ano de 1991), tão pouco, quando outorgou o "Contrato de Concessão" (ano de 1992).

13 - Em consequência da realidade concreta em que labora, entende a A. que, a não ser urgentemente alterada a situação condicionante da concessão, poderá estar a ser determinada a inviabilização da sua fábrica de gelo dividido ~~XXXXXX~~.

14 - De qualquer modo, é evidente a inexistência do projectado equilíbrio económico da exploração, alicerce fundamental do

regime legal geral aplicável (Decreto-Lei nº 208/87, de 18 de Maio, com a redacção actual) e, em particular, do "Contrato de Concessão" que vincula as partes, R. e A..

15 - Durante o primeiro semestre do ano de 1991, foi aberto um concurso público promovido pela R., conforme consta do aviso nº [REDACTED], publicado no Diário da República, III Série, nº [REDACTED] de [REDACTED] de Abril de 1991.

16 - Este concurso público visava a celebração de "Contrato de Concessão", pelo prazo de 30 anos, para construção e exploração, em regime de serviço público, de uma fábrica e silo de gelo dividido, no porto de [REDACTED] (número 3 a) e b) do aviso).

17 - Nos termos do concurso, a concessão seria outorgada em conformidade com as bases anexas ao Decreto-Lei nº 208/87, de 18 de Maio, atenta a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 109/90, de 3 de Abril (número 3 c) do aviso), considerando uma produção de gelo dividido estimada em 60 ton/dia (número 3 d) do aviso).

18 - Como contrapartida pela concessão da exploração, a A. seria obrigada a pagar à R. (número 8 do aviso) uma anuidade correspondente à soma de duas importâncias:

- Uma, fixa e anual, a propor pelos concorrentes;
- Outra, variável e anual, resultante da aplicação de

*[Handwritten signature]*  
- 7 - *[Handwritten initials]*

uma percentagem a propor pelos concorrentes e a receita bruta da exploração dos serviços concedidos, que não poderia ser inferior a 5%.

19 - O concurso tem por objecto a construção e exploração, em regime de concessão da fábrica e silo de gelo dividido no porto de ~~██████████~~, de acordo com as condições expressas no "Caderno de Encargos" e nos Decretos-Lei nº 208/87 de 18 de Maio e 109/90, de 3 de Abril.

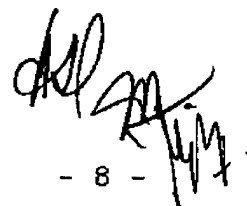
20 - Pretendendo o referido concurso assegurar o equilíbrio económico da exploração das instalações (artigo 7 número 6 do Programa de Concurso).

21 - E atribuir à A. o regime jurídico do exclusivo (Base II do Caderno de Encargos).

22 - Determinando que o regime de exploração da fábrica será o de serviço público (Base VII número I do Caderno de Encargos).

23 - E prevendo que a solução de diferendos seja resolvida por recurso à arbitragem (Base XXVIII do Caderno de Encargos).

24 - A A. concorreu e ganhou o concurso público supra aludido, tendo outorgado o "contrato de concessão da construção e exploração da fábrica e silo de gelo dividido, no porto de ~~██████████~~", em 7 de Abril de 1992.



- 8 -

25 - As matérias acima identificadas passaram, então, a ser reguladas pelas diversas cláusulas do "Contrato de Concessão", as quais seguem de perto os termos que constavam no "Programa de Concurso" e respectivo "Caderno de Encargos".

26 - Quanto ao âmbito da concessão, acordou-se ter "por objectivo a construção e exploração contínua e eficiente de uma fábrica e silo de gelo dividido na zona do porto de ~~XXXXXX~~ sendo a sua finalidade essencial o fornecimento de gelo e a prestação de serviços a terceiros, em regime de serviço público" (cláusula primeira do contrato de concessão).

27 - Âmbito este que, entretanto, ficou mais exactamente definido, em virtude de se ter acordado que todos os bens afectos à concessão "só poderão ser utilizados para fabrico, armazenamento e fornecimento de gelo dividido, destinado às embarcações e indústrias e comércio de pesca, não se admitindo o recurso a gelo em blocos" (parágrafo único da cláusula primeira).

28 - Quanto ao equilíbrio económico da exploração, para além do privilégio atribuído à concessionária, ficou acordado no contrato de concessão, o princípio de que "as taxas e sobretaxas deverão ser fixadas em termos de assegurar o equilíbrio económico da exploração, podendo ser revistas a pedido da concessionária, devidamente justificado" (cláusula oitava parágrafo segundo).



29 - Quanto ao privilégio da atribuição à concessionária do regime do exclusivo, verifica-se que a cláusula segunda reproduz, exactamente, o teor da Base II do "Caderno de Encargos".

30 - Quanto ao regime de exploração da fábrica ser o de serviço público, observa-se que a cláusula sétima trata a questão de forma semelhante à Base VII do "Caderno de Encargos", reiterando a regra da "obrigatoriedade de prestação generalizada dos serviços a todos os potenciais utilizadores e no correspondente controle por parte das entidades oficiais".

31 - Concluída a construção das instalações fabris, a A. iniciou a sua exploração no dia 1 de janeiro de 1995.

32 - Porém, logo verificou a ocorrência de diversas práticas que contrariavam os pressupostos em que assentara a sua disponibilidade para se associar a entidades públicas, com vista ao fabrico de gelo dividido, dentro da zona portuária de ~~XXXXXX~~.

33 - De assinalar, entre outras, a "utilização de gelo em bloco, triturado para refrigerar pescado" e, bem assim, "o fornecimento de gelo no interior do porto, por parte de outros agentes económicos".

34 - Estas ocorrências foram prontamente comunicadas ao Presidente da Comissão Instaladora da R. por meio de ofícios

no CA/064 de 8 de Fevereiro de 1995, CA/134 de Abril de 1995, CA/160 de 28 de Abril de 1995, CA/214 de 13 de Junho de 1995 e CA/232 de 27 de Junho de 1995.

35 - E, bem assim, ao Ministro do Mar, através do ofício no CA/069 e CA/232 de 27 de Junho de 1995.

36 - Não obstante esta pronta denúncia de irregularidades, não foram tomadas quaisquer medidas no sentido de alterar as práticas irregulares observadas e directamente suportadas pela A..

37 - Pelo contrário, a situação tem vindo a tornar-se gradualmente mais preocupante para os interesses económicos da A. em consequência de diversas posições, expressa e publicamente assumidas pela R., nomeadamente, as seguintes:

38 - Determinação escrita pela R., por meio do ofício-circular no 14 de 9 de Janeiro de 1995, onde determina que o regime do exclusivo não prejudica o fabrico de gelo nas instalações dos comerciantes de pescado nos portos, desde que seja autorizado para consumo próprio, e se apresente com qualidade higio-sanitária, sendo sujeito ao pagamento de uma taxa de 1\$50/Kg às Juntas Autónomas.

39 - Determinação escrita pela R., por meio do mesmo ofício, de que os armadores, industriais e comerciantes de pescado que o pretendam poderão introduzir no Porto de Pesca de ~~XXXXXX~~ gelo

para consumo próprio ficando sujeitos, nos termos do Regulamento de Tarifas, ao pagamento de uma taxa de 3\$00/Kg, homologada por Sua Excelência o secretário de Estado Adjunto das Pescas, em 20 de Março de 1980, devendo esse gelo ser acompanhado de guia, com a indicação da proveniência e destino, cuja cópia será entregue na portaria.

40 - Confirmação escrita pela R., por meio do ofício nº 221, de 15 de Fevereiro de 1985, reiterando o entendimento de que os armadores, comerciantes ou industriais poderão introduzir gelo para seu próprio consumo no interior do porto, ainda que as viaturas utilizadas não sejam do próprio, mas desde que se façam acompanhar de uma guia de transporte em seu nome, desde que a R., cobre sempre a taxa de 3\$00/Kg, homologada por Sua Excelência o Secretário Adjunto do Ministro do Mar, em 20 de Março de 1982, a debitar ao transportador.

41 - A R. tem permitido a livre entrada no porto, de gelo produzido no exterior.

42 - com a justificação ilegal de que "os armadores, comerciantes ou industriais poderão introduzir gelo para o seu próprio consumo no interior do porto".

43 - igualmente, a R. tem permitido a venda de gelo dentro da área do porto, por pessoas jurídicas diversas da concessionária.

44 - Embora esporadicamente, a R. tem permitido a venda de gelo em bloco, não obstante ter já reconhecido expressamente que o gelo retirado da concessão terá de ser, necessariamente, "gelo dividido" e não "gelo em bloco".

44 - Finalmente, a R. ainda não fixou os limites de capacidade de produção de gelo produzido no interior do porto, nas instalações dos comerciantes de pescado, ou seja, o gelo legalmente produzido fora da concessão.

46 - Permitindo, portanto, a livre produção de gelo dentro da área do porto.

A A. conclui, pedindo que a R. seja condenada a:

- a) Reconhecer a nulidade dos textos constantes dos parágrafos segundo e terceiro da cláusula segunda do "Contrato de Concessão" outorgado em 7 de Abril de 1992, por violação da norma imperativa vertida no artigo 2º do Decreto-Lei nº 208/87, de 18 de Maio, atenta a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 109/90, de 3 de Abril.
- b) Expurgar os textos constantes dos parágrafos segundo e terceiro da cláusula segunda do "Contrato de Concessão" outorgado em 7 de Abril de 1992.
- c) Utilizar os meios de polícia necessários para fazer cessar qualquer ilegalidade relativa ao "Contrato de Concessão"

*[Handwritten signature]*  
- 13 - *[Handwritten mark]*

outorgado em 7 de Abril de 1992, em particular, impedindo a entrada na zona portuária de ████████ de todo e qualquer gelo fabricado no exterior desta zona.

- d) Identificar os comerciantes de pescado autorizados a fabricar gelo dentro da zona portuária de ████████, para consumo próprio, fixando-lhes os limites de capacidade de produção.
- e) Pagar à A. uma indemnização a liquidar em execução de sentença, relativa a todos os prejuízos por ela sofridos em consequência da actuação ilegal da R..
- f) Pagar as custas da presente arbitragem.

A R., por sua vez, veio contra-alegar os seguintes factos:

- 1 - Nos termos do parágrafo primeiro da cláusula segunda do contrato de concessão celebrado a 7 de Abril de 1992 entre a R. e a A. " o regime de exclusivo não prejudica o fabrico de gelo, nas instalações dos comerciantes de pescado dentro da zona do porto, para consumo próprio, mediante o pagamento de uma taxa e sujeito a limites de capacidade de produção, a fixar pela autoridade portuária respectiva".
- 2 - Decorrente desta imposição normativa, os comerciantes de pescado têm um limite, fixado pela R., de produção de gelo nas suas instalações.
- 3 - Tal limite foi definido atendendo não só à concessão atribuída à A., como à capacidade de produção do comerciante e

suas necessidades.

- 4 - É sobre esse limite de produção de gelo que é paga a taxa prevista no parágrafo primeiro da cláusula segunda.
- 5 - A R. não permite a venda de gelo em bloco, mas apenas de "gelo dividido".
- 6 - E a venda de gelo "dividido" é feita em regime de exclusividade pela A..
- 7 - Não permitindo a R. a sua venda, dentro da área do porto, por quaisquer outras pessoas colectivas ou singulares que não a A..
- 8 - A fiscalização e controle permanente das áreas portuárias, efectuada por quatro agentes de exploração e cinco outros elementos que prestam serviço de vigilância e segurança, quer naquelas áreas quer na portuária, garantem o cumprimento das obrigações da R. pela correcta execução do contrato de concessão.
- 9 - A R. emprega os meios necessários e adequados a uma apertada vigilância que dissuada quem pretenda prevaricar no domínio da exclusividade da A..
- 10 - A vigilância e controle efectuados é, igualmente, garantia para a R. de que, a surgir qualquer irregularidade, possa eficazmente fazê-la cessar;
- 11 - Só a A. é que vende gelo na zona do porto de .
- 12 - Existe, verdadeiramente, um controle efectivo e real, não só da quantidade que cada comerciante introduz no porto para seu consumo como, também, da qualidade do gelo introduzido.

- 13 - Ao comerciante de pescado só é permitido introduzir gelo na área do porto, desde que, à entrada, exhiba a respectiva guia de transporte em seu nome, manifesto suficiente da propriedade, mesmo que não seja ele o transportador.
- 14 - É que é sempre gelo do comerciante de pescado que é introduzido no porto.
- 15 - É ao comerciante de pescado que é aplicada a taxa devida, com referência à quantidade de gelo introduzida no porto.
- 16 - É tal quantidade, por si só, é manifestamente reveladora do fim a que se destina o gelo: consumo próprio.
- 17 - Os contornos da exclusividade da concessão achavam-se definidos com a abertura do concurso, seu programa e caderno de encargos.
- 18 - A ser nula a cláusula segunda do contrato de concessão, ela não é causa directa e necessária da alegada falta de equilíbrio económico da exploração.
- 19 - O contrato de concessão celebrado entre a R. e a A. teve, a precedê-lo, concurso público, onde o caderno de encargos evidenciou o objecto e os fins da concessão.
- 20 - Já no caderno de encargos se encontrava prevista a cláusula ora invocada pela R. como ilegal.
- 21 - Os pressupostos contratuais estavam, pois, abertamente definidos a todos os potenciais concorrentes à concessão,
- 22 - Sem que tivesse sido questionada, concretamente, a

ilegalidade da cláusula segunda - EXCLUSIVO.

23 - A própria A., previamente à celebração do contrato de concessão, solicitou à R. esclarecimentos sobre certas disposições do contrato de concessão, não colocando em questão a agora invocada nulidade da cláusula em apreço,

24 - Tendo formulado a sua proposta em conformidade com o caderno de encargos.

25 - A estabilidade do objecto e fins contratuais foi constante desde o início da execução da concessão até à presente data.

26 - Não existe causa directa entre o alegado desequilíbrio financeiro da A. e o conteúdo do contrato celebrado entre esta e a R..

27 - A fiscalização exercida pela R. tem vindo a ser efectuada no estrito cumprimento das regras contratuais, a fim de não permitir qualquer violação das mesmas que, concretamente, possam lesar a A..

28 - E é assim que a R. detém ao seu serviço quatro agentes fiscalizadores que, com o estatuto de carreira de adjunto de exploração e agente de exploração fiscalizam, vigiam e controlam a utilização de áreas portuárias, manifestos de cargas e outra documentação portuária e verificam, eficazmente, o cumprimento do estabelecido contratualmente entre a R. e a A..

29 - Além daqueles agentes, tem a R. cinco elementos a prestar serviço de vigilância e segurança na zona portuária.



Conclui a R. pela improcedência da acção, pedindo a sua absolvição de todos os pedidos e a condenação da A. no pagamento das custas.

Realizou-se audiência de julgamento, durante a qual foi produzida a prova testemunhal requerida pelas partes.

Ofereceram ambas as partes alegações escritas sobre a matéria de facto e de direito.

Reunidos os Árbitros. Consideraram provados os seguintes factos:

1. R. é a autoridade portuária nacional que exerce jurisdição na área do porto de [REDACTED].
2. A. construiu recentemente no porto de pesca de [REDACTED], uma unidade industrial de produção de "gelo dividido", a qual vem explorando desde o início de 1995.
3. A construção desta fábrica representou um investimento superior a 220 milhões de escudos, suportado por capitais próprios, participação de Fundos Comunitários do "FEOGA" e apoio do Estado Português.
4. A construção da referida fábrica teve por finalidade essencial o fornecimento de gelo à frota de pesca e a satisfação de outras necessidades do porto de [REDACTED], bem como a prestação de serviços a terceiros.

5. A exploração da fábrica construída pela A. é feita segundo o regime de serviço público, no âmbito de uma concessão, pelo prazo de 30 anos, em conformidade com as cláusulas do "contrato de concessão" outorgado em 7 de Abril de 1992, entre R. e A..
6. Esta concessão teria de ser outorgada em concordância com as bases anexas ao Decreto-Lei nº 208/87, de 18 de Maio, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 109/90, de 3 de Abril.
7. Foi atribuído à A., enquanto concessionária, o direito ao exclusivo " da fabricação, comercialização e fornecimento de gelo" na zona portuária de ██████████.
8. A convicção da A. acerca da viabilidade económica do empreendimento fundou-se em estudos prévios.
9. Estes estudos assentaram em dois pressupostos principais: "montante de produção", a partir de projecções feitas com base nos consumos anteriores conhecidos e, "privilégio da exclusividade", atribuído por lei à concessionária.
10. O projectado equilíbrio económico da exploração não se verificou.
11. Durante o primeiro semestre do ano de 1991, foi aberto um concurso público promovido pela R., conforme consta do aviso nº ●, publicado no "Diário da República", III Série, nº ●, de ● de Abril de 1991.
12. este concurso público visava a celebração de um "Contrato de

Concessão", pelo prazo de 30 anos, para construção e exploração, em regime de serviço público, de uma fábrica e silo de gelo dividido, no porto de [REDACTED] (número 3 a) e b) do aviso).

13. Nos termos do concurso, a concessão seria outorgada em conformidade com as bases anexas ao Decreto-Lei nº 208/87, de 18 de Maio, atenta a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 109/90, de 3 de Abril (número 3 c) do aviso).

14. Considerando uma produção de gelo dividido estimada em 60 ton/dia (número 3 d) do aviso).

15. Como contrapartida pela concessão da exploração, a concessionária seria obrigada a pagar à R. (número 8 do aviso) uma anuidade correspondente à soma de duas importâncias:

- Uma, fixa e anual, a propor pelos concorrentes;
- Outra, varável e anual, resultante da aplicação de uma percentagem a propor pelos concorrentes e a receita bruta da exploração dos serviços concedidos, que não poderia ser inferior a 5%.

16. O concurso tem por "objecto" a construção e exploração, em regime de concessão, da fábrica e silo de gelo dividido no porto de [REDACTED], de acordo com as condições expressas no "Caderno de Encargos" e nos Decretos-Lei nº 208/87 de 18 de Maio e 109/90, de 3 de Abril (artigo 1º, número 1 do Programa do Concurso).

17. Pretende o referido concurso assegurar o "equilíbrio económico da exploração" das instalações (artigo 7º, número 6 do programa de Concurso).

18. E atribuir à A. o regime jurídico do "exclusivo" (Base II do Caderno de Encargos).
19. Determinando que o regime de exploração da fábrica será o de "serviço público" (Base VII número I do Caderno de Encargos).
20. E prevendo que a solução de diferendos seja resolvida por recurso à "arbitragem" (Base XXVIII do Caderno de Encargos).
21. A A. concorreu e ganhou o concurso público supra aludido, tendo outorgado o "contrato de concessão da construção e exploração da fábrica e silo de gelo dividido, no porto de ██████████", em 7 de Abril de 1992.
22. Quanto ao "âmbito da concessão", acordou-se ter "por objectivo a construção e exploração contínua e eficiente de uma fábrica e silo de gelo dividido... na zona do porto de ██████████ sendo a sua finalidade essencial o fornecimento de gelo e a prestação de serviços a terceiros, em regime de serviço público" (cláusula primeira do Contrato de Concessão).
23. Âmbito este que, entretanto, ficou aqui mais exactamente definido, em virtude de se ter acordado que todos os bens afectos à concessão "só poderão ser utilizados para fabrico, armazenamento e fornecimento de "gelo dividido", destinado às embarcações e indústrias e comércio de pesca, "não se admitindo o recurso a gelo em blocos" (parágrafo único da cláusula primeira).
24. Quanto ao "equilíbrio económico da exploração", para além do privilégio atribuído à concessionária, ficou acordado no contrato

de concessão, o princípio de que "as taxas e sobretaxas deverão ser fixadas em termos de assegurar o equilíbrio económico da exploração, podendo ser revistas a pedido da concessionária, devidamente justificado" (cláusula oitava parágrafo segundo).

25. Quanto ao privilégio da atribuição à concessionária do "regime do exclusivo", verifica-se que a cláusula segunda reproduz, exactamente, o teor da base II do "Caderno de Encargos".

26. Quanto ao regime de exploração da fábrica ser o de "serviço público", observa-se que a cláusula sétima trata a questão de forma semelhante à Base VII do "Caderno de Encargos", reiterando a regra da "obrigatoriedade de prestação generalizada dos serviços a todos os potenciais utilizadores e no correspondente controle por parte das entidades oficiais".

27. Concluída a construção das instalações fabris, a A. iniciou a sua exploração no dia 1 de Janeiro de 1995.

28. Após a entrada em funcionamento da fábrica da A. continuaram a verificar-se situações de utilização de gelo em bloco, triturado para refrigerar pescado e, bem assim, o fornecimento de gelo no interior do porto, por parte de outros agentes económicos.

29. Estas ocorrências foram comunicadas ao Presidente da Comissão Instaladora da R. e ao Ministro do Mar.

30. Não foram tomadas quaisquer medidas eficazes no sentido de alterar essas práticas irregulares, como a

31. Entrada de gelo no porto produzido no exterior, umas vezes sem qualquer controlo, outras com fiscalização pouco rigorosa da quantidade e sempre sem fiscalização da qualidade; nunca é exigido pela R. o certificado de qualidade; a taxa respectiva nem sempre é debitada e quando o foi, foi debitada ao transportador até Janeiro de 1998, mês a partir do qual passou a ser debitada ao destinatário do gelo.
32. É vendido, dentro da área do porto, gelo por pessoas jurídicas diversas da concessionária.
33. É fabricado, vendido e utilizado gelo em bloco, no interior do porto.
34. A R. aplica taxas sobre valores de produção de gelo em bloco "que lhe são fornecidos pelos comerciantes de pescado e, não exerce fiscalização sobre a quantidade produzida.
35. Nos termos do parágrafo primeiro da cláusula segunda do contrato de concessão celebrado a 7 de Abril de 1992 entre a R. e a A. " o regime de exclusivo não prejudica o fabrico de gelo, nas instalações dos comerciantes de pescado dentro da zona do porto, para consumo próprio, mediante o pagamento de uma taxa e sujeito a limites de capacidade de produção, a fixar pela autoridade respectiva".
36. A R. dispõe de quatro agentes fiscalizadores e de cinco outros elementos dedicados à segurança e vigilância da área do porto.
37. Algumas vezes, é exigida a guia de transporte passada em

nome do destinatário do gelo, à entrada das viaturas no porto; outras vezes tal exigência não se verifica.

38. Não foi questionada, concretamente, a ilegalidade da cláusula segunda - EXCLUSIVO.

39. O teor dos documentos, a seguir identificados, que aqui se dão por integralmente reproduzidos:

- a) Documentos números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 16 juntos com a petição inicial;
- b) Os documentos números 1, 2, 3, 4 e juntos com a contestação.

A restante matéria alegada pelas partes foi julgada como NÃO PROVADA.

A convicção dos Árbitros, relativamente à matéria dada como provada, assentou nos depoimentos das testemunhas JOSÉ [REDACTED], AUGUSTO [REDACTED], AMÉRICO [REDACTED] e JOSÉ [REDACTED], que revelaram ter conhecimento dos factos e depuseram com isenção.

Assenta também a convicção dos Árbitros nos depoimentos das testemunhas AUGUSTO [REDACTED], director fabril da A., JORGE [REDACTED], funcionário da R. e JORGE [REDACTED], que também trabalha para a R., as quais não obstante a sua relação profissional com as partes,

*del*

- 24 -

*del*

revelaram isenção e conhecimento detalhado dos factos em causa no presente processo.

Assentou ainda a convicção dos Árbitros no conteúdo dos documentos dados como reproduzidos, nenhum dos quais foi objecto de impugnação por qualquer das partes.

Cumpre, agora, fazer a aplicação do

#### DIREITO

A Convenção de Arbitragem e o Acordo de Arbitragem foram reduzidos a escrito, assinados por ambas as partes e determinam, com precisão o objecto do litígio, especificando claramente a relação jurídica a que o mesmo litígio respeita. Além disso, a Convenção e o Acordo de Arbitragem estão devidamente autorizados pela cláusula vigésima oitava do Contrato de Concessão já identificado.

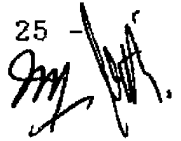
Estes instrumentos obedecem, assim, aos requisitos previstos na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, designadamente, nos arts 1º e 2º

Os Árbitros foram nomeados nos precisos termos da Convenção de Arbitragem, pelo que foram também respeitados os requisitos impostos pelos arts. 6º e segs. da mesma Lei nº 31/86.





- 25 -



O Tribunal Arbitral está, pois, em condições de funcionar e é competente.

As partes são legítimas e gozam de personalidade jurídica e personalidade e capacidade judiciárias e estão representadas por Advogado.

Não foram arguidas nulidades impeditivas do conhecimento do mérito da causa.

Ficou já acima, na alínea C, delimitado o objecto do litígio aqui em causa, o qual foi definido pelas partes na cláusula 2a da Convenção de Arbitragem e da cláusula 7a do Acordo de Arbitragem conjugada com as cláusulas 2a e 6a do mesmo Acordo.

Ora, a A. e a R. apenas cometeram ao Tribunal Arbitral o seguinte:

- a interpretação definitiva relativa ao regime "exclusivo" previsto na cláusula segunda do Contrato de Concessão;
- a determinação das consequências jurídicas de tal interpretação face ao referido Contrato de Concessão.

Estão, assim, fora de âmbito da tarefa cometida ao Tribunal Arbitral todas as questões que digam respeito a eventual incumprimento do mesmo Contrato por qualquer das partes.

Daí que não possam ser apreciados por este Tribunal Arbitral os pedidos formulados que sejam relativos a questões que versem

dep

- 26 -  
[Handwritten signature]

sobre a execução do Contrato e, designadamente, que respeitem a matéria de incumprimento dele e de efectivação da responsabilidade contratual.

Ficam, assim, completamente fora de âmbito de actuação do tribunal Arbitral os pedidos formulados no artigo 130º da douta petição inicial, sob os números 3.3, 3.4 e 3.5, os quais, inequivocamente, dizem exclusivo respeito a alegado incumprimento do Contrato de Concessão por uma das partes, ou ao uso dos mecanismos ao dispor da R., para garantir o cumprimento do mesmo Contrato.

Vai, pois, o tribunal Arbitral ocupar-se apenas dos pedidos formulados no art. 130º da douta p.i. sob os números 3.1 e 3.2.

Poderia, eventualmente, levantar-se a questão de, declarando-se a nulidade de uma parte do clausulado contratual e de esta nulidade produzir efeitos desde a data da celebração do Contrato (art. 289º do código Civil), dever a parte lesada ser colocada na mesma posição jurídica patrimonial que teria se não fora a inclusão no Contrato da cláusula viciada.

Este problema, porém, nem sequer pode ser aqui objecto de decisão, porquanto não foi, quanto a ele, formulado pedido.

Não é, com efeito, este o pedido formulado sob o nº 3.5 do art. 130º da douta petição inicial.

Analiseemos então o pedido nº 3.1.

O conteúdo da Base II, com a epígrafe "Exclusivo" anexa ao nº 208/87, de 18 de Maio com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 109/90 é o seguinte:

"1 - Na zona do Porto de... é atribuído à concessionária, com o Contrato de Concessão, o exclusivo de fabricação, comercialização e fornecimento de gelo.

2 - O regime de exclusivo referido no número anterior não prejudica o fabrico de gelo, nas instalações dos comerciantes de pescado dentro das zonas dos portos, para consumo próprio, mediante o pagamento de uma taxa e sujeito a limites de capacidade de produção, a fixar pela autoridade portuária respectiva".

O nº 2 do art. 2º do mesmo diploma dispõe:

*"Os cadernos de encargos para cada porto poderão conter cláusulas especiais indicadas para o caso, desde que não contradigam as bases anexas a este diploma".*

Por sua vez os parágrafos segundo e terceiro da cláusula segunda do "Contrato de Concessão" têm o seguinte teor:

*" Parágrafo segundo - O regime de exclusivo não prejudica, igualmente, a introdução de gelo no porto pelos armadores, comerciantes ou industriais, desde que esse gelo se destine ao*

*[Handwritten signatures and initials]*  
- 28 -

seu próprio consumo".

" Parágrafo terceiro - no caso referido no número anterior, a entrada de gelo no porto, ficará sujeita a uma taxa, a fixar anualmente pela <sup>R</sup> [redacted]".

Coloca-se como questão essencial saber se, e em que medida, estas cláusulas do Contrato de Concessão contradizem a previsão normativa da Base II do D.L. 208/87.

*Toda a actividade administrativa, (normativa, contratual e material), está sujeita ao principio da legalidade, tanto no sentido negativo de não poder contrariar a lei, como e também, no sentido positivo de ter que se fundar nela. Ou seja, todo o acto administrativo carece de suporte legal que o preveja, lhe determine o alcance e o possa adequar às finalidades prosseguidas pelo Estado.*

Mesmo naqueles casos em que a actuação da Administração não se encontra integralmente vinculada, sendo conferida ao órgão administrativo a possibilidade de optar, no caso concreto, pela melhor solução, tal poder discricionário encontra-se, ainda assim, dependente de previsão legal, nos moldes por esta definidos, e tendo necessariamente em conta as finalidades da própria Administração.

Será que cabe, então, na previsão normativa da Base II do

D.L. 208/87, a estipulação das duas referidas cláusulas inseridas no "Contrato de Concessão"?

Ou, pelo contrário, tal inserção não tem qualquer fundamento legal, e inclusivamente, contradiz as bases anexas ao referido diploma?

O nº 1 da Base II anexa ao D.L. 208/87 prevê que a empresa concessionária detenha o exclusivo da fabricação, comercialização e fornecimento de gelo na zona do porto. Tal norma deverá ser entendida no sentido de que a actividade da concessionária, nos limites geográficos da própria concessão, e enquanto prestação de um serviço público, se encontra subtraída à concorrência de qualquer outro agente económico.

Porém, a própria lei, após as alterações introduzidas pelo D.L. 109/90, abriu uma excepção à regra geral da exclusividade consignada no nº 1 da Base II, ao permitir, dentro de certos condicionalismos, o fabrico de gelo, dentro da zona do porto, pelos comerciantes de pescado.

Tratando-se de uma norma que claramente se opõe ao regime regra, a sua interpretação deverá ser feita de acordo com o que o art. 11º do Código Civil dispõe para a interpretação das normas excepcionais, ou seja, admitindo uma interpretação extensiva da letra de lei, mas recusando a sua aplicação analógica.

A interpretação extensiva ocorre quando, apesar de determinado sentido se não encontrar especificado na letra, se encontra, contudo, compreendido no espírito e vontade da lei. A aplicação analógica, por seu lado, pressupõe a aplicação da norma a casos distintos, se bem que com pontos comuns, daqueles para que foi elaborada.

E qual é, no caso do nº 2 da Base II, o espírito e a vontade da lei?

Não tendo, obviamente os elementos histórico e subjectivo qualquer carácter vinculativo, é no entanto, útil a uma correcta interpretação, ter presente as motivações do Legislador na consagração desta norma excepcional.

Diz o preâmbulo do D.L. 109/90 que: "Aos comerciantes de pescado de cada porto sempre foi, contudo, permitido, desde que o quisessem, implantar instalações para fabrico de gelo para consumo próprio, procedimento que se tem revelado aconselhável". E um pouco mais adiante:

"Há, pois, que institucionalizar a prática que a experiência demonstrou ser a mais correcta, tornando-se necessário reformular o regime estabelecido pelo Decreto - Lei nº 208/67, (...), sem coarctar, no entanto, aos comerciantes de pescado o direito ao fabrico de gelo para consumo próprio".

ASP

- 31 -

*[Handwritten signature]*

A ideia chave, resultante da leitura do preâmbulo do D.L. 190/90 é a de que o direito concedido aos comerciantes de pescado de fabricar gelo é limitado à fabricação para consumo próprio.

Analisando mais detalhadamente, verificamos que:

- O direito é concedido aos comerciantes de pescado e não a quaisquer outras entidades, (a cláusula do Contrato de Concessão, agora impugnada, abrange armadores, comerciantes ou industriais).
- O direito a fabricar gelo para seu próprio consumo, ou seja, produzir o seu próprio gelo, ( a cláusula do Contrato de Concessão fala, genericamente, em introdução de gelo no porto, o que implica que esse mesmo gelo tanto poderá ser fabricado, em instalações do comerciante fora do porto, como adquirido em qualquer outro local).
- O direito tem como limite o consumo próprio, ou seja, é concebido no estrito limite das necessidades do comerciante, (a cláusula do Contrato de Concessão não estabelece qualquer limite a impor pela R. em função da capacidade de produção, que não seja o "consumo próprio").

Tendo presentes os princípios referidos quanto á prevalência do princípio da legalidade na actividade dos órgãos administrativos, nas vertentes da precedência da lei e reserva de lei, bem como, o que se disse acerca da interpretação das normas

excepcionais, forçoso será concluir que o conteúdo do parágrafo segundo da cláusula segunda do Contrato de Concessão extravasa em muito a letra e o espírito da lei e a vontade do legislador na consagração da excepção prevista no D.L.190/90.

O mesmo resultado se obteria, também, optando por uma perspectiva mais formalista. Com efeito, e decompondo o nº 2 da Base II, verifica-se que o seu regime de excepção pressupõe o preenchimento de vários requisitos cumulativos.

A excepção à regra da exclusividade implica que se verifique:

- O fabrico de gelo, (a aquisição por outro modo não se encontra abrangida pela excepção),
- Por comerciantes de pescado ( e não por qualquer outro agente económico, sediado dentro ou fora do porto),
- Nas instalações (...) dentro das zonas dos portos, ( não se encontra abrangido pela excepção o gelo que aí não seja fabricado),
- Mediante o pagamento de uma taxa,
- E sujeito a limites de capacidade de produção a fixar pela autoridade portuária respectiva, ( algo que nem sequer está previsto nos parágrafos 2º e 3º da cláusula 2ª do "Contrato de Concessão", para o gelo introduzido no porto).



Dito, ainda, de um outro modo, apenas se encontra fora do âmbito do exclusivo da A. o fabrico de gelo levado a cabo por comerciantes de pescado, nas suas próprias instalações situadas na zona do porto, para o seu próprio uso, mediante o pagamento de uma taxa, e dentro dos limites impostos pela R., em função da capacidade de produção deles comerciantes.

Ao alargar o âmbito da excepção à introdução de gelo no porto, tendo unicamente em conta a propriedade do gelo, e independentemente do local de fabrico, e sem prever o estabelecimento de limites em função da capacidade de produção, tem que se concluir que as cláusulas em causa do "Contrato de Concessão", impugnadas pela A. no presente processo, extravasaram em muito qualquer razoável interpretação do n.º 2 da Base II do D.L. 208/87, perdendo a base legal imprescindível à validade de qualquer acto administrativo, e entraram, necessariamente, em conflito com o regime de exclusividade consignado no n.º 1 da Base II do mesmo diploma.

E se é verdade que o n.º 2 do art. 2.º do D.L. 208/87 permite a inclusão no caderno de encargos de cláusulas especiais indicadas para cada caso, não poderemos dar a esse poder discricionário um alcance tal que permita atingir tão profundamente um dos sustentáculos, porventura o mais importante na perspectiva do concessionário, do Contrato de Concessão, o

regime da exclusividade. É, aliás, por essa mesma razão, que a própria lei dispôs que tais cláusulas especiais não podem contradizer as Bases anexas ao D.L. 208/87, entre as quais, muito naturalmente, aquela que prevê o regime de exclusividade.

Impõe-se, assim, a conclusão de que, sendo tais cláusulas ilegais por falta de previsão legal, e ilegais porque contrárias à lei, são por força do disposto no art. 280º do Código Civil, nulas.

Assim, deve proceder o pedido nº 3.1 formulado pela A..

A procedência do pedido nº 3.1 não afecta, no entanto, a validade do Contrato de Concessão, antes determinando a sua redução, nos termos do art. 292º do Código Civil, tanto mais que a parte lesada, isto é, a A., apenas pretende que o aludido Contrato seja expurgado dos textos constantes dos parágrafos Segundo e Terceiro da Cláusula Segunda, o que confirma que, no caso vertente, não se mostra que o Contrato deixaria de ser celebrado sem a parte viciada.

Deve, assim, proceder igualmente o pedido formulado sob o nº 3.2.

**Decisão**

Perante quanto fica exposto, acordam os Árbitros em:

- a) Declarar a nulidade dos parágrafos Segundo e Terceiro da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão da Construção e Exploração da Fábrica e Silo de Gelo Dividido no Porto de , celebrado entre A. e R. em 27 de Abril de 1992;
- b) Determinar a expurgação dos parágrafos Segundo e Terceiro daquela Cláusula Segunda, operando-se desta forma a redução contratual de harmonia com o disposto no art. 292<sup>o</sup> do Código Civil.
- c) Condenar A. e R., de acordo com a cláusula 12a, alínea b) da Convenção de Arbitragem, no pagamento do montante da remuneração do Árbitro-Presidente, na proporção de 2/5 para a A. e 3/5 para a R.;
- d) Condenar A. e R. no pagamento dos honorários e despesas do Árbitro por cada uma delas nomeado e, em partes

iguais, no montante dos encargos administrativos do processo, nos termos do estipulado na cláusula 12a, alíneas b) e c) da Convenção de Arbitragem.

Lisboa, 6 de Novembro de 1998

Os Árbitros