

# PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE NA ARBITRAGEM E NA MEDIAÇÃO DE CONSUMO EM PORTUGAL

João Pedro Pinto-Ferreira

Joana Campos Carvalho

Jorge Morais Carvalho

*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; CEDIS – Centro de I&D sobre  
Direito e Sociedade*

## 1. Introdução

O princípio da voluntariedade é normalmente apontado como um dos princípios fundamentais quer da mediação quer da arbitragem<sup>1</sup>.

Existem, no entanto, algumas questões que se colocam em torno da vinculação prévia das partes a estes meios de resolução de litígios, podendo essa vinculação prévia resultar de estipulação das partes ou da lei.

Tratamos, neste ponto, duas questões relacionadas com o princípio da voluntariedade: (i) cláusulas de resolução alternativa de litígios de consumo (RALC), nomeadamente quanto à sua admissibilidade e aos seus efeitos; (ii) meios de RALC obrigatórios, em especial no que respeita à sua constitucionalidade.

## 2. Cláusulas de RALC

A questão da admissibilidade de cláusulas de RALC, isto é, cláusulas que determinam que os litígios decorrentes daquele contrato serão resolvidos através de um meio RALC, já foi objeto de alguma discussão na doutrina portuguesa, em especial a propósito das cláusulas compromissórias que são cláusulas contratuais gerais, tendo atualmente resposta expressa na lei portuguesa. O problema podia colocar-se quer em relação a cláusulas arbitrais quer quanto a cláusulas de mediação, uma vez que em ambos os casos se colocava a questão de saber quais eram os seus efeitos numa relação de consumo.

---

<sup>1</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, 2017, pp. 101 e segs..

Esta questão é, em Portugal, essencialmente teórica, uma vez que, no nosso país, as empresas tentam evitar, em regra, a RALC, em particular a arbitragem, sendo os consumidores os principais interessados na resolução dos litígios por esta via. Tirando os casos em que a empresa aderiu plenamente a um centro de arbitragem<sup>2</sup> ou em que o consumidor tem um direito potestativo à arbitragem<sup>3</sup>, as empresas não estão vinculadas à arbitragem, preferindo normalmente não a aceitar, uma vez que sabem que o consumidor não terá uma alternativa eficaz para fazer valer o seu direito. As empresas, que conformam o essencial do conteúdo do contrato, não têm normalmente interesse na inclusão de convenções de arbitragem (tal como de mediação), pelo que são, assim, raríssimos os casos em que, em Portugal, uma cláusula compromissória é introduzida num contrato de consumo.

É interessante notar que a discussão em torno da arbitragem de consumo é muito diferente no Brasil<sup>4</sup> e em Portugal. No Brasil, é necessário discutir se a cláusula compromissória inserida em contratos de consumo é válida, pretendendo as empresas recorrer à arbitragem e os consumidores aos tribunais judiciais. Com efeito, a inexistência de custas processuais leva a que o risco na proposição da ação judicial seja baixo. Acresce, por um lado, que a grande generosidade dos tribunais na condenação das empresas ao pagamento de danos morais torna interessante o recurso a tribunal, mesmo que o objeto aparente do litígio tenha um valor reduzido, e, por outro lado, a permissão ou, pelo menos, a aceitação prática da *quota litis*, que permite ao consumidor recorrer a tribunal com ajuda profissional, sem ou com poucos custos. O advogado tem interesse neste negócio, uma vez que a condenação pelos danos morais, por vezes de valor significativo, torna relevante o valor de um caso à partida pouco apelativo. Já em Portugal, ao contrário do que acontece nos tribunais judiciais, a arbitragem é gratuita para as partes, sendo muitas vezes, na prática, como já se disse, a única via para os consumidores verem satisfeito o seu direito. Os custos e as formalidades associados à propositura de uma ação em tribunal têm como consequência a retração do consumidor nos casos em que o valor pedido é baixo.

---

<sup>2</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 177 e segs..

<sup>3</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 183 e segs..

<sup>4</sup> Sobre a arbitragem de consumo no Brasil, v. ELIZABETH DE ALMEIDA ABREU, *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, COP Gráfica e Editora, 2015.

Antes do controlo do conteúdo da cláusula, a inclusão de uma cláusula contratual geral num contrato individualizado tem de passar por um controlo relativo à sua inserção.

A inserção de uma cláusula contratual geral num contrato individualizado implica a superação de três obstáculos sucessivos<sup>5</sup>, não sendo sequer necessário analisar o obstáculo seguinte se o anterior não estiver ultrapassado<sup>6</sup>. O primeiro obstáculo é a conexão com o contrato. Se a cláusula não tiver qualquer conexão com o contrato, não vale a pena analisar qualquer outro elemento, ficando excluída do contrato. Verificada a conexão com o contrato<sup>7</sup>, a cláusula tem de passar pelo crivo da comunicação nos termos do art. 5.º do DL 446/85<sup>8</sup>. Concluída a tarefa com uma resposta afirmativa, é ainda necessário verificar se foi cumprido o dever de esclarecimento (art. 6.º). Ultrapassados estes três obstáculos, a cláusula considera-se inserida no contrato.

No que respeita ao controlo do conteúdo, para aferir da validade de uma cláusula de RALC, era necessário ter em atenção o art. 19.º-g) do DL 446/85, que proíbe, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que “estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem”. O art. 21.º-h) proíbe, por sua vez, em absoluto, as cláusulas contratuais gerais que “excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”.

A doutrina já defendia, quando a questão (ainda) se resolvia (apenas) com base no DL 446/85, que a empresa não podia impor a arbitragem ao consumidor através de cláusulas contratuais gerais, tendo este, se a cláusula estivesse inserida no contrato, a

---

<sup>5</sup> Sobre este assunto, ver JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª edição, Almedina, 2017, pp. 95 e segs..

<sup>6</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 95.

<sup>7</sup> PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, 2011, pp. 507-534, p. 518.

<sup>8</sup> Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto (retificado pela Declaração de Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto), 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro.

possibilidade de optar entre a instauração da ação no tribunal arbitral ou no tribunal judicial<sup>9</sup>, aqui incluindo, naturalmente, o julgado de paz.

Um dos argumentos utilizados neste sentido era a elevada complexidade técnica da cláusula compromissória e dos seus efeitos e o conseqüente risco de o consumidor não a apreender em toda a sua amplitude<sup>10</sup>. Para outros autores, os preceitos indicados pressupõem alguma dose de desconfiança quanto à arbitragem<sup>11</sup>.

Atualmente, a questão encontra-se expressamente resolvida, precisamente nesse sentido. Assim, o art. 13.º da Lei 144/2015<sup>12</sup>, que tem como epígrafe “efeitos da celebração de acordo prévio”, estabelece que “os acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL, celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, não podem privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial”.

É agora claro que o consumidor não fica vinculado por uma cláusula de RALC (de mediação, de arbitragem ou mista), independentemente de se tratar de uma cláusula contratual geral. Estas são, no entanto, válidas, embora vinculando apenas o profissional.

---

<sup>9</sup> MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (Breves Considerações)”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 101-116, p. 115; ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 371-413, p. 399; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 43.º, n.º 2, 2002, pp. 987-1004, p. 998; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010, p. 518 (embora apenas com dúvidas, face à letra da lei); MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 130; SANDRA PASSINHAS, “Alterações Recentes no Âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, in *O Contrato – Na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 357-388, p. 374; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, pp. 310-332, p. 324; JOANA CAMPOS CARVALHO e JORGE MORAIS CARVALHO, “Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo”, in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1, 2016, p. 6. Num dos poucos casos em que os nossos tribunais se pronunciaram sobre o art. 21.º-h), em ação inibitória proposta pelo Ministério Público, a questão não é sequer tratada, apenas se concluindo que a cláusula é válida (Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8/5/2007) – RUTE SANTOS, “Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 167-199, p. 71. Não são, no entanto, analisados os seus efeitos, nomeadamente para saber se vinculam ou não o consumidor.

<sup>10</sup> ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, 2000, pp. 397 a 399.

<sup>11</sup> MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 110. Para JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, 2010, p. 338, essa desconfiança não se justifica no âmbito da arbitragem de consumo.

<sup>12</sup> Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 102/2017, de 23 de agosto.

A regra é aplicável a cláusulas de mediação. Estas têm um importante efeito processual, que se traduz na suspensão da instância (judicial ou arbitral) e na remessa do processo para mediação, a pedido do réu (art. 12.º-4). Ou seja, as cláusulas de mediação impedem o prosseguimento da ação judicial ou arbitral, desde que invocadas pelo réu<sup>13</sup>. Não vinculando o consumidor, este poderá sempre optar entre iniciar a mediação ou propor uma ação (judicial ou arbitral).

Existindo uma cláusula compromissória arbitral, o consumidor tem sempre a opção entre propor a ação num tribunal arbitral ou num tribunal estadual (designação que se prefere em alternativa a “tribunal judicial”, uma vez que o julgado de paz não é um tribunal judicial e está claramente abrangido pelo espírito do preceito citado).

Aliás, não permitir ao consumidor a instauração da ação num tribunal estadual seria contrário ao art. 10.º-1 da Diretiva RALC<sup>14</sup>. Este preceito estabelece que “os Estados-Membros devem assegurar que os acordos entre consumidores e comerciantes no sentido de apresentar queixa a uma entidade de RAL não sejam vinculativos para os consumidores se tiverem sido celebrados antes da ocorrência do litígio e *se tiverem por efeito privar os consumidores do seu direito de intentar uma ação em tribunal para a resolução do litígio*” (itálico nosso). Ainda se poderia discutir se a referência a “tribunal” também abrange o tribunal arbitral, mas o considerando (45) parece afastar essa interpretação quando indica que a “diretiva não deverá impedir as partes de exercer o seu direito de acesso ao *sistema judicial*” (itálico nosso). Seria, assim, incompatível com o direito europeu, por exemplo, determinar que os litígios relativos a serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária, vinculando o consumidor a esse foro.

### **3. Meios de RALC obrigatórios**

A voluntariedade é, como já vimos, um traço comum à generalidade dos meios de RAL.

De facto, com exceção da tentativa de conciliação judicial, quando convocada pelo juiz (art. 594.º-1 do Código de Processo Civil – CPC), os meios de RAL têm na sua

---

<sup>13</sup> Sobre este tema, v. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 78 a 83.

<sup>14</sup> Diretiva n.º 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo.

gênese a vontade das partes. Assim se explica, pois, que a mediação e a arbitragem assentem, por regra, num acordo entre as partes – a convenção de mediação (art. 12.º da Lei da Mediação – LM<sup>15</sup>) e a convenção de arbitragem (art. 1.º-1 da Lei de Arbitragem Voluntária – LAV<sup>16</sup>) – que pode ser anterior ou posterior à existência do litígio<sup>17</sup>.

Neste ponto, discute-se, com particular incidência nos meios de RALC, a possibilidade de o recurso à mediação ou à arbitragem ser imposto pela lei.

### 3.1. Mediação

No caso da mediação, a voluntariedade é mesmo um dos seus princípios essenciais (art. 4.º da LM), com repercussão em todo o procedimento. De facto, o recurso à mediação depende do consentimento das partes e estas podem desistir a qualquer momento. A voluntariedade reflete-se ainda no conteúdo do acordo de mediação, que é livremente fixado pelas partes, e na escolha do mediador. No seu conjunto, estes aspetos refletem o pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*) nos seus diferentes momentos.

Em Portugal não existe qualquer mecanismo de mediação obrigatória no âmbito do direito do consumo. No entanto, a análise da experiência internacional permite concluir que existem diferentes modelos de mediação obrigatória, com particular destaque para aqueles em que a lei impõe a mediação prévia como condição de admissibilidade de uma ação judicial<sup>18</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão por duas vezes, em ambos os casos a propósito de disposições legais italianas que estabeleciam a obrigatoriedade de um meio de RALC [Acs. de 18/3/2010 (*Alassini*) e de 4/6/2017 (*Menini e Rampanelli*)]. Nos dois casos, a intervenção do TJUE

---

<sup>15</sup> Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

<sup>16</sup> Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

<sup>17</sup> O art. 12.º-1 da LM apenas prevê a convenção de mediação quanto a “litígios eventuais”. DULCE LOPES E AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª edição, Almedina, 2016, pp. 88 e 98 defendem a interpretação deste preceito no sentido de admitir que as partes celebrem convenções de mediação quanto a litígios atuais, embora considerem que a sua utilidade será reduzida, já que, em caso de acordo, as partes podem iniciar de imediato o processo de mediação. Também MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 78, admite a existência de convenções de mediação celebradas quando o litígio é atual.

<sup>18</sup> Sobre alguns dos sistemas europeus que têm sistemas de mediação obrigatória: MARIA JERÓNIMO, *Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-Processual Obrigatória*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2017, pp. 9 e 10.

foi suscitada através de um pedido de decisão prejudicial relativo a legislação nacional que impunha o recurso obrigatório a meios de RAL como requisito de admissibilidade de uma ação judicial. A principal diferença entre os casos reside no meio de RAL em causa: no *Ac. Alassini*, o TJUE considerou que estava em causa a conciliação; já no *Ac. Menini e Rampanelli*, o tribunal entendeu que se tratava de um procedimento de mediação. Esta segunda decisão foi a primeira em que o TJUE se debruçou no que respeita à questão da obrigatoriedade da mediação face à Diretiva RALC.

Note-se que, em Portugal, o Anteprojeto de Código do Consumidor<sup>19</sup> previa um regime semelhante aos que são objeto de análise nestas decisões. Com efeito, resultava do art. 535.º-1 que, “sempre que o litígio, pela sua natureza e âmbito, esteja em condições de ser submetido à apreciação de entidades que tenham instituído [...] procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, o exercício do direito de ação depende da prova de que as partes, há menos de 6 meses, tentaram sem êxito alcançar por aquela via a composição dos seus interesses”, sendo que, nestes casos, “o recebimento da petição inicial depende da junção de certidão comprovativa da existência do procedimento extrajudicial prévio, contendo indicação sumária dos motivos que impossibilitaram a resolução do litígio” (art. 535.º-2). Esta norma não chegou a ser aprovada, mas, como se pode observar, a solução foi igualmente ponderada em Portugal.

De acordo com o TJUE, a obrigatoriedade de recurso a um meio de RAL não viola os princípios do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva se estiverem verificados certos requisitos: (i) solução consensual, (ii) celeridade, (iii) gratuitidade ou custos reduzidos, (iv) suspensão dos prazos, (v) acessibilidade do procedimento e (vi) possibilidade de decretar medidas cautelares durante a pendência do procedimento do RAL.

Nesta linha de raciocínio, conclui-se no *Ac. Menini e Rampanelli* que “a exigência de um processo de mediação como requisito de admissibilidade de uma ação judicial é efetivamente compatível” com a Diretiva RALC.

Conclui-se, no entanto, ser incompatível com a Diretiva RALC, por restringir o acesso à justiça, uma norma que estabeleça que a desistência de um processo de

---

<sup>19</sup> Em março de 2006, foi apresentado, para conhecimento e debate público, o Anteprojeto de Código do Consumidor, preparado por uma comissão presidida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO.

mediação só é admissível se existir um motivo atendível. Defende o TJUE que “a eventual retirada do consumidor do procedimento de RAL não deve ter quaisquer consequências desfavoráveis para ele no âmbito da ação judicial relativa ao litígio que foi, ou devia ter sido, objeto desse processo”. Esta possibilidade de desistência encontra-se, aliás, expressamente prevista no art. 9.º-2-a) da Diretiva RALC, ressalvando-se a possibilidade de esta alínea se aplicar exclusivamente ao consumidor no caso de as regras nacionais preverem a participação obrigatória do profissional em procedimentos de RALC. Em consonância com este regime, o art. 12.º-2-a) da Lei 144/2015 permite a desistência do procedimento por qualquer das partes<sup>20</sup>.

Regressando ao ordenamento jurídico português, e tendo em conta a jurisprudência do TJUE, a questão parece residir no princípio da voluntariedade. De facto, a LM exige o “consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação” (art. 4.º-1), o que significa que inclui no princípio da voluntariedade a própria decisão de recorrer à mediação. Neste particular, a LM foi mais longe do que a Diretiva 2008/52/CE<sup>21</sup>, já que esta admite que a lei ou o juiz imponham o recurso à mediação [arts. 3.º-a) e 5.º-2 da Diretiva].

Tal não impede o legislador nacional de, no futuro, introduzir uma regra especial que imponha a mediação obrigatória para certos tipos de litígio de consumo (delimitados em função do valor ou da matéria, por exemplo), afastando a voluntariedade no que respeita ao início do procedimento de RALC. Tal solução não contendaria com o princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado, designadamente, na Constituição da República Portuguesa (CRP)<sup>22</sup> e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Além disso, tendo em conta as regras e princípios aplicáveis à mediação em geral e à mediação de consumo, em particular, é possível concluir que os requisitos enunciados na jurisprudência europeia se encontrariam preenchidos perante uma norma neste sentido.

### **3.2. Arbitragem**

---

<sup>20</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 170 e segs..

<sup>21</sup> Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial.

<sup>22</sup> Acerca da constitucionalidade da mediação obrigatória: MARIA JERÓNIMO, *Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-Processual Obrigatória*, 2017.

A Lei 23/96<sup>23</sup> prevê um mecanismo de arbitragem potestativa para os litígios relativos a serviços públicos essenciais<sup>24</sup>. Nestes casos, o utente que seja consumidor tem o direito (potestativo) de iniciar o processo de arbitragem, o que significa que a arbitragem reveste carácter necessário para a outra parte – o prestador do serviço (art. 15.º-1).

A doutrina discute se este mecanismo é compatível com o direito de acesso à Justiça. De facto, o art. 15.º-1 da Lei 23/96 impõe a arbitragem a uma das partes, mediante iniciativa da outra. Por outras palavras, caso o consumidor pretenda resolver o litígio através da arbitragem, o prestador do serviço encontra-se num estado de sujeição e, portanto, impedido de propor a ação junto de um tribunal judicial<sup>25</sup>.

O Tribunal Constitucional ainda não se pronunciou especificamente sobre este regime<sup>26</sup>, mas já se debruçou sobre outros casos de arbitragem necessária. É possível extrair algumas ilações quanto à orientação geral do Tribunal Constitucional a este propósito a partir de duas decisões recentes, proferidas a propósito de um mecanismo de arbitragem necessária no âmbito dos litígios desportivos<sup>27</sup>.

De acordo com a Lei 74/2013<sup>28</sup>, estão sujeitos a arbitragem necessária junto do Tribunal Arbitral do Desporto (TAD) os litígios relativos a “atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício

---

<sup>23</sup> Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 5/2004, de 10 de fevereiro, 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

<sup>24</sup> De acordo com o art. 1.º-2 da Lei 23/96, o conceito de serviços públicos essenciais inclui os serviços de fornecimento de água, energia elétrica e gás, os serviços de comunicações eletrónicas, os serviços postais, os serviços de recolha e tratamento de águas residuais e os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

<sup>25</sup> CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, pp. 11-46, pp. 39 a 41, MÁRIO FROTA, “Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. V, 2017, pp. 173-285, p. 269, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*, Almedina, 2017, p. 354, n. 1093, pronunciam-se a favor da constitucionalidade da arbitragem potestativa no âmbito dos serviços públicos essenciais. Já ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, 2000, pp. 392 e 393, considera que a arbitragem obrigatória “impediria os cidadãos de exercerem o seu direito (...) de recorrer aos tribunais judiciais para resolver os seus litígios, obrigando-os a resolvê-los pela via extrajudicial”. Digase, no entanto, que a autora defendeu esta posição, em abstrato, antes da introdução da arbitragem potestativa na Lei 23/96.

<sup>26</sup> Segundo CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Arbitragem e Mediação de Consumo em Portugal e Espanha: Dois Lados da Mesma Moeda?”, in *Diálogo e Entendimento – Direito e Multiculturalismo & Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito*, Tomo 7, Millennium Editora, 2016, pp. 245-278, p. 262, a circunstância de o Tribunal Constitucional não ter sido chamado a pronunciar-se quanto a este regime “comprova que a admissibilidade da arbitragem necessária no âmbito dos serviços públicos essenciais é comumente aceite”.

<sup>27</sup> Ac. do Tribunal Constitucional, de 24/4/2013; Ac. do Tribunal Constitucional, de 20/11/2013.

<sup>28</sup> Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, alterada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.

dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina” (art. 4.º-1) e os “recursos de deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações disciplinares ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem” (art. 5.º). Em qualquer destes casos, a arbitragem é imposta a ambas as partes.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a conjugação entre a arbitragem necessária e as regras que restringiam a recorribilidade das decisões arbitrais proferidas no TAD para os tribunais estaduais. No Decreto 128/XII, estabelecia-se que “as decisões proferidas, em única ou última instância, pelo TAD são irrecuráveis” (art. 8.º-1). A intervenção dos tribunais estaduais estava, pois, limitada à ação de anulação e ao recurso para o Tribunal Constitucional (art. 8.º-3). Por seu turno, a Lei 74/2013 fazia depender a admissibilidade de recurso para os tribunais estaduais da verificação de dois requisitos cumulativos: por um lado, a decisão devia ser recorrível para a câmara de recurso do TAD; por outro lado, deviam verificar-se os pressupostos do recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo quanto à decisão da câmara de recurso (arts. 8.º-1 e 2).

O Tribunal Constitucional começou por salientar que os tribunais arbitrais constituem uma categoria autónoma de tribunais (art. 209.º-2 da CRP), não relevando para tal a distinção entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária. Desta forma, o Tribunal Constitucional parece considerar que a existência de mecanismos de arbitragem necessária não viola, por si só, o direito de acesso à Justiça.

No entanto, em ambas as decisões, o Tribunal decidiu que a conjugação entre a arbitragem necessária e a restrição do recurso para os tribunais estaduais traduzia uma violação do direito de acesso à Justiça (art. 20.º-4 da CRP) e do princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 268.º-4 da CRP). Esta conclusão assenta na ideia de que o direito de acesso à Justiça tem sobretudo em vista o acesso aos tribunais estaduais. Desta forma, como a lei impõe o recurso à arbitragem no âmbito de certos litígios desportivos, o Tribunal Constitucional considerou que o direito de acesso aos tribunais estaduais devia ser salvaguardado num momento posterior, através da possibilidade de

recurso da decisão arbitral<sup>29</sup>. Foi com este fundamento que o Tribunal julgou inconstitucional o art. 8.º-1 do Decreto 128/XII na parte em que este consagrava a irrecorribilidade das decisões arbitrais proferidas no TAD, no âmbito da arbitragem necessária, para os tribunais estaduais<sup>30</sup>.

O Tribunal Constitucional foi ainda mais longe no Ac. de 20/11/2013. Desta feita, considerou-se que a recorribilidade das decisões do colégio arbitral em sede de arbitragem necessária para os tribunais estaduais não era suficiente para salvaguardar o direito de acesso à Justiça, sendo ainda necessário que a modalidade de recurso não fosse excessivamente limitada. Esta questão surgiu a propósito do art. 8.º-2 da Lei 74/2013, que apenas admitia o recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo. Ora, como se pode ler na decisão, esta modalidade de recurso é excecional no contencioso administrativo e o recurso assume uma “função predominantemente objetiva, porquanto não está orientado para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, mas sim para a defesa de interesses comunitários”<sup>31</sup>. Em consequência, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional o art. 8.º-2 deste diploma<sup>32</sup>.

Aqui chegados, importa salientar que, nas decisões em análise, o Tribunal Constitucional colocou especial ênfase na circunstância de os litígios submetidos a arbitragem necessária pelo Decreto 128/XII e pela Lei 74/2013 envolverem o “exercício de poderes pertencentes a uma entidade pública” e delegados num ente privado<sup>33</sup>. Este

---

<sup>29</sup> Este raciocínio é desenvolvido no Ac. do Tribunal Constitucional, de 24/4/2013, por referência ao conceito de “reserva relativa de jurisdição”. O voto de vencida da conselheira Maria João Antunes diverge deste entendimento, assinalando que, em decisões anteriores, o Tribunal Constitucional considerara que o direito de acesso à Justiça também se efetivava através do recurso a tribunais arbitrais.

<sup>30</sup> Para uma análise mais detalhada do Ac. do Tribunal Constitucional, de 24/4/2013, v. ARTUR MICAEL FLAMÍNIO DA SILVA, “A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade sem Futuro?”, in *Desporto & Direito*, n.º 28, 2012, pp. 65-85.

<sup>31</sup> Ac. do Tribunal Constitucional, de 20/11/2013. O Tribunal Constitucional considerou ainda a circunstância de o recurso para os tribunais estaduais depender da admissibilidade de recurso (prévio) para a câmara de recurso do TAD (art. 8.º-1) e a limitação do âmbito do recurso de revista, já que este não permite a reapreciação da matéria de facto (art. 150.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA).

<sup>32</sup> A Lei 74/2013 foi alterada na sequência da declaração de inconstitucionalidade no sentido de se admitir o recurso das decisões arbitrais proferidas pelo colégio arbitral para o Tribunal Central Administrativo (art. 8.º-1).

<sup>33</sup> Ac. do Tribunal Constitucional, de 24/4/2013. O Tribunal acrescenta ainda que o direito de recurso para os tribunais estaduais “torna-se mais evidente, no plano jurídico constitucional, quando não estão em causa meras relações de direito privado (...) mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade”.

aspecto pode ser relevante no momento de transpor esta orientação para a arbitragem nos serviços públicos essenciais, que envolve relações de direito de privado.

Num primeiro momento, cumpre salientar que estas decisões refletem uma conceção restrita do direito de acesso à Justiça, já que estabelecem uma identificação entre este e o acesso a um tribunal estadual. Ora, esta orientação surge em contraciclo com jurisprudência anterior do Tribunal Constitucional e com o próprio reconhecimento constitucional dos tribunais arbitrais (art. 209.º-2 da CRP)<sup>34</sup>. Não podemos deixar, assim, de subscrever as palavras do Tribunal Constitucional em acórdão anterior: “o tribunal arbitral, como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais”<sup>35</sup>. Esta conclusão não é afetada pelo caráter necessário da arbitragem, já que a consagração constitucional dos tribunais arbitrais também tem em vista os casos de arbitragem necessária<sup>36/37</sup>.

No entanto, a circunstância de se estar perante um mecanismo de arbitragem necessária, em que esta é imposta às partes, pode implicar algumas especialidades de regime, designadamente no que respeita aos meios de controlo de mérito da decisão arbitral.

Na arbitragem voluntária, a regra consiste na irrecorribilidade das decisões arbitrais na falta de estipulação das partes (art. 39.º-4 da LAV). A convenção de arbitragem em que nada se disponha sobre a possibilidade de recurso equivale à renúncia antecipada ao recurso por acordo das partes. A supressão do recurso tem, assim, origem num acordo entre as partes.

---

<sup>34</sup> Neste sentido, RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014, pp. 1301-1330, pp. 1318 e 1319.

<sup>35</sup> Ac. do Tribunal Constitucional, de 29/2/1996.

<sup>36</sup> No Ac. do TC, de 25/2/1987, o TC concluiu que o art. 209.º-2 não distingue entre tribunais arbitrais voluntários e necessários e – mais importante – que a previsão constitucional dos tribunais arbitrais parecia ter em vista ultrapassar a querela sobre a admissibilidade da arbitragem necessária, já que a arbitragem voluntária sempre poderia ser encarada como “uma modalidade inteiramente «privada» e «consensual» de composição de interesses e resolução de litígios (no domínio da zona de disponibilidade dos direitos)”.

<sup>37</sup> Na doutrina, esta posição é sufragada por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 361 e 362. Diversamente, para J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 551, os tribunais arbitrais necessários podem “pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º-2), mas também o princípio da igualdade (art. 13.º)”.

Pelo contrário, a arbitragem necessária tem fundamento na lei, o que exclui a renúncia convencional ao recurso<sup>38</sup>. Nestes casos, a irrecorribilidade da decisão surgiria como uma limitação excessiva do direito de acesso à Justiça, já que implicaria a sujeição das partes à arbitragem e, num segundo momento, limitaria o controlo da decisão arbitral a um mero juízo cassatório (típico da ação de anulação), excluindo o seu controlo de mérito. Este raciocínio é extensível à arbitragem potestativa, ainda que se entenda que esta é uma modalidade de arbitragem voluntária. De facto, também neste caso o recurso à arbitragem é imposto a uma das partes e, portanto, não pode considerar-se que esta tenha renunciado voluntariamente ao recurso.

Aquilo que está em causa não é uma conceção restrita do direito de acesso à Justiça, que entendemos não ser a mais adequada, mas apenas a constatação de que as especificidades da arbitragem necessária impõem que se assegure o direito ao recurso, pelo menos em certos moldes. No fundo, a diferença entre a nossa posição e a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos de 24/4/2013 e de 20/11/2013 reside na ideia aí sublinhada de que o recurso tem necessariamente de ser interposto num tribunal estadual. A conceção ampla do direito de acesso à Justiça levamos a concluir, pelo contrário, que, em caso de arbitragem necessária ou de arbitragem potestativa, deve ser assegurado às partes o direito de recurso, de forma a que o mérito da decisão arbitral possa ser controlado, sendo indiferente se esse recurso é interposto num tribunal arbitral ou num tribunal estadual.

É à luz desta conclusão que se deve analisar o regime aplicável à arbitragem potestativa no âmbito dos serviços públicos essenciais. A Lei 23/96 nada diz quanto à recorribilidade das decisões arbitrais proferidas em sede de arbitragem potestativa. Desta forma, há que ter em conta os regulamentos dos centros de arbitragem de consumo e, a título supletivo, a LAV.

De forma resumida, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL) é o único Centro cujo regulamento não prevê o recurso das decisões arbitrais, que serão assim irrecorríveis nos termos do art. 39.º-4 da LAV. O regulamento dos restantes centros de arbitragem de consumo admite o recurso, verificados certos

---

<sup>38</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, p. 116, referem que a renúncia aos recursos ordinários “só é válida se provier de ambas partes”.

requisitos: os Centros que adotaram o modelo de regulamento harmonizado preveem o recurso quando “o valor do processo for superior ao da alçada do tribunal judicial de primeira instância e [a causa] tiver sido decidida segundo o direito” (art. 15.º-4); nos restantes casos, o regulamento remete para as regras aplicáveis ao recurso ordinário de decisões judiciais (art. 629.º-1 do CPC)<sup>39</sup>.

Ora, o valor médio reduzido dos litígios de consumo implica que, por regra, as decisões arbitrais não serão recorríveis em razão do valor. De facto, a análise dos diferentes regulamentos permite concluir que o recurso nunca será admissível quando a causa tenha um valor igual ou inferior a € 5 000. Assim, na prática, a recorribilidade das decisões arbitrais proferidas nos centros de arbitragem de consumo assume carácter residual.

Importa, no entanto, ter em conta que a admissibilidade do recurso, especialmente em litígios de valor reduzido, limita substancialmente o efeito útil da arbitragem potestativa. De facto, ao contrário daquilo que sucede na arbitragem, o recurso tem custos que podem exceder as “taxas de valor reduzido” previstas no art. 10.º-3 da Lei 144/2015.

Além disso, ao contrário do que sucedia no Decreto 128/XII e na Lei 74/2013, os regulamentos dos centros de arbitragem de consumo não adotam um critério que limite excessivamente a recorribilidade das decisões arbitrais face ao regime de recurso ordinário das decisões judiciais. O modelo de regulamento harmonizado adota até um critério que é, em parte, mais amplo, já que admite o recurso quando o valor da causa exceda os € 5 000, independentemente do valor da sucumbência. Quanto ao CACCL, a irreCORribilidade da decisão deve-se à circunstância de a competência em razão do valor estar limitada a litígios de valor igual ou inferior a € 5 000.

Há ainda outro aspeto a ter em conta. A relação que se estabelece entre o utente e o prestador de serviços no âmbito dos serviços públicos essenciais reveste natureza privada, independentemente de o prestador de serviços ser uma entidade pública ou

---

<sup>39</sup> Para uma análise mais desenvolvida desta questão, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 174 e 175.

privada<sup>40</sup>. Quer isto dizer que os litígios relativos a serviços públicos essenciais não envolvem o exercício de poderes de autoridade, argumento a que o Tribunal Constitucional atribuiu especial relevância no seu juízo de inconstitucionalidade dos diplomas relativos ao TAD.

Em síntese, o traço característico da arbitragem potestativa – a sujeição de uma das partes a este procedimento de RALC – afasta a regra da irrecorribilidade. Neste caso, não pode dizer-se que ambas as partes optaram por submeter o litígio à arbitragem e, ao fazê-lo, renunciaram ao direito de recurso. A restrição do controlo de mérito da decisão arbitral daí resultante implicaria uma violação do direito de acesso à Justiça pelo menos no que respeita ao prestador de serviços, considerando a sua vinculação legal à arbitragem na sequência de iniciativa do consumidor.

Como estamos perante relações de direito privado e o critério que delimita a recorribilidade em razão do valor das decisões arbitrais proferidas nos centros de arbitragem de consumo segue de perto o regime de recurso ordinário das decisões judiciais, não nos parece que a arbitragem potestativa no âmbito dos serviços públicos essenciais suscite qualquer problema de constitucionalidade. Repare-se, no entanto, que os termos em que a questão se coloca poderão ser alterados caso os centros de arbitragem de consumo introduzam limitações adicionais à recorribilidade das decisões arbitrais proferidas neste âmbito, designadamente em função do valor.

#### **4. Conclusão**

A assimetria de informação que, por regra, caracteriza as relações de consumo, aliada aos importantes efeitos processuais das cláusulas de RAL, explicam que a lei denote uma preocupação particularmente intensa quanto à inclusão dessas cláusulas em contratos de consumo. Assim, as cláusulas de mediação, de arbitragem ou mistas celebradas em momento anterior ao litígio só vinculam o profissional, podendo o consumidor optar, uma vez surgido o litígio, por submetê-lo a um meio de RALC ou a um tribunal estadual (art. 13.º-1 da Lei 144/2015).

---

<sup>40</sup> O carácter público dos serviços está essencialmente relacionado com o interesse geral nos mesmos, já que estes devem estar acessíveis ao público na sua globalidade. Neste sentido, seria preferível a referência a serviços de interesse geral em detrimento de serviços públicos essenciais.

A relevância do princípio da voluntariedade no âmbito da mediação e da arbitragem e o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 20.º-1 da CRP) conduzem a algum debate sobre os meios de RALC obrigatórios.

A lei portuguesa não prevê qualquer sistema de mediação obrigatória. Neste particular, a jurisprudência do TJUE tem considerado que um tal sistema não coloca em causa o direito de acesso à Justiça, desde que assegure certas garantias (por exemplo, celeridade, acessibilidade, custos reduzidos e suspensão de prazos).

O art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96 impõe ao profissional o recurso à arbitragem no âmbito dos serviços públicos essenciais mediante opção expressa do consumidor. Apesar de o Tribunal Constitucional não se ter pronunciado especificamente sobre esta regra, a análise de outras decisões sobre mecanismos similares leva-nos a concluir que a arbitragem potestativa não coloca em causa o direito de acesso à Justiça, já que estão em causa relações de direito privado e o regulamento dos vários centros de arbitragem de conflitos de consumo admite a interposição de recurso da decisão arbitral em moldes semelhantes àqueles que se encontram previstos para o recurso das decisões judiciais.

Numa breve análise do direito brasileiro, constata-se que há algumas diferenças importantes no tratamento destas questões.

No que respeita às cláusulas de arbitragem, há um extenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre a articulação entre a proibição de cláusulas compromissórias em contratos de consumo (art. 51.º-inciso VII do Código de Defesa do Consumidor<sup>41</sup>) e a permissão genérica de inclusão de tais cláusulas em contratos de adesão, verificados certos requisitos (art. 4.º-2 da Lei de Arbitragem)<sup>42/43</sup>.

A lei brasileira optou por não impor a mediação prévia como condição de admissibilidade das ações judiciais, mas o CPC de 2015 (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) introduziu uma fase inicial no procedimento comum, destinada a estimular a resolução consensual do litígio. Trata-se da audiência de conciliação e mediação, convocada após a apresentação da petição inicial e antes de começar a correr o prazo para o réu contestar (art. 334.º). Esta audiência realiza-se sempre que os interesses em causa admitam transação e desde que ambas as partes não manifestem desinteresse na

---

<sup>41</sup> Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>42</sup> Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>43</sup> Para uma análise mais desenvolvida das várias teses e argumentos, v. ELIZABETH DE ALMEIDA ABREU, *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, 2015.

resolução do litígio através destes meios (art. 334.º-§4º)<sup>44</sup>. Repare-se como esta regra pode implicar uma derrogação parcial do princípio da voluntariedade (art. 2.º-inciso V da Lei de Mediação brasileira<sup>45</sup>), já que a audiência tem lugar ainda que uma das partes declare, *a priori*, não estar interessada na mediação.

---

<sup>44</sup> Sobre este regime, v. FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual*, Vol. I, 17.ª edição, Podivm, 2015, pp. 623-626.

<sup>45</sup> Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.