

CAAD: Arbitragem Administrativa

Processo n.º: 83/2016-A

**Tema: Contrato administrativo atípico – Concessão do direito de exploração –
Falta de cumprimento.**

Demandante: A..., pessoa coletiva com o n.º..., serviço central da administração direta do Estado e sede no ..., ..., em Lisboa.

Demandada: O B... Lda, pessoa coletiva privada com o n.º ... e com sede na ..., s/n, em Lisboa.

SENTENÇA ARBITRAL

I. Relatório.

A.

Veio a demandante propor neste tribunal arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) uma ação administrativa contra a demandada, pedindo a sua condenação a pagar-lhe o valor referente a faturas emitidas, acrescidas de juros de mora respetivos, bem como uma penalidade contratual.

Sustenta a demandante que celebrou com a demandada, em 12 de novembro de 2014 e para vigorar a partir do dia seguinte pelo prazo de 3 anos, um contrato denominado de “Concessão do direito de exploração do espaço destinado ao refeitório e cafetaria nas instalações do edifício sede da A...”, que a demandada se vinculou a pagar à demandante a prestação mensal de € 1.650,00 que nos meses de julho e agosto de cada ano seria de € 825,00, que a demandada deixou de cumprir com esta obrigação contratual desde

dezembro de 2015 e que o contrato foi feito cessar pela demandante em comunicação dirigida à demandada, com efeitos a 31 de agosto de 2016.

Mais alega que emitiu as correspondentes faturas a favor da demandada e que lhe é igualmente devida uma penalidade contratual calculada nos termos previstos na cláusula 7.^a do contrato, devendo a esta ser descontado o valor da garantia prestada pela demandada para integral execução do contrato.

Conclui peticionando a condenação da demandada a pagar-lhe a quantia de € 26.122,10, correspondentes a € 11.844,53 derivados do valor das faturas emitidas acrescidas de juros calculados até 7 de novembro de 2016 e, ainda, de € 15.366,57 a título de penalidade contratual, já descontado o valor da garantia prestada pela demandada, no montante de € 1.089,00.

Foi junto o processo administrativo.

B.

Regularmente citada para contestar, querendo, o pedido formulado nos autos, mediante entrega de cópia da petição inicial e dos seus documentos, a demandada não contestou, não tendo todavia tal falta qualquer efeito cominatório ou alcance como aceitação do alegado pela demandante, como decorre do disposto no artigo 12.º n.º 6 do Regulamento de Arbitragem Administrativa.

II. Arbitrabilidade do diferendo, convenção de arbitragem, constituição do tribunal e saneamento da causa.

A pretensão que acima se apresenta emerge interesses de natureza patrimonial da demandante, suportados no contrato de “Concessão do direito de exploração do espaço destinado ao refeitório e cafetaria nas instalações do edifício sede da A...”, celebrado entre as partes em 12 de novembro de 2014.

O contrato apresentado no autos, celebrado entre as partes, configura-se como um contrato administrativo, ainda que atípico ou inominado, de consonância com o disposto

nos artigos 1.º n.º 6, 16.º n.º 2 e 278.º do Código dos Contratos Públicos, pois encontra-se expressamente submetido a um regime substantivo de direito público e com a sua celebração a demandante visou a satisfação de uma necessidade pública, no caso o fornecimento de alimentação e produtos de cafetaria não só aos trabalhadores, como aos utentes dos serviços instalados na ..., o que por via dele a demandada se obrigou a executar.

O fim de interesse público que presidiu à celebração deste contrato encontra-se conjeturado na cláusula 1.ª, n.º 2, do contrato junto com a petição como documento n.º 1 e que, assim, titula a relação jurídica de direito administrativo estabelecida entre as partes.

O artigo 187.º n.º 1 alínea a) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que expressamente previa a possibilidade de constituição de centros de arbitragem com competência em matéria de contratos, foi revogado pelo artigo 13.º alínea d) do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que entrou em vigor sessenta dias após a sua publicação.

O atual Código dos Contratos Públicos não regula a matéria da arbitragem de conflitos emergentes de contratos, o que se espera venha a suceder com a aprovação e entrada em vigor da revisão em curso ao Código dos Contratos Públicos decorrente da necessidade da transposição de diretivas comunitárias.

Ocorre, porém, que a criação do CAAD foi autorizada por Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça, de 27/01/2009, publicado em DR, 2.ª Série, n.º 30, de 12/02/2009, nele se prevendo a sua competência para a resolução de litígios emergentes de contratos, de consonância com a permissão normativa daquele artigo 187.º n.º 1 alínea a) do CPTA, na redação então vigente.

Também o artigo 1.º n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, prevê que: *“qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”*.

A arbitragem no direito administrativo é viabilizada pelo n.º 2 do artigo 209.º da Constituição da República, como corolário dos direitos de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, consagrados no artigo 20.º da Lei Fundamental.

O litígio em causa nos autos pode, pois, ser cometido pelas partes à decisão de árbitros.

Compulsado o contrato junto como documento n.º 1, constata-se que na sua cláusula 17.ª as partes expressamente convencionaram submeter a arbitragem sob a jurisdição do CAAD todos os litígios decorrentes do contrato a partir da data da sua celebração, sendo válida e vinculativa esta cláusula compromissória.

A nomeação do signatário, que integra a lista de árbitros do CAAD para, como árbitro único, julgar o diferendo, foi aceite por ambas as partes, tendo bem assim sido aceite o encargo desta nomeação.

Assim, encontrando-se o tribunal regularmente constituído, foi determinada a prestação de esclarecimentos ou a juntada de documentos pela demandante, respeitantes ao procedimento de aplicação da penalidade contratual peticionada, tendo esta informado que todos os documentos atinentes ao processo já foram apresentados.

Foi igualmente perspectivada a dispensa de realização de audiência de discussão e julgamento e de alegações finais, o que foi aceite pelas partes.

A demandante apresentou nos autos prova de que a sociedade demandada foi declarada insolvente por sentença proferida em 19/04/2017 pelo Juiz ... do Juízo de Comércio de Lisboa, proferida no processo n.º .../17...T8LSB.

O tribunal determinou, então, a notificação do administrador de insolvência designado, quer da pendência destes autos, quer para em 20 dias constituir mandatário, querendo, nada tendo sido requerido no referido prazo.

Verifica-se que nada obsta ao prosseguimento aos presentes autos, nos termos do n.º 2 do artigo 87.º do C.I.R.E., uma vez que os mesmos já se encontravam pendentes à data da prolação da sobredita sentença declarativa da insolvência.

Mostram-se na presente instância arbitral, respeitados os princípios da absoluta igualdade das partes e de estrita observância do contraditório.

As partes em juízo são as titulares dos interesses que constituem o objeto do litígio, pelo que são legítimas e se mostram capazes, não existindo nulidades que invalidem o processo ou questões prévias e exceções que obstem ao conhecimento do mérito do diferendo.

III. Os factos provados e sua motivação.

1. Mostram-se provados os seguintes factos, pertinentes para a boa decisão da causa:
 - a) As partes celebraram, em 12/11/2014, um contrato pelo qual a demandante concedeu à demandada o direito de exploração do espaço destinado ao refeitório e cafetaria nas instalações do seu edifício sede sito no ..., tendo por objetivo o fornecimento de refeições, produtos de pastelaria e cafetaria aos trabalhadores e utentes.
 - b) O contrato vigoraria pelo prazo de 3 anos, com início em 15/11/2014.
 - c) Pela disponibilização do direito de exploração, a demandada pagaria à demandante o valor de € 1.650,00 mensais, mediante a emissão de fatura, até ao oitavo dia de cada mês, sendo o valor mensal de € 825,00 nos meses de julho e agosto, incorrendo o contratante em mora em caso de falta de pagamento no prazo estipulado.
 - d) As partes estabeleceram, ainda, que em caso de incumprimento das obrigações emergentes do contrato, a demandante poderia exigir da demandada o pagamento de uma penalidade pecuniária diária a fixar em função da gravidade do incumprimento e a calcular de acordo com a fórmula (Valor anual do contrato/365 x nº dias de incumprimento).
 - e) A demandante emitiu e entregou à demandada as faturas com os n.º 114, 21, 26, 42, 46, 59, 87 e 88, nos valores respetivos de € 1.650,00, € 1.370,00; € 1.650,00, € 1.650,00, € 1.650,00, € 1.064,52, € 1.650,00 e € 825,00.

- f) A demandada não procedeu ao pagamento destas prestações tituladas pelas antecedentes faturas.
 - g) O contrato referido em a) cessou os seus efeitos por comunicação da demandante à demandada, com efeitos a 31/08/2016.
 - h) A demandante, em 10/11/2016, elaborou um documento subscrito pelo seu Diretor-geral, pelo qual apura o valor das dívidas (ponto 1), calcula dos juros de mora até 07/11/2016 (ponto 2) e contém ponto 3 com a subsequente indicação: "Penalidade contratual – Cláusula 13^a do Contrato – 15.366,57 €", seguida de transcrição da cláusula 13.^a do contrato indicado em a) e, ainda, da aplicação da fórmula sendo de € 18.150,00 o valor anual do contrato e 309 dias o período de incumprimento, a que se junta escrito deste teor: "Na determinação deste valor teve-se em conta todas as agravantes referidas no ponto 2".
 - i) A demandada prestou caução por depósito bancário, em 21/10/2014, a favor da demandante, no âmbito do contrato em a), pelo valor de € 1.089,00, que a demandada cobrou e creditou em conta por si titulada, em 07/11/2016.
2. A convicção e motivação do tribunal arbitral para a prova dos sobreditos factos, que se afiguram ser os pertinentes para a boa decisão da causa, resulta dos factos articulados pela demandante e da análise crítica da prova documental produzida e que consta dos documentos n.º 1 a 12 juntos com a petição inicial, bem como os demais escritos constantes do processo administrativo.

O documento n.º 1 constitui o contrato subscrito pelas partes, os documentos n.º 2 a 9 correspondem às faturas emitidas pela demandante, o documento n.º 10 é o ofício da demandante referente à resolução do contrato, o documento n.º 11 é o escrito de 10/11/2016 e sob o documento n.º 12 constam a informação da demandante, de 03/11/2016 que propõe a cobrança da caução prestada pela demandada, a guia de depósito bancário da demandada, o pedido da demandante de cobrança da referida guia de depósito bancário e o subsequente depósito bancário a favor da demandante.

IV.O Direito aplicável.

1.

Por força da celebração do contrato atípico que constitui causa de pedir nos presentes autos, a demandada obrigou-se perante a demandante a pagar-lhe uma prestação mensal fixada nos termos da cláusula 9.^a n.ºs 1 e 2 desse contrato.

Não obstante, resulta provado que a demandada, a partir de dezembro de 2015, deixou de cumprir esta sua obrigação contratual para com a demandante, o que se verificou até resolução do contrato com efeitos a agosto de 2016.

A falta de cumprimento torna o devedor responsável pelo prejuízo causado ao credor, como decorre da disposição do artigo 798.º do Código Civil, devendo a obrigação de indemnizar reconstituir, tanto quanto possível, a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Nestes termos, deve a demandada ser condenada a pagar à demandante as quantias a que se obrigou nos termos da cláusula 9.^a do contrato, acrescidas dos juros moratórios calculados nos termos dos artigos 805.º n.º 2 alínea a) e 806.º n.º 1 do Código Civil.

Não resulta, contudo, da petição da demandante, qualquer pedido, ainda que implícito, de condenação da demandada no pagamento de juros vincendos, mas apenas no pagamento dos juros legais calculados pela demandante com referência à data de vencimento de cada uma das faturas e até à dedução da sua pretensão em juízo.

Assim, não pode o tribunal condenar a demandada para além dos limites do que foi peticionado, de conformidade com o disposto no artigo 609.º n.º 1 do Código de Processo Civil, indo pois a demandada condenada no pagamento à demandante das quantias tituladas pelas faturas juntas ao processo, acrescidas dos juros moratórios nos exatos termos calculados e peticionados pela demandante.

2.

Ainda tendo por base o contrato evidenciado nos autos, a demandante peticiona a condenação da demandada no pagamento de uma penalidade contratual, fixada por

esta no montante de € 15.366,57, sustentando, seguramente por lapso, estar a mesma amparada na cláusula 7.^a quando se pretendia suster no teor da cláusula 13.^a.

É certo que em escrito de 10/11/2016, junto como documento n.º 11, a demandante apura aquela penalidade contratual, afirmando ter tido em conta “as agravantes referidas no ponto 2” para determinação desse valor.

Todavia, nem tal escrito, nem a factualidade alegada na petição, evidenciam a concretização, ainda que mínima, dos pressupostos previstos no n.º 2 da cláusula 13.^a e respeitantes à determinação da gravidade desse incumprimento, de que depende a concreta aplicação de tal medida sancionatória ao contraente.

A sanção pecuniária visada pela demandante mostra-se apurada sem que se demonstre ter sido realizada uma efetiva ponderação dos fatores que concorrem para essa fixação, designadamente a duração da infração, a sua eventual reiteração, o grau de culpa e as consequências desse incumprimento.

Ora, a aplicação de sanções previstas para a inexecução do contrato constitui uma das declarações do contraente público sobre a execução do contrato que revestem a natureza de ato administrativo, de consonância com o disposto no artigo 307.º n.º 2 alínea c) do Código dos Contratos Públicos.

A demandante pede, pois, que o tribunal condene a demandada numa sanção pecuniária já fixada por ato administrativo da demandante.

Afigura-se, contudo ser este concreto ato uma manifestação ilegal do poder sancionatório conferido por lei à demandante.

A decisão de aplicação de uma penalidade contratual à demandada não se mostra fundamentada, estando ausente a compreensão do *iter* cognoscitivo que levou à fixação do seu montante, designadamente em que medida foi efetuada a justa ponderação dos pressupostos de que depende essa aplicação e a fixação do respetivo quantitativo pecuniário, em violação do disposto nos artigos 152.º e 153.º do Código de Procedimento Administrativo. De igual sorte, tal decisão da demandante foi proferida sem que haja qualquer evidência no procedimento de ter sido respeitado o direito de audição prévia da demandada, como consignado no artigo 121.º do Código de Procedimento Administrativo. Acresce, ainda, que a demandante aplicou à

demandada uma sanção pecuniária cujo respetivo valor excede o limite previsto no artigo 329.º n.º 2 do Código dos Contratos Públicos.

Tais vícios do ato administrativo sancionatório dispensam, sequer, outras reflexões sobre a interpretação a fazer da natureza compulsória ou puramente sancionatória da penalidade contratual, nos termos previstos na cláusula 13.ª do contrato e, assim, sobre a oportunidade dessa decisão tomada em novembro de 2016, já depois de ter sido operada a fundada resolução do contrato, em agosto de 2016.

Tal decisão da demandante foi tomada ilegalmente, o que é concedido ao tribunal examinar incidentalmente, para poder decidir o pedido condenatório submetido à sua apreciação, de conformidade com o disposto no artigo 95.º n.º 1 e 3 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aplicável por remissão do artigo 26.º n.º 1 do Regulamento de Arbitragem do CAAD.

Pelo que, com os fundamentos expostos, julga-se improcedente, nesta parte, a pretensão da demandante.

3.

A demandada prestou perante a demandante uma caução, no valor de € 1.089,00, a qual se destinou, por um lado, a garantir a posterior celebração do contrato entre as partes e que, após a sua assinatura, passou a caucionar o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais por parte da adjudicatária aqui demandada.

É esta a função da caução prevista no artigo 88.º n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação em vigor e, ainda, no artigo 623.º do Código Civil.

A demandante, suportada no normativo do artigo 296.º n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, procedeu à execução da caução, considerando perdido a seu favor aquele montante prestado pela demandada como garantia especial das suas obrigações.

E como resulta de informação dos serviços da demandante, de 03/11/2016, junta como documento n.º 12, fê-lo por força do incumprimento da cláusula 9.ª n.º 1 (erradamente indicada como cláusula 8.ª n.º 1) do contrato junto como documento n.º

1, que previa o pagamento mensal a efetuar pela adjudicatária aqui demandada, em contrapartida da disponibilização do direito de exploração concedido pela demandante.

Assim, é este o incumprimento das obrigações contratuais da demandada em que se filia a demandante para a execução da caução, de conformidade com o disposto no artigo 296.º n.º 1 alínea b) do Código dos Contratos Públicos, fazendo sua tal prestação realizada pela demandada tendo em vista a celebração do contrato e a sua fiel execução.

Pelo que, o valor considerado perdido a favor da demandante e que por via da execução da caução entrou na sua esfera jurídica, deve ser abatido aos prejuízos que a demandante associou a essa execução, concretamente o incumprimento da cláusula 9.ª n.º 1 do contrato que previa a obrigação da adjudicatária de realizar uma prestação mensal determinada a favor da demandante.

Com efeito, a execução da caução corresponde a uma forma de cumprimento, ainda que parcial das obrigações pecuniárias da demandada, tendo a demandante imputado tal cumprimento nos exatos termos já referidos e de consonância com o disposto no artigo 783.º n.º 1 do Código Civil.

Ante o exposto, condenar-se-á a demandada a pagar à demandante, por força do incumprimento do disposto na cláusula 9.ª n.º 1 do contrato celebrado entre as partes, o montante titulado pelas faturas juntas aos autos, acrescido dos juros moratórios peticionados pela demandante, deduzindo-se o valor da caução prestada pela demandada.

V. Decisão.

Pelos fundamentos factuais e jurídicos expostos, decide-se, assim, julgar parcialmente procedente a ação, conseqüentemente condenando-se a demandada no pagamento à demandante da quantia de € 10.755,53, quanto ao demais se absolvendo a demandada.

Fixa-se à causa o valor de € 27.211,10.

Custas a cargo da demandante e da massa insolvente da demandada, na proporção do decaimento.

Publique-se, notifique-se com cópia esta decisão arbitral às partes, depositando-se o original e, oportunamente, archive-se o processo.

Lisboa, sede do CAAD, 29 de junho de 2017

O árbitro,

Pedro Bandeira