DANIELA FILIPA CALADO MIRANTE

O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM: PARA A COMPREENSÃO DO CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM DESPORTIVA

Dissertação com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito, na especialidade de Direito Privado

Orientadora:

Doutora Mariana França Gouveia, Professora da Nova School of Law

Dezembro 2020

DANIELA FILIPA CALADO MIRANTE

O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM: PARA A COMPREENSÃO DO CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM DESPORTIVA

Dissertação com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito, na especialidade de Direito Privado

Orientadora:

Doutora Mariana França Gouveia, Professora da Nova School of Law

Dezembro 2020

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Daniela Filipa Calado Mirante

DECLARAÇÃO QUANTO AO NÚMERO DE CARACTERES

Nos termos do disposto no art. 20.º, n.º 2, do Regulamento n.º 756/2019 (Regulamento do Terceiro Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Doutor em Direito, da NOVA School of Law), declaro por minha honra que o corpo da presente dissertação totaliza 907.026 caracteres.

BARREIRO, 3 DE DEZEMBRO DE 2020

Daniela Filipa Calado Mirante

“Some people choose to see the ugliness in this world. The disarray. I choose to see the beauty. To believe there is an order to our days, a purpose.”, Dolores Abernathy, *Westworld*

AGRADECIMENTOS

A decisão de ingressar no programa de doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa parece-me longínqua. A ideia nasceu no ano de 2011 e foi amadurecida até 2012, ano em que me inscrevi no programa.

Não obstante ter sido uma decisão puramente individual e de todos os riscos serem exclusivamente meus, nunca, em momento algum, estive sozinha neste caminho.

Em primeiro lugar, o meu agradecimento à Fundação para a Ciência e Tecnologia, a qual me concedeu uma bolsa de doutoramento por um período de quatros anos (2013-2017) e sem a qual teria sido bem mais complicado ter a disponibilidade necessária para elaborar este trabalho.

Em segundo lugar, o meu agradecimento à Professora Doutora Mariana França Gouveia, a minha Orientadora e que nunca hesitou em aceitar colaborar comigo na construção deste projeto. Esta relação, que se iniciou com a sua orientação do meu mestrado, permitiu-me contar com a sua presença, dedicação e interesse, os quais se provaram inestimáveis para a conclusão de mais esta etapa no meu percurso académico.

Em terceiro lugar, não posso, em momento algum, deixar de mencionar e louvar todo o apoio que recebi das funcionárias da Biblioteca da Procuradoria-Geral da República: foram sempre disponíveis e incansáveis face aos meus incessantes pedidos. Por outro lado, à Biblioteca da FDUNL e aos seus funcionários (Cláudia Saltão, Carlos Artur, Paula Mendes e Maria Rosa) agradeço, mais do que todo o seu trabalho e competência inquestionáveis – sempre prontos a atender todos os meus pedidos –, a sua amizade e preocupação, bem como os sorrisos e simpatia que sempre me deram.

Devo ainda agradecer a simpatia e atenção dos Professores Doutores Ulrich Haas, Charles Jarroson, Jørgen Aall, Friedrich Rosenfeld e Andrea Marco Steingruber, os quais, com toda a simpatia, me disponibilizaram elementos bibliográficos de elevada importância para o meu trabalho e que de outro modo não teria tido acesso.

Um reconhecimento é ainda devido à minha cunhada Micaela e ao Alexandre, os quais, de formas distintas, me permitiram, sempre com um sorriso, acesso a elementos com uma importância crucial para a minha investigação. Um forte obrigada é ainda devido ao António Pedro Pinto Monteiro, o qual, com toda a amizade e partilhando o mesmo gosto pelo estudo da arbitragem, esteve sempre disponível, encorajando e incentivando à conclusão deste trabalho.

Em último, mas não menos importante, a minha restante família. Muito mais poderia ser escrito, mas basto-me com a referência a três pessoas: a minha Avó, a minha sogra e o meu marido.

A minha Avó sempre me incentivou e esteve presente. Fazia o maior gosto na minha felicidade e no meu percurso académico. Infelizmente, partiu fisicamente durante este processo, deixando muita saudade.

A minha sogra, que infelizmente nos deixou antes de tempo, sempre me incentivou a fazer mais e melhor. Agradeço todo o amor e apoio, lamento todas as preocupações e, acima de tudo, que não possa ter visto o produto final.

O meu marido foi a origem de todo este percurso. A ele agradeço o incentivo, o apoio, o tempo e, acima de tudo, o seu Amor. O Artur foi a minha rocha e o meu porto de abrigo. Fomos doutorandos em simultâneo, partilhámos gargalhadas, mas também momentos difíceis. Mesmo quando eu não acreditava, ele nunca duvidou e incentivou-me sempre a continuar. O Artur garantiu-me a serenidade necessária para ir sempre mais além.

Barreiro, Dezembro de 2020

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

A autora opta por não diferenciar a primeira citação das restantes, por entender não ser necessário repetir ao longo do trabalho os dados que são extensivamente indicados na lista final de bibliografia. Nesta medida, os textos são citados somente com os elementos que no contexto sejam úteis para a identificação dos mesmos e da ideia, nomeadamente: o nome do autor, o título abreviado (em regra, com as três primeiras palavras do título, acrescidas da última caso o autor tenha artigos ou obras com títulos iguais ou semelhantes, ou com duas palavras quando o título tiver originalmente apenas três palavras), os números das páginas em questão e, quando seja estritamente indispensável, a edição e o número do volume em causa. Esta forma de citação visa tão-somente evitar a utilização da citação autor-data, por considerarmos que esta última é de leitura mais desagradável.

Na bibliografia final todos os autores são citados pela ordem alfabética do seu último nome. Quando existam várias obras do mesmo autor, as mesmas são ordenadas cronologicamente, partindo da mais antiga para a mais recente, e, nos casos em que o ano de publicação seja idêntico, por ordem alfabética do título. Na indicação dos títulos suprimem-se as maiúsculas, exceto quando isso colida com regras ortográficas ou com a vontade expressa do autor da obra.

A jurisprudência portuguesa utilizada é identificada nas notas de rodapé através da indicação abreviada do tribunal e da data do acórdão. Na lista final de jurisprudência apresenta-se a indicação completa da decisão, a saber: tribunal, data, número de processo e relator. As decisões do Tribunal Constitucional são apresentadas somente com o número do acórdão, prescindindo da indicação do relator ou da relatora. A jurisprudência estrangeira tem, por sua vez, o mesmo tratamento que a nacional, com as devidas adaptações. As ordenações das listas finais de jurisprudência seguem um critério cronológico, partindo da mais antiga para a mais recente.

Salvo expressa indicação em contrário, todas as decisões jurisprudenciais dos tribunais portugueses referidas encontram-se publicadas em *www.dgsi.pt.* A apresentação das decisões jurisprudenciais ao longo do texto não tem por base um critério cronológico, obedecendo à sua relevância para a discussão da matéria em análise.

Todas as traduções indicadas ao longo deste trabalho são, salvo indicação expressa em contrário, da exclusiva responsabilidade da autora.

As transcrições de obras feitas apresentam-se entre aspas, de modo que se destaquem do restante texto.

As abreviaturas utilizadas são as de uso corrente, salvo ligeiras adaptações para evitar sobreposição. Estas últimas são apresentadas na página seguinte.

O presente trabalho rege-se pela ortografia do novo Acordo Ortográfico. Contudo, nas citações de jurisprudência e doutrina mantém-se a grafia utilizada na redação original das mesmas.

ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
ac.	acórdão
acs.	acórdãos
AIOWF	Association of the Winter Olympic International Federations
ANOC	Association of the National Olympic Committees
ASOIF	Association of Summer Olympic International Federations
APA	Associação Portuguesa de Arbitragem
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
BAT	Basketball Arbitral Tribunal / Tribunal Arbitral do Basquetebol
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfGE.	Bundesverfassungsgericht
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citado
CNI	Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958
CNIACC	Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo
CNUDCI	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
COI	Comité Olímpico Internacional
Coord.	Coordenação

CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CPC	Código de Processo Civil
CPC 1939	Código de Processo Civil de 1939, Decreto-Lei n.º 44 129, 28 de Dezembro de 1939
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL n.º 24/2014	Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, na redação do Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15/10 (Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial)
Directiva 93/13/CEE	Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores
Diretiva 2013/11/EU	Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE
DL CCG	Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais
DM	Deutsche Mark / Marco alemão
Ed.	Edição
Eds. / Ed.	Editores / Editor
ETAS	Estatutos do Tribunal Arbitral du Sport
EUA	Estados Unidos da América
EUPD	Estatuto de Utilidade Pública Desportiva
FAP	Federação de Andebol de Portugal

FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUCP	Faculdade de Direito da Universidade Católica
FEI	Federação Equestre Internacional
FIBA	Federação Internacional de Basquetebol
FIA	Federação Internacional de Atletismo
FIAuto	Federação Internacional de Automobilismo
FIFA	Fédération Internationale de Football Association / Federação Internacional de Futebol
FIG	Federação Internacional de Golf
FINA	Federação Internacional de Natação
FPA	Federação Portuguesa de Atletismo
FPB	Federação Portuguesa de Basquetebol
FPF	Federação Portuguesa de Futebol
FDUNL	Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
GG	Grundgesetz / Constituição da República Federal da Alemanha
HGB	Handelsgesetzbuch / Código Comercial Alemão
ICAS	International Council of Arbitration for Sport
ICC / CCI	International Chamber of Commerce (Paris) / Câmara de Comércio Internacional
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ILA	International Law Association
ISU	International Skating Union / Federação Internacional de Patinagem
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro
LAV86	Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que aprova a lei da Arbitragem Voluntária

LDC	Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na redação da Lei n.º 63/2019, Lei de Defesa do Consumidor
LDIP	Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de Dezembro, na versão de 1 de Abril de 2020
Lei n.º 34/2004	Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redação da Lei n.º 2/2020, de 31/03, que Regula o Acesso ao Direito e aos Tribunais
Lei n.º 144/2015	Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro que Transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo
LG	Landgericht de Munique I
LTAD	Lei nº 74/2013, de 6 de Setembro, alterada pela Lei nº 33/2014, de 16 de Junho, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto
n.º / n.os	número / números
OLG	Oberlandesgericht
Op. cit.	Obra citada
Org.	Organização
p. / pp.	página / páginas
proc.	processo
REIMP.	Reimpressão
REPRO	Revista de Processo
RIAC	Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação
RJCTPD	Lei n.º 54/2017, de 14 de julho (Regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, do contrato de formação desportiva e do contrato de representação ou intermediação)
RJCTPD98	Lei n.º 28/98, de 26 de Junho (Estabelece um novo regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e do contrato de formação desportiva e revoga o Decreto-Lei n.º 305/95, de 18 de Novembro)
RJFD	Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro, na redação da

	Lei n.º 101/2017, de 28 de agosto – Regime Jurídico das Federações Desportivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RTAS	Regulamento Processual do TAS
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
[*s.d*]	sem data
[*s.l*]	sem local
SpuRT	Zeitschrift für Sport und Recht
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAD	Tribunal Arbitral do Desporto
TAS / CAS	Tribunal Arbitral du Sport / Court of Arbitration for Sport
TCA Sul/Norte	Tribunal Central Administrativo Sul/Norte
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFS	Tribunal Federal Suíço
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law ou CNUDCI
V.	Ver

v.g.	*verbi gratia*
Vol. ou Vols.	Volume ou Volumes
YAR	Young Arbitration Review
ZPO	Zivilprozessordnung / Código de Processo Civil Alemão
ZPO Suíço	Schweizerische Zivilprozessordnung / Código de Processo Civil Suíço

RESUMO

A nossa tese toma por objeto o problema do consentimento na celebração de convenções de arbitragem. No entanto, optamos por delimitar o nosso objeto de estudo aos casos em que se verifique uma situação de desigualdade estrutural entre as partes, tomando como exemplo concreto o domínio da arbitragem desportiva transnacional.

Nesta medida, procedemos à análise dos conceitos-chave de arbitragem e convenção de arbitragem de modo a estabilizar dois elementos essenciais para a nossa dissertação, seguindo-se a introdução da problemática da igualdade dos sujeitos enquanto axioma estruturante do Direito Privado. Neste contexto, procurámos demonstrar que, de forma crescente, se verificam situações em que a ideia da igualdade das partes no âmbito do Direito Privado se encontra abalada pela existência de relações de desigualdade estrutural – as quais se afastam daquele modelo típico que repousa na ideia de partes colocadas em posições iguais e, desse modo, capacitadas para negociar a gestão dos seus interesses –, emergindo, pelo contrário, uma verdadeira relação especial de poder de uma parte sobre a outra. Assim, procedemos à densificação do conceito de relação de desigualdade estrutural e prosseguimos para a qualificação da posição do praticante desportivo como uma verdadeira posição de sujeição por referência às federações desportivas, o que se transmite ao plano da celebração da convenção de arbitragem.

Neste sentido, o que se procurou compreender, num primeiro momento, foi a ligação que se estabelece entre a preponderância que a autonomia privada tem no âmbito da celebração da convenção de arbitragem e a evolução que o próprio instituto da arbitragem vem registando, designadamente quanto à existência de arbitragens putativamente voluntárias e às consequências que, a nível de garantias processuais, podem resultar desta natureza não totalmente voluntária – ou, na expressão utilizada pelo TEDH, forçada – do instituto. Concluímos o nosso trabalho com a análise da relação que, em virtude da fragilidade de uma partes contratuais, se deve estabelecer entre a autonomia privada e o paternalismo, apresentando algumas conclusões que permitem compatibilizar a celebração forçada de convenções de arbitragem no desporto com as garantias processuais estabelecidas na CEDH e aplicáveis ao processo arbitral, as quais assumem

a especialidade resultante da inexistência de uma renúncia voluntária à jurisdição dos tribunais estaduais.

ABSTRACT

Our dissertation deals with the problem of consent in the conclusion of arbitration agreements. However, we choose to restrict our object of study to cases in which there is a situation of structural imbalance of power between the parties, taking the field of transnational sports arbitration as a concrete example.

To this extent, firstly, we proceed to the analysis of the key-concepts of arbitration and arbitration agreement in order to stabilize two essential notions of our dissertation and secondly, we approach the issue of equality between individuals as an axiom of Private Law. In this context, we have aimed to demonstrate that there are situations in which the idea of equality of the parties within the scope of Private Law is shaken by the existence of structurally imbalanced relations – which depart from the classical model of equal parties placed in identical positions and, thus, able to negotiate the management of their interests – where a true special power relationship emerges from one party over the other. Thus, we proceed to the densification of the concept of a structural inequal relation, and we continue by qualifying the position of the athlete as a true position of weakness by reference to the sport governing bodies', which has an impact in the conclusion of the arbitration agreement.

In this context, we aimed to understand the connection between the prominence that private autonomy has in what regards the conclusion of the arbitration agreements and the evolution that arbitration has been registering, namely vis-à-vis the existence of merely putatively voluntary arbitrations and the consequences that, in terms of procedural guarantees, may result from this not entirely voluntary nature - or, in the expression used by the ECHR, forced - of the institute. We conclude our work with the analysis of the relationship that, due to the existence of weak contractual party, must be established between private autonomy and paternalism. Thus, we present some conclusions may allow this forced conclusion of arbitration agreements in sport to be compatible with the procedural guarantees enshrined by the ECHR and that are applicable to the arbitration proceedings', which assume the specialty resulting from the absence of a voluntary waiver of the jurisdiction of state tribunals.

CAPÍTULO I

§ 1.º INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação e Delimitação do Tema

I – A nossa tese de doutoramento tem por objeto um tema que entendemos ser central no domínio do Direito Privado: a autonomia privada na celebração de contratos. No entanto, dada a necessidade de delimitar o âmbito do nosso estudo, optamos por analisar o problema por referência a um tipo contratual em particular: a convenção de arbitragem, procurando compreender o papel desempenhado pelo consentimento das partes na celebração deste contrato.

O princípio da autonomia privada, sendo um dos esteios fundamentais em que se alicerça o nosso sistema jurídico[1], é essencial no que concerne ao estudo do Direito Privado. Logo, a análise do papel do consentimento enquanto expressão da voluntariedade na celebração de convenções de arbitragem é uma perspetiva necessária, especialmente num momento em que o contrato – historicamente fundando na igualdade jurídica dos participantes – vê a sua natureza consensual[2] colocada em causa por profundas transformações na sua génese[3].

[1] A par de outros princípios, tal como o da igualdade das partes. Cfr. H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral...*, pp. 62 e ss., bem como J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 105. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO considera-o como um dos "princípios fundamentais das ordens jurídicas", v. *O Direito...*, p. 19. Esta não é uma realidade exclusivamente portuguesa, v., por exemplo, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des...*, pp. 1 e s., J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, pp. 63 e ss., M. SCHMIDT, *Konkretisierung von Generalklauseln...*, pp. 268 e ss., P. BYDLINSKI, *Grundzüge des Privatrechts...*, pp. 127 e ss., L. FERRI, *L'autonomia privata*, pp. 7 e ss., F. DE CASTRO, "Notas sobre las...", pp. 998 e ss. M. CARNEIRO DA FRADA considera que a autonomia privada e a justiça, consubstanciam "dois vetores básicos do direito dos contratos; o que é dizer ainda, dois princípios do Direito Civil", cfr. "Autonomia privada...", p. 239.

[2] V., G. GORLA, "Il dogma del...", p. 921.

[3] A figura do contrato tem vindo a registar uma evolução sucessiva nos últimos séculos, metamorfoseando-se. Para uma breve síntese da evolução do direito contratual, cfr. J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em...*, Vol. I, pp. 228 e ss.

Até determinado momento, este processo de transformação não havia colocado verdadeiramente em risco a sua génese voluntária. Todavia, com o advento da contratação em massa, sobretudo a partir da Revolução Industrial, com o recurso a contratos de adesão e/ou cláusulas contratuais gerais, podemos registar como que um real declínio dos moldes clássicos em que se concebia o instituto do contrato.

A figura do contrato – na modalidade de convenção de arbitragem – assume uma essencialidade no nosso trabalho. Se o negócio jurídico, em geral, e os contratos, em particular, são o veículo para o próprio exercício da autonomia das partes[4], pois é por via da celebração daqueles que tem lugar a corporização, no plano jurídico, da possibilidade que os indivíduos têm de conformar a sua vida, atuação ou relações jurídicas, são igualmente o resultado dessa mesma capacidade criativa dos indivíduos[5].

Cfr. sobre a imputação da origem histórica desta fórmula de contratação na Revolução Industrial, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contrato*s I, pp. 157 e ss. e J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas Contratuais Gerais...Civil", pp. 5-22, bem como do mesmo autor, "Cláusulas Contratuais Gerais...Fé", pp. 14 e ss. Se por um lado, a liberdade de convencionar o conteúdo contratual – liberdade de estipulação – se apresenta como efetivamente reduzida para uma das partes da relação (o aderente), por outro lado pode nem existir uma verdadeira possibilidade de escolha da contraparte (pense-se, a título de exemplo, nas situações em que há uma situação de monopólio na prestação ou comercialização de determinado bem ou serviço; isto sucede, entre outros casos, na prestação dos serviços de água, os quais, em regra, pertencem ao monopólio das autarquias) ou sequer uma verdadeira opção no sentido de contratar ou não contratar, pois somente a celebração do contrato permite (no total ou em parte) o suprimento da necessidade dos indivíduos. Cfr., na doutrina nacional entre outros, C. ALBERTO DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", pp. 119-148, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas Contratuais Gerais...Fé", p. 574, bem como J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em...*, Vol. I, pp. 251 e ss. e o nosso "Os contratos de adesão...", pp. 57 e ss.

Contudo, as transformações mais recentes, sobretudo no plano transnacional (embora irradiando para os domínios nacionais) vêm afastar o instituto do contrato da sua origem voluntária e, em certa medida, pelo menos, igualitária. Como bem destacam alguns autores, neste momento, "sob o disfarce do contrato, os mercados desenvolveram normações privadas autoritárias, as quais não se destinam a regular apenas uma relação contratual individual, reunindo, pelo contrário, todas as características de um ato legislativo geral. Assim, já não existe aqui um consenso contratual genuíno. Em vez disso, as empresas e as associações empresariais, tomando por base as relações de poder assimétricas e comparáveis àquelas que se verificam entre o Estado e os cidadãos, estabelecem uma verdadeira normatividade unilateral.", cfr. G. TEUBNER, "Exogenous self-binding...", p. 8. Ainda do mesmo autor v. "In the Blind...", pp. 52 e ss., *Constitutional Fragments*, pp. 47 e ss. Na doutrina nacional, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, *policopiado*, p. 554.

Neste sentido, o que se verifica em diversos domínios – fenómeno particularmente acentuado no desporto profissional – é uma utilização do contrato como forma de imposição e conformação de determinadas situações jurídicas, afastando-se, desta forma, qualquer margem para consenso quer quanto à celebração, quer no que respeita à estipulação do seu conteúdo. Voltaremos a este aspeto em momento posterior.

[4] Já assim defendia J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, Vol. II, p. 63. P. RECIGNO, por sua vez, qualifica o contrato enquanto o instrumento de autonomia mais utilizado pelos privados, v. "L'autonomia dei...", p. 187. L. CARVALHO FERNANDES refere-se ao negócio jurídico como um dos principais instrumentos colocados ao serviço da autonomia privada, cfr. *A conversão dos...*, p. 31, no mesmo sentido A. PINTO MONTEIRO, "O contrato na...", p. 9. H. KELSEN, *Teoria Pura do...*, p. 287, qualifica o contrato como "o negócio jurídico de longe mais importante no Direito moderno".

[5] Ou nas palavras de KELSEN: "o negócio jurídico é usado tanto para significar o acto produtor da norma quanto ainda a norma produzida pelo acto", cfr. H. KELSEN, *Teoria Pura do...*, p. 285.

Esta possibilidade que um indivíduo tem de conformar ou disciplinar as suas relações jurídicas (constituindo, modificando ou extinguindo as mesmas) consubstancia um reflexo do princípio da autonomia privada[6].

No plano do Direito Privado[7], caracterizado tradicionalmente por uma posição de igualdade – tendencial ou pelo menos no plano jurídico – dos intervenientes, é consagrada uma ampla liberdade de atuação aos particulares. O tráfego jurídico pauta-se, desta forma, pela vontade ou conveniência dos intervenientes no âmbito da prossecução dos seus interesses, desenvolvendo verdadeiras teias normativas no que respeita às suas vinculações e obrigações.

A ordem jurídica atribui aos sujeitos a possibilidade de autocomposição e autorealização dos seus interesses, bem como da sua esfera jurídica, promovendo o desenvolvimento constante da sociedade e das relações jurídicas[8]. Estamos, no fundo, perante a consagração ou reconhecimento jurídico do livre-arbítrio dos indivíduos, assumindo que os mesmos se encontram numa posição privilegiada para melhor determinarem a atuação que lhes convém no desenvolvimento da sua vida e personalidade[9].

Por conseguinte, existe assim uma "permissão genérica de atuação jurígena"[10], com base na qual o sujeito pode conformar livremente[11] as suas relações jurídicas, vendo produzidos os respetivos efeitos jurídicos resultantes das mesmas, tendo a possibilidade

[6] Já assim afirmava C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 103, ensinando que a autonomia privada corresponde a um fenómeno de autocomposição e regulação dos interesses das pessoas. J. ANTUNES VARELA, por seu turno, refere-se, neste contexto, ao princípio da liberdade contratual como "trave-mestra da teoria dos contratos", dado que aquele princípio se assume como um "corolário da autonomia privada", v. *Das Obrigações em...*, Vol. I, p. 231.

[7] Afastamos, desde já, quaisquer considerações quanto à autonomia privada da Administração Pública ou das entidades públicas, por não se inserir no objeto do nosso estudo. Remete-se sobre a matéria, entre outros, para J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, *passim*.

[8] V. L. CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos...*, p. 32.

[9] Há mesmo quem se refira a uma "posição necessária de liberdade e auto-determinação do sujeito num dado ordenamento", v. M. SEVERO GIANNINI, "Autonomia (Saggio sui concetti...", p. 376.

[10] Recuperando a expressão de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de... Civil, II...*, p. 40.

[11] Dentro dos limites estabelecidos por lei, tal como resulta do art. 405.º, n.º 1 do Código Civil, tomando como exemplo o ordenamento jurídico português. V. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, pp. 107 e ss., J. MORAIS CARVALHO, *Os Limites à...*, pp. 7 e ss.

de desenvolver a sua atuação num espaço de liberdade e de construir a disciplina que guia os seus atos e as suas relações em sociedade[12].

II – Esta liberdade conformativa não se apresenta como ilimitada[13]. O ordenamento jurídico português, à semelhança do que existe nos seus congéneres europeus e diferentemente do que se verificaria num hipotético sistema jurídico de matriz puramente liberal[14], não prevê a existência de uma autonomia privada tendencialmente ilimitada. Existem, por certo, limites ou diminuições àquela, os quais se podem traduzir em restrições não só à liberdade de contratar, como também à escolha dos contraentes, do conteúdo e termos do contrato[15].

Neste contexto, optamos por cingir o nosso estudo aos limites da autonomia privada na celebração de contratos, afastando do nosso escopo qualquer indagação quanto à mesma problemática no domínio dos negócios jurídicos que não assumam uma natureza bilateral ou, numa designação mais genérica, contratual[16]. Não abordaremos, portanto, os

[12] Ou "o poder que têm os particulares de se dar um ordenamento, reconhecido por um ordenamento superior", v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, p. 68.

[13] A conceção de uma liberdade das partes totalmente isenta de limites (ou com fronteiras mínimas) encontra-se abandonada, existindo, pelo contrário, restrições que as partes não podem no âmbito da sua função criativa ultrapassar. A este propósito, cfr. por exemplo, J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em...*, Vol. I, pp. 230 e ss., J. J. ABRANTES, *A vinculação das...*, p. 24, R. DE ALARCÃO, *Direito das Obrigaç*ões, pp. 77 a 90, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria..*, vol. II, pp. 79, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, pp. 449 e ss., bem como J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da ...", p. 105 e *Os Limites à...*, pp. 7 e ss.

[14] J.DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução...*, pp. 75 e ss., A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de*..., p. 247 e J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", pp. 104-105.

[15] Pense, desde já, nas limitações quanto aos sujeitos (v.g., os menores, os interditos, os inabilitados), quanto ao objeto (v.g. bens que se encontrem fora do domínio jurídico ou cuja contratualização viole a ordem pública e ou os bons costumes), quanto ao conteúdo ou quanto à forma do negócio jurídico, entre outros. Seguimos aqui de perto a síntese de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução...,* pp. 75 e ss. Considere-se ainda o art. 280.º, n.º 2 do CC, o qual configura uma "cláusula geral" que permite reagir contra "os perigos da autonomia contratual [os quais] não podem ser todos afastados por normas imperativas expressas". As expressões são de J. BAPTISTA MACHADO, "O princípio da...", pp. 641-642, o qual considera, no mesmo texto, que a ordem púbica desempenha "uma função limitadora da vontade contratual".

[16] Sobre a noção de negócio jurídico, v., entre tantos outros e a título meramente indicativo de entre a doutrina nacional, C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, pp. 104-105, A. PINTO MONTEIRO, *Noções Gerais de...*, p. 80, J. DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do...*, vol. II, pp. 21 e ss, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, Vol. I, pp. 22 e ss. (focando-se no problema dos limites do negócio jurídico), M. A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da...*, Vol. II, pp. 25 e ss., E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria...*, pp. 17 e ss., H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral...*, pp. 253 e ss., L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral da...*, Vol. II, p. 31 e ss. e do mesmo autor *A conversão dos...*, pp. 27 e ss., J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, pp. 61 e ss., L. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito...,* pp. 517 e ss..

limites da vinculação unilateral ou quaisquer outros mecanismos pelos quais seja possível a constituição unilateral de vínculos obrigacionais[17-18]. Entendemos fundar a matriz da nossa dissertação no paradigma contratual *stricto sensu*.

III – Por outro lado, existe um segundo grau da delimitação do nosso objeto. Aquilo de que nos ocuparemos é da análise dos limites da liberdade de contratual a propósito de um tipo contratual em específico: a convenção de arbitragem no domínio desportivo. Uma análise que não comportasse uma delimitação desta ordem excederia, em muito, os limites do presente trabalho.

Para os efeitos do presente estudo[19], entende-se por convenção de arbitragem o acordo das partes em submeter o seu litígio, atual[20] ou futuro[21], à decisão por árbitros, podendo ser celebrada sob a forma de um contrato autónomo ou de uma cláusula inserida num qualquer texto contratual[22].

Deste modo, a convenção de arbitragem consubstancia uma dupla – e complementar – expressão de vontade das partes: em primeiro lugar, a subtração do conhecimento do seu litígio à jurisdição dos tribunais estaduais[23] e, por outro lado, a atribuição de competência a árbitros para a decisão do mesmo. É neste sentido que se pode afirmar que este contrato consubstancia o fundamento mediato[24] da competência

[17] É neste sentido que optamos por não abordar a problemática relativa à inclusão de convenções de arbitragem em negócios jurídicos unilaterais.

[18] Foi recentemente discutida uma dissertação de doutoramento sobre essa temática, para a qual se remete de forma geral, cfr. M. MOURA, *Os limites da...*, sobretudo as pp. 307 e ss.

[19] Sem prejuízo de se regressar ao mesmo em momento posterior.

[20] Consubstanciando aqui um compromisso arbitral, cfr. art. 1.º, n.º 3, primeira parte da LAV.

[21] Assumindo a forma de cláusula compromissória, v. art. 1.º, n.º 3, segunda parte da LAV

[22] Recuperamos aqui o conceito já defendido em A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de*..., p. 126. Destaque-se, inclusivamente, que uma cláusula compromissória pode constar no texto dos estatutos de uma pessoa coletiva, configurando, tendencialmente, nessas situações, uma cláusula contratual geral ou mesmo um contrato de adesão. Voltaremos a este aspeto em momento posterior do nosso texto.

[23] Quer a jurisdição comum, quer a jurisdição administrativa.

[24] A origem da fundamentação da competência jurisdicional dos árbitros – e aqui referimo-nos somente à arbitragem voluntária – é um aspeto controvertido no plano doutrinário, dependendo, para esse efeito, da perspetiva que se adote quanto à mesma. Numa abordagem puramente voluntarista, faz-se radicar a legitimidade decisória do tribunal arbitral exclusivamente na vontade nas partes. Neste contexto, os tribunais arbitrais existem apenas por expressa e exclusiva vontade daquelas, as quais celebraram uma convenção de arbitragem com vista a atribuir o poder decisório sobre o seu litígio a um terceiro (ou terceiros) independente e imparcial. Assim, a competência jurígena daqueles tribunais tem a sua origem na vontade (ou declaração de) das partes em conflito. Parece ser este o entendimento de, por exemplo, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 126, bem como de P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, p. 115, designadamente quando se refere à autonomia privada "enquanto fonte jurígena da competência de um tribunal arbitral". Ainda assim, a Autora, na mesma obra, menciona

jurisdicional do tribunal arbitral: este último pode conhecer e decidir o conflito das partes porque estas, no âmbito da sua autonomia e dentro dos limites legais, optaram por atribuir o poder decisório sobre o seu conflito a um tribunal que se situa fora da estrutura jurisdicional tradicional do Estado, subtraindo, deste modo, a decisão do mesmo à jurisdição que seria naturalmente competente.

Significa, portanto, que as partes decidem conscientemente adjudicar o poder decisório da sua causa a um terceiro, afastando, pelo menos num primeiro momento[25], a competência dos tribunais judiciais. Por sua vez, o terceiro a que a competência foi atribuída – o árbitro ou árbitros – profere uma decisão vinculativa sobre o objeto do litígio, a qual reveste a natureza de uma sentença e que se traduz num verdadeiro exercício da atividade jurisdicional[26].

Nesta medida, no âmbito da arbitragem voluntária cruzam-se dois elementos[27] que embora distintos são, em bom rigor, complementares: (i) um contratual – a convenção de arbitragem – e (ii) um jurisdicional, que se traduz na competência do tribunal arbitral.

---

que a competência do tribunal arbitral se funda na convenção de arbitragem, à qual a "lei reconhece determinados efeitos".

Por outro lado, há quem considere que a fonte de legitimação da competência do tribunal arbitral resulta de uma combinação de dois elementos: (i) o primeiro deles é a previsão normativa de existência de tribunais arbitrais – que na hipótese nacional reside no art. 209.º, n.º 2 da CRP – e (ii) o segundo fator reside na posterior celebração de uma convenção de arbitragem pelas partes. Por conseguinte, consideram que a jurisdição arbitral existe, por um lado, em virtude da previsão constitucional da existência da mesma na ordem jurídica nacional e, por outro lado, depende sempre da celebração de um contrato entre as partes no sentido de atribuir aos árbitros o poder de compor o seu conflito. Cfr., sustentando esta posição, P. OTERO, v. "Exercício de Poderes", p. 848. A mesma questão havia já sido identificada por J. LEBRE DE FREITAS, cfr. "Algumas implicações da...", p. 550. Com entendimento semelhante, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos...*, pp. 345 e ss. e, em certa medida, P. GONÇALVES, cfr. *Entidades Privadas com...*, pp. 564 e ss., especialmente a nota n.º 441.

Uma terceira posição, ainda que na essência se reconduza àqueles que perfilham a tese da origem puramente assente no elemento voluntarista da arbitragem, sustenta que ainda que a vontade das partes seja fundamental para a origem da competência jurisdicional dos árbitros, a tónica não pode residir somente neste fator. Assim, entendem que a eficácia última da competência arbitral se encontra dependente, em grande medida, da validade e eficácia da convenção de arbitragem e do seu reconhecimento por parte dos tribunais estaduais. Neste sentido, cfr. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, pp. 229-230.

[25] Assiste às partes a possibilidade de preverem um recurso de mérito da decisão arbitral para os tribunais judicias. No ordenamento português a norma está consagrada no art. 39.º, n.º 4 da LAV.

[26] M. REBELO DE SOUSA, "As indemnizações por...", pp. 389 e ss., *maxime* p. 390.

[27] Embora no mesmo sentido, A. FLAMÍNIO DA SILVA refere-se a "duas dimensões" da arbitragem voluntária, cfr. *A Resolução de...*, p. 346.

Numa fórmula que se popularizou junto da doutrina[28] e da jurisprudência[29], a arbitragem apresenta-se como "contratual na origem, privada na sua natureza, jurisdicional na função e pública no seu resultado".

Portanto, ainda que sem ignorar a previsão constitucional de admissibilidade da existência de tribunais arbitrais, a preponderância da vontade das partes não pode ser descurada ou diminuída no domínio arbitral, pois é do contrato celebrado que resulta a competência do tribunal arbitral (é o seu fundamento mediato): este apenas pode conhecer e decidir os litígios abrangidos por aquele e apenas tem competência porque naquele negócio jurídico as partes assim lhe atribuíram. Consequentemente, através de um ato de gestão privada dos seus interesses – o contrato – tem lugar a atribuição a um tribunal arbitral do poder (e dever) de conhecer e julgar um litígio (ou conjunto de litígios) e que, nesse aspeto, desempenha uma função jurisdicional equivalente ao padrão judicial tradicional[30], produzindo uma sentença que se encontra legalmente equiparada[31] à decisão de um tribunal estadual. É neste contexto que se qualifica a arbitragem como pública no resultado.

IV – Poder-se-ia, em teoria, questionar qual seria a particularidade deste tipo contratual específico que justifique a necessidade de realizar um estudo com uma tal profundidade. A natureza jurídica de uma convenção arbitral não se assume, na

[28] Junto da doutrina nacional a paternidade da expressão atribui-se a F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", p. 555. Perfilhando o mesmo entendimento, v. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 119, J. L. ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos...*, p. 79, A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, pp. 168 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 347.
No panorama internacional já C. JARROSSON afirmava que a arbitragem assume uma natureza mista, pois é "convencional na origem e jurisdicional na sua função", cfr. *La Notion...*, p. 5. V. entre outros, C. SERAGLINI E J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, pp. 21 e ss., SCHWAB E WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 1, P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman...*, pp. 13 e ss., J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage: nature...*, *passim*, H. MOTULSKY, *Écrits, Études et...*, pp. 16-17, bem como A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire..., passim*.

[29] Entre vários outros e a propósito da natureza jurídica da arbitragem, cfr. (i) os acs. do STJ de 20/01/2011, de 08/02/2018, de 18/01/2000, de 06/10/2011, de 12/11/2019; (ii) os acs. do TRC de 21/04/2015, de 05/02/2013, e de 18/10/2011; (iii) os acs. do TRE de 10/10/2019, de 12/07/2018, de 08/09/2016 e de 26/04/2012; (iv) os acs. do TRG de 09/07/2015, de 25/09/2014 e de 30/01/2014; (v) os acs. do TRL de 30/05/2015, de 15/05/2007, de 17/12/2013; (vi) os acs. do TRP de 17/06/2014, de 13/04/2015, de 23/03/2004 e de 17/04/2007 e (vii) os acs. do TC: n.º 230/86, n.º 52/92, n.º 230/2013, bem como os acs. n.º 419/87, n.º 33/88, n.º 98/88, n.º 757/95, n.º 259/97, n.º 2/2013 onde se reafirma a natureza jurisdicional da arbitragem.

[30] V. A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade...*, p. 169.

[31] Art. 42.º, n. º 7 da LAV.

atualidade, como um aspeto problemático, sendo reconhecida a sua génese contratual[32]. Aquela configura um negócio jurídico bilateral[33], sendo neste que se funda a competência do tribunal arbitral[34]. Este contrato materializa a intenção das partes em recorrer a uma jurisdição que não a estadual, assumindo-se como a pedra de toque da arbitragem enquanto meio de resolução alternativa de litígios[35-36].

Neste sentido, a convenção arbitral consubstancia um negócio jurídico processual[37], o qual tem por objeto o exercício de um direito fundamental: o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva. Aqui reside, a nosso ver, a especialidade e a importância da questão. Efetivamente, quando as partes acordam entre si a subtração do conhecimento de um determinado litígio à jurisdição estadual, o que está aqui em causa

[32] C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de arbitragem...", p. 83, J.LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da...", pp. 551-553 e, do mesmo autor, "O Princípio do...", p. 33, bem como "Alcance da determinação...", p. 569, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", pp. 1095 e ss. Cfr., ainda, P. COSTA E SILVA E N. TRIGO DOS REIS, "A natureza do...", pp. 982-983, R. VENTURA, V. "Convenção de Arbitragem", pp. 296 e ss., M. H. MESQUITA, por sua vez, qualifica a convenção somente como um contrato, v. "Arbitragem: Competência do...", p. 1382.

[33] R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", 1986, p. 303, L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, p. 188, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de arbitragem...", p. 83. No mesmo sentido, cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, "Da Ordem Pública...", 2013, p. 592.

[34] É, neste sentido, que se afirma que a arbitragem é "contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado", cfr. F. CORTEZ, "A Arbitragem Voluntária...", p. 555, que veio introduzir na doutrina portuguesa a expressão popularizada por C. JARROSSON, *La Notion...*, p. 5.

[35] Recuperemos aqui a metáfora de M. FRANÇA GOUVEIA quando afirma que a convenção arbitral é "(…) uma espécie de foco de luz que ilumina a área de competência. O que estiver na escuridão, mesmo que relacionado com o litígio inserido na convenção, não pode ser decidido pelo tribunal arbitral", *Curso de Resolução...*, p. 126.

[36] Como afirma L. DE LIMA PINHEIRO, "[o] estudo do regime jurídico da convenção de arbitragem constitui assim um aspeto central da investigação científica em matéria de arbitragem", v. "Convenção de arbitragem...", p. 1095.

[37] Sobre a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual, v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de arbitragem...", p. 83, J. LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da...", pp. 551-553 e, do mesmo autor, "O Princípio do...", p. 33, bem como "Alcance da determinação...", p. 569 e "Da renúncia ao...", p. 336, J.P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à...*, p. 51, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", pp. 1095 e ss., P. COSTA E SILVA E N. TRIGO DOS REIS, "A natureza do...", pp. 982-983, P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, p. 86, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* p. 127, L. A. DE CARVALHO FERNANDES, *Cláusula compromissória e...*, p. 5, I. GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos...*, 3.ª Ed., p. 51, M. STACHER, *Einführung in die...*, p. 29 e do mesmo autor *Die Rechtsnatur der..., passim*, R. TRITTMANN E I. HANEFELD, "§1029", p. 81, T. GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, pp. 145 e ss. Para uma nova avaliação do problema, A. MARKUS MAYR, *Schiedsvereinbarung und Privatrecht...*, pp. 22 e ss. R. VENTURA, por seu turno, evita a utilização da qualificação processual, optando pela locução "adjetiva", buscando, ainda assim, referir-se à mesma realidade. V. "Convenção de Arbitragem", p. 299.

é a impossibilidade de exercício desse direito junto dos tribunais estaduais, ficando vinculadas, pelo menos num primeiro momento, somente à jurisdição arbitral[38].

Resulta assim claro que a celebração de uma convenção de arbitragem se traduz, portanto, numa renúncia das partes ao exercício de um direito fundamental[39]. Encontramo-nos, deste modo, num domínio em que se cruzam com igual acuidade os princípio de liberdade contratual em que assenta o Direito Privado[40] com a renúncia ao exercício de um direito fundamental de natureza análoga a um direito, liberdade e garantia[41].

V – Tópico essencial de análise no nosso estudo é, pois, o princípio da liberdade contratual, em ambas as suas vertentes: a liberdade de celebração e a de estipulação. Este princípio encontra, entre nós, consagração legal expressa no artigo 405.º[42] do CC[43],

[38] Considere-se o disposto no artigo 96.º, al. b) do CPC, pese embora o facto da exceção não ser de conhecimento oficioso do tribunal, cfr. o artigo 97.º, n.º 1 do mesmo diploma. Sobre a *ratio* que subjaz ao conhecimento não oficioso, v. J. LEBRE DE FREITAS e I. ALEXANDRE, *Código de Processo...*, Vol. I, p. 201.

[39] V. P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 565, nota 450. Neste contexto entendemos por renúncia a autolimitação do exercício do direito fundamental de acesso à justiça aos tribunais estaduais, operada por meio de uma declaração de vontade, e que tem por efeito uma compressão da esfera de proteção garantida pela Constituição ao respetivo titular do direito. Sobre o conceito de renúncia a um direito fundamental na doutrina portuguesa, V. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 21 e ss., J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos...*, *passim*, e do mesmo autor *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, pp. 211 e ss., J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais,* pp. 146 e ss., J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 306 e ss. sobre o conceito de renúncia no Direito Civil, cfr. F. M. DE BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa*, pp. 31 e ss. Voltaremos ao tema em momento posterior.

[40] Tal posição já havia sido defendida por C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 58. Com a mesma posição encontramos I. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., p. 62.

[41] É esta a qualificação que a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem dando ao direito fundamental consagrado no art. 20.º, n.º 1 da CRP. Cfr. os seguintes acs. do Tribunal Constitucional: n.º 311/2008, n.º 347/2009, n.º 230/2013, e designadamente os acs. n.º 221/2019 e n.º 661/2019. Por outro lado, devemos referir que a concretização do direito de acesso à justiça se refere tendencialmente ao direito a aceder à justiça estadual. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, pp. 406-419, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, pp. 487 e ss., R. MEDEIROS, "Artigo 20.º", pp. 304-333, M. RAPOSO, "O acesso ao...", pp. 391-403, R. PREUSS DUARTE, *Garantia de Acesso...*, pp. 118 e ss..

[42] Norma onde encontra consagração legal expressa o princípio da liberdade contratual, o qual consubstancia "(…) um corolário do princípio da autonomia privada", V. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil*, Vol. I, 4.ª Ed., 1987, p. 355. De acordo com A. PRATA, no art. 405.º, n.º 1 do CC consagram-se a liberdade de celebração e de estipulação, duas vertentes da liberdade contratual, Cfr. "Artigo 405.º", p. 503.

[43] V. A. PRATA, "Artigo 405.º", p. 503, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, p. 269.

consubstanciando um dos pilares fundamentais[44] do Direito Privado em geral e do Direito Civil em particular[45].

Nestes termos impõe-se perceber em que medida esta liberdade tem evoluído ou sido desenvolvida face às profundas mudanças sociais que se têm vindo a registar, sobretudo perante a realidade que alguns autores têm vindo, nas últimas décadas, a classificar como a "crise do contrato"[46].

Um ponto de partida que tomamos como essencial é que a liberdade contratual de um não pode, de forma alguma, implicar um total afastamento da liberdade da sua

[44] J. M. SÉRVULO CORREIA refere-se à liberdade contratual, na sua veste de manifestação da autonomia privada, como "um princípio geral de direito civil", cfr. *Legalidade e Autonomia...*, p. 429. No mesmo sentido encontramos C. FERREIRA DE ALMEIDA quando se refere ao contrato como uma "instituiç[ão] jurídic[a] basila[r] do sistema", v. *Os Direitos dos...*, p. 10, bem como J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, p. 63, qualificando-o como "um dos princípios essenciais da convivência social". No plano internacional, e entre vários outros, G. TEUBNER refere-se ao contrato como "a instituição mais fundamental do Direito Privado", cfr. "In the Blind...", pp. 51. V., igualmente, C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 97 e, *maxime*, pp. 102 e ss., J. MORAIS CARVALHO, *Os limites à...*, p. 7

[45] No que concerne ao seu fundamento no plano constitucional, a questão apresenta-se como de maior complexidade, não existindo, na doutrina portuguesa, uma resposta inequívoca quanto à consagração constitucional do princípio da autonomia privada. Analisaremos a questão em momento posterior.
C. A. DA MOTA PINTO, ensinava que este princípio da liberdade contratual, caracterizador do Direito Privado português, encontra-se necessariamente em conexão com "as características de um sistema económico e social", desde logo pelo facto de a liberdade contratual supor o reconhecimento da atividade económica pelo mercado. V. *Teoria Geral do...*, pp. 121-122. A. PINTO MONTEIRO, por seu turno, acrescenta que a autonomia privada "constitui uma das manifestações mais marcantes do pensamento filosófico-cultural e económico do liberalismo", cfr. *Cláusulas Limitativas e...*, p. 44.

[46] Considere-se, desde logo, o clássico texto de G. GILMORE, *The Death of Contract*, onde o autor aborda com detalhe o declínio e a morte da teoria geral do contrato, cfr. pp. 61 e ss. A este propósito, mas impendendo o foco sobre o afrouxamento da autonomia privada e da liberdade contratual em relação com a referida crise do contrato, P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, pp. 601 e ss., bem como F. H. BUCKLEY (Ed.), *The Fall and Rise of freedom of contract*, pp. xi e ss., R. A. HILLMAN, "The Crisis in Modern Contract Theory", pp. 103 e ss., D. ROEBUCK, "The crisis of contract", pp. 191-203, entre outros.
Na doutrina nacional a expressão é acolhida por A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de ...Civil, II – Parte Geral*, p. 174. J.DE OLIVEIRA ASCENSÃO, por seu turno, refere-se a uma crise da autonomia privada, cfr. *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, p. 79. P. MOTA PINTO, por sua vez, analisa a questão do prisma do "crepúsculo" do negócio jurídico e não face à chamada crise da autonomia privada ou do contrato. O autor considera que na figura do negócio jurídico se vêm a refletir vários dos problemas que se registam no domínio do contrato e que, desse modo, contaminam aquele plano. Ainda assim, entende que mesmo que se registe um momento de crise (ou de tensão, acrescentamos nós) a autonomia privada e o contrato não se encontram em perigo mortal, "não estando decisivamente postos em causa" por um conjunto de dois fatores: (i) por um lado, em virtude da situação atual das sociedades ocidentais e (ii) atendendo ao facto que a autonomia privada, e nessa medida o contrato, são impostos por normas constitucionais. Cfr. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 54.

contraparte, sob pena de o contrato cessar a sua função de meio de desenvolvimento económico-social e da personalidade[47].

Consequentemente, é imperativo questionar em que termos se efetiva a autonomia privada[48], no sentido de saber se bastará uma consagração formal da mesma – assumindo a existência de uma posição de igualdade de todos os contraentes no domínio do Direito Privado e que, nessa medida, todos terão a mesma liberdade de negociação e estipulação – ou, se por outro lado, será necessária uma intervenção – estatal[49] – para garantir uma verdadeira posição de liberdade contratual[50].

VI – Não será, pois, suficiente que nos bastemos com a exigência de uma mera igualdade formal dos intervenientes contratuais e que radique no postulado que as partes se apresentam num mesmo e igual patamar negocial aquando da celebração dos seus negócios jurídicos.

Na verdade, a ideia de um Direito Privado como um domínio marcado pela plena igualdade dos sujeitos[51] já há muito que não tem correspondência plena na realidade[52]. A

[47] Em suma: "(…) o principal limite imposto à autonomia privada resulta das autonomias dos outros", assim afirma A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, I, Vol. I – Parte Geral, p. 957. Ou como relembra C. FERREIRA DE ALMEIDA, "(...) a liberdade autêntica pressupõe realmente uma paridade de situações e se transforma facilmente em falta de liberdade, quando, nos negócios bilaterais, só uma vontade se consegue impor (e essa será a vontade das empresas mais fortes).", cfr. *Os Direitos dos Consumidores*, p. 27. J. ANTUNES VARELA, por sua vez, considerava que o legislador não devia desconsiderar a limitações da liberdade dos indivíduos que se mostrassem necessárias "para corrigir as profundas e frequentes desigualdades substanciais entre os contraentes ", cfr. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, p. 231.

[48] Recupere-se aqui a noção de autonomia privada como "espaço de liberdade jurígena atribuído, pelo Direito, às pessoas, (…) como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos" apresentada por A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de...Civil*, I, Vol. I – Parte Geral, p p. 952. No mesmo sentido, ENRICO DEL PRATO, *Le basi del Diritto Civil*, I, pp. 45 e ss. V., igualmente, N. M. PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito...*, p. 149.

[49] O que, naturalmente, configurará também uma compressão da autonomia privada, diminuindo o espaço de liberdade das partes na conformação das suas relações.

[50] A resposta de A. MENEZES CORDEIRO é particularmente clara, afirmando que para a realidade da autonomia privada não será suficiente um contentamento formal, sendo, pelo contrário, necessária "(…) a possibilidade de opção efetiva, aquando da celebração", *Da Boa...*, p. 653.

[51] De acordo com o liberalismo clássico, a igualdade de oportunidades – e em geral – poderia ser implementada ou conseguida através de uma alocação igualitária de um conjunto de princípios jurídicos básicos aos diversos sujeitos da sociedade: a vida, a liberdade e a propriedade. Nesta medida, a abolição de privilégios legais se aliada à consagração daquele conjunto de princípios, permitiria a eliminação de obstáculos "na prossecução individual da felicidade". V. F. E. OPPENHEIM, "Egalitarism as a descriptive concept", p. 151.

[52] Como elucidativamente escreve J. J. ABRANTES, "é falsa a noção liberal de igualdade", cfr. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, p. 24. Com efeito, a igualdade dos sujeitos contratantes não se encontra garantida pelo simples facto de a lei (ordinária ou constitucional)

igualdade jurídica[53] – a autonomia que a todos[54] assiste de serem os condutores do seu tráfego jurídico e negocial – não tem por correspondência necessária uma igualdade material e fáctica.

Efetivamente, caso se mantivesse a convicção existente no período liberal, ficaríamos limitados a uma visão que entende que a justiça (e a igualdade) contratuais têm uma correspondência direta no que é desejado pelas partes, sendo uma expressão dessa vontade o contrato celebrado entre elas[55]. Ora, o que esta posição ignora é que os sujeitos não se encontram todos na mesma posição social, económica ou mesmo jurídica, não sendo, portanto, de presumir uma atuação livre e igual de todos os envolvidos. Esta foi precisamente a compreensão que se interiorizou no seio dos diversos ordenamentos jurídicos[56]: os contraentes não são iguais e idênticos entre si[57]. Ainda que esta não seja uma constatação historicamente recente[58], nem por isso se apresenta como menos atual.

Se por um lado a contratação em massa se tornou um elemento caracterizador dos sistemas jurídicos da atualidade, não é menos verdade que existem diversos domínios

consagrar que todos têm o direito de conformar as suas relações, desempenhando o papel de legisladores das suas vidas. No mesmo sentido, E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a Teoria da...*, pp. 24 e ss.

[53] Tal como ensina T. NAGEL, "o debate político contemporâneo reconhece quatros tipos de igualdade: política, legal, social e económica. As três primeiras categorias não podem ser definidas em termos meramente formais", cfr. "The justification of equality", p. 3.

[54] Não se incluindo aqui, necessariamente, os que se encontrem afetados por qualquer capacidade de gozo ou de exercício que limite a possibilidade de agirem autonomamente na condução e prossecução dos seus interesses, como por exemplo sucede com os menores, os interditados ou inabilitados.

[55] Cfr., por todos no panorama da doutrina nacional, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e...*, pp. 44 e ss., J. J. ABRANTES, *Contrato de trabalho...*, pp. 32 e ss. O mesmo autor refere que no plano de um Estado liberal, é o Estado o único potencial "agressor" ou "compressor" das liberdades individuais, na medida em que no plano da sociedade os agentes se encontram em situação de igualdade e paridade. V. J. J. ABRANTES, *A vinculação das...,* pp. 14-15.

[56] Cfr. A. PINTO MONTEIRO, "A interpretação e...", p. 69.

[57] V. A. PINTO MONTEIRO, "O contrato na...", p. 11, ao abandonar os postulados em que assentava a visão liberal do contrato, o foco da questão alterou-se, passando a ser uma preocupação garantir "a justiça material e socialmente fundada". Foi, neste contexto, que se adotaram cláusulas gerais de salvaguarda que permitem cumprir aquele objetivo.

[58] A. PRATA, "Artigo 405.º", p. 504, referindo que a verificação da desigualdade negocial das partes tem historicamente mais de um século. Da mesma autora v. ainda, *Contratos de Adesão...*, pp. 10 e ss. Também no plano internacional diversos autores registaram a existência de um declínio da autonomia privada no domínio contratual, o qual fica a dever-se a um conjunto diverso de fatores: (i) a evolução do próprio mercado, no qual existem partes mais fracas negocialmente e que, nessa medida, não conseguem ombrear com o poder negocial da sua contraparte; (ii) o advento e a disseminação da contratação estandardizada e em massa e (iii) as próprias limitações de cariz legal que têm vindo a ser adotadas com a finalidade de proteger a parte mais débil acabam por ter como efeito também a compressão da autonomia privada. V. A. KASSIS, *L'autonomie de...*, pp. 4 e ss., A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obrigation de...*, p. 215, S. PORCHY-SIMON, *Droit Civil. Les…,*§ 69, maxime 71 e ss., R. BROWNSWORD, *Contract Law – Themes…*, pp. 57 e ss.

marcados por uma real desigualdade entre as partes e nos quais podemos, inclusivamente, afirmar que existe uma relação de desigualdade estrutural – e não necessariamente de cariz económico – entre os sujeitos contratantes. Exemplo característico das desigualdades materiais que, regra geral, surgem como indissociáveis da igualdade jurídica são as que se manifestam no plano do Direito laboral[59] e do Direito do consumo[60].

Estes estes são domínios em que, pese embora ainda se encontrem sob o manto da liberdade contratual e, portanto, os contraentes aparentem surgir como juridicamente iguais, se verifica no plano material um real desequilíbrio entre as várias partes envolvidas no contrato, quer pelo facto de não existir uma verdadeira opção entre celebrar ou não

[59] Apesar de se poder indicar o domínio laboral como um daqueles em que se regista maior desigualdade fáctica entre os contraentes é necessária cautela na generalização essa afirmação, cfr. J. CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 173. Ainda assim é possível afirmar que, em regra, a relação laboral é "(…) manifestamente inigualitária", v. J. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 21.
Também já assim defendemos, na esteira de M. DO R. PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do...*, p. 87, cfr. D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 15-16. Sobre a relação entre a subordinação jurídica e os direitos fundamentais do trabalhador remete-se, em geral, para J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, pp. 44 e ss., bem como L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", p. 123, M. DO R. PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática...*, p. 85, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, pp. 37 e ss. e 295 e ss., B.DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito...*, pp. 325 e ss., L. M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, p. 130, J. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, pp. 217 e ss., J. J. ABRANTES, "Contrato de Trabalho...Fundamentais", pp. 24-25, Com um maior aprofundamento da temática da subordinação jurídica no plano laboral, Cfr. J. M. VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, pp. 101 e ss., M. DO R. PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do...*, pp. 145 e ss. e J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, pp. 44 e ss. Sucede, porém, que existe ainda "uma subordinação de natureza real" (a locução é de L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", p. 124.) e que, em regra, assume uma vertente de dependência no plano económico (J. ZENHA MARTINS, Cfr. *Dos pactos de...*, p. 27). De facto, o trabalhador obriga-se a prestar a sua atividade, a sua força de trabalho ao seu empregador, recebendo, em compensação, uma remuneração. Não se ignore que a retribuição tem um lugar fundamental no contrato de trabalho, consubstanciando um elemento essencial do mesmo e, nesse sentido, cuja ausência impede a classificação de um determinado contrato como sendo de trabalho. A este propósito, e entre tantos outros, L. M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, p. 130. A remuneração configura, em princípio, o meio de sustento do trabalhador, o qual fica assim dependente da manutenção do vínculo laboral com vista a manter a sua subsistência. Por conseguinte, a relação que se desenvolve entre as duas partes é, necessariamente, desequilibrada ou estruturalmente assimétrica, escapando ao paradigma típico do Direito Privado, o qual se funda na ideia clássica de igualdade – pelo menos jurídica – entre os contratantes." Com efeito, como bem afirma M. RUBINO-SAMMARTANO, "os conflitos laborais consubstanciam uma área delicada, uma vez que o trabalhador ou empregado é muito mais fraco que o empregador, pelo que a preocupação de que ele esteja suficientemente protegido é legítima", *in International Arbitration and...*, 3.ª Ed., p. 166.

[60] São paradigmáticas as palavras de C. FERREIRA DE ALMEIDA a este propósito, designadamente quando afirmou que para o consumidor não existe, em regra, a possibilidade de escolher "entre contratar ou não contratar, pois que só o primeiro termo da alternativa lhes permite a satisfação (…) das necessidades vitais (…)", *Os Direitos dos...*, p. 13. Também J. MORAIS CARVALHO reconhece que a proteção legislativa do consumidor se funda, entre outros motivos, na "relação desequilibrada" que se verifica entre aquele e o profissional, cfr. *Manual de Direito...*, p. 40, bem assim como J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do...*, p. 26. No mesmo sentido, L. E. GILLIES, "Recent developments in…", p. 162

celebrar o contrato[61], quer pela liberdade na estipulação do conteúdo contratual se encontrar afastada[62] ou, ainda, por existir um verdadeiro monopólio[63] no que respeita ao prestador do serviço[64], ao vendedor do bem ou ao potencial empregador.

No entanto, existem outros campos da sociedade, onde tradicionalmente não se reclamava a atenção do jurista, que registam igualmente situações de debilidade ou mesmo sujeição de uma parte em relação ao outro elemento da relação contratual. Isto sucede com (i) o Desporto profissional, designadamente no âmbito da relação que se estabelece entre os atletas e a federação responsável pela organização e regulação da

[61] Pense-se, a título de exemplo, na necessidade que o trabalhador tem de exercer a sua profissão sob pena de não conseguir satisfazer as suas necessidades básicas tendentes, pelo menos, à sua subsistência ou, por outro lado, numa relação de consumo, em que o consumidor para ter acesso a determinado bem ou serviço – por exemplo a eletricidade – tem de celebrar aquele contrato. Cfr. J. ZENHA MARTINS quando afirma que a prestação do trabalho "é o principal meio de aquisição dos rendimentos que permitem aos cidadãos viver", v. *Dos pactos de...*, p. 27.

[62] É o que sucede na contratação através de contratos de adesão ou cláusulas contratuais gerais. Todavia, nestes últimos casos entendemos poder argumentar-se ainda pela existência, a par da limitação da liberdade de estipulação, de uma limitação da liberdade de celebração, desde logo quando se verifique uma situação de monopólio por parte do comerciante que presta determinado serviço ou comercializa determinado bem. Neste sentido V. D. MIRANTE, "Os contratos de...", p. 57. Em sentido contrário afirma A. MENEZES CORDEIRO que "[o] recurso a cláusulas contratuais gerais não deve fazer esquecer que elas questionam, na prática, apenas a liberdade de estipulação e não a liberdade de celebração", cfr. *Tratado de...Civil I*, p. 618.

A. PINTO MONTEIRO, a propósito dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, considera que este modelo de contratação suscita riscos acentuados em três domínios fundamentais: (i) "na formação do contrato" ou "tutela do consentimento" do aderente, (ii) "na justiça contratual das cláusulas" e (iii) nos modos de reação jurídica, particularmente de índole processual", cfr. "Contratos de adesão...gerais", p. 1106.

[63] V. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos...*, p. 13. O conceito de monopólio pode comportar, sumariamente, duas distinções: natural (ou de facto) e legal. O primeiro tipo – monopólio natural ou de facto – verifica-se quando uma só empresa é a entidade que vende ou disponibiliza um determinado produto ou serviço no mercado, não existindo substitutos próximos da mesma. Ainda que existam outras empresas no mercado, POSNER afirma que as mesmas ou se vão fundindo, e nessa medida paulatinamente desaparecendo, ou, noutra hipótese, caso tentassem produzir o bem ou prestar o serviço, enfrentariam custos demasiado altos que comprometeriam qualquer margem de lucro. Quanto a esta noção, cfr. R. A. POSNER, *Natural Monopoly and...*, pp. 1 e ss. No mesmo sentido, o mesmo autor, em "Natural Monopoly and Its Regulation", p. 548. M. MOSCA também partilha uma noção correspondente, v. "On the origins…", pp. 317-353. Ainda sobre este conceito, v. E. S. MASON, "Monopoly in Law…", pp. 34-49. O monopólio jurídico, como o próprio nome indica, é aquele que tem uma origem legal, resultando de uma opção legislativa nesse sentido.

[64] No mesmo sentido, C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", p.122.

prática da modalidade, (ii) nas relações estabelecidas entre os associados e as associações, (iii) no domínio societário[65] e (iv) no âmbito da contratação pública[66].

Todas estas são áreas em que, de um modo formal, os contraentes se encontram em posição de igualdade, mas que na prática se traduzem em relações de profunda desigualdade que não permitem assegurar que aquilo que foi contratualizado seja, em bom rigor, "querido" por todos os intervenientes ou sequer justo.

Contudo, em virtude da necessidade de delimitar o nosso estudo, optamos por cingir a nossa análise ao domínio do Desporto[67], área onde existem relações de profunda desigualdade estrutural. Com efeito, se prescindirmos do preconceito comum que passa por entender todos os atletas como *global sport stars*[68], é fácil compreender que essa não é a realidade da maioria dos praticantes desportivos.

Neste contexto, escolhemos centrar a nossa dissertação no problema particular que respeita à celebração de convenções de arbitragem no âmbito das relações que se

[65] V., por exemplo e entre muito outros, A. SCARPA, "Consent in Corporate...", pp. 197 e ss., RUI PEREIRA DIAS "Alguns problemas práticos...", p. 302 (nota 17), A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Brevíssima introdução à...", p. 474-476 e P. A. BATISTA MARTINS, "Cláusula Arbitral Estatutária...", pp. 211-222.

[66] Considerem-se aqui as situações em que a entidade adjudicante insere, nos termos do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, no programa do procedimento uma convenção de arbitragem com vista a subtrair aos tribunais estaduais o conhecimento de quaisquer litígios relacionados com aquele contrato público (mesmo quanto ao procedimento pré-contratual ou mesmo quanto a questões de formação do contrato). Existe, inclusivamente, no Anexo xii do referido código, um modelo de cláusula a inserir. Sobre esta problemática, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 33 e ss., P. PEREIRA GOUVEIA, "Arbitragem administrativa e...", pp. 68 e ss., T. SERRÃO, "A arbitragem no...", pp. 1243 e ss. e M. CALDEIRA, "A arbitragem no...", pp. 277 e ss.

[67] Não significa isto, todavia, que não possamos, quando assim se justifique, convocar questões relacionadas com problemas específicos daqueles domínios, designadamente quando o paralelo ou a dúvida sejam relevantes para a nossa análise.

[68] Apesar da relativa indiscutibilidade da posição mais débil do trabalhador na relação laboral, existe quem considere que o domínio laboral desportivo configura, precisamente, uma exceção à regra da tendencial fragilidade ou debilidade do contraente-trabalhador. Neste sentido, cfr. D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de conflitos...", p. 41. Tal como já tivemos a oportunidade de afirmar, esta posição assenta num equívoco, cfr. D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", p. 37. No que respeita às remunerações dos atletas, ainda que as mesmas possam ser, em alguns casos bastante significativas, estas não consubstanciam uma regra geral, não se verificando em todos os domínios desportivos, "tendo alguns desportistas que complementar os seus proveitos desportivos com o desempenho de outras profissões", Cfr. L. O'LEARY, *Employment and Relations...*, p. 2. Sobre as relações laborais desportivas ver, R. C. BERRY, W. B. GOULD IV E P. D. STAUDOHAR, *Labour Relations in...*, *passim*.
Em todo o caso, é preciso não desconsiderar que mesmo na hipótese em que exista um maior poder económico, o mesmo não tem por efeito afastar o poder de direção e subordinação do empregador sobre o trabalhador, cfr. D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", p. 37. A propósito do poder de subordinação do empregador, v. P. ICHINO, *Il Contratto di*, § 95 e, especialmente, § 106.

desenvolvem entre os praticantes desportivos e as federações desportivas. Os motivos que subjazem a esta nossa opção prendem-se com o facto de no domínio desportivo a autonomia privada, sobretudo na sua vertente de liberdade contratual, coexistir, quase que a paredes-meias, com a temática dos direitos fundamentais dos atletas.

Se num passado distante existia uma certa indiferença pelos problemas relativos ao domínio desportivo, o facto é que o panorama da regulação do sector desportivo – e a postura dos próprios ordenamentos jurídicos quanto àquela – veio a sofrer alterações profundas nos últimos anos, sobretudo no período que sucedeu as grandes guerras mundiais[69]. Abandonando uma lógica de indiferença quanto à problemática dos direitos fundamentais dos sujeitos da esfera desportiva[70] – os quais se entendiam como insertos somente na atividade das federações enquanto pessoas coletivas de Direito Privado –, o desporto veio a assumir-se como um domínio relevante para a regulação jurídica, bem como para o domínio económico[71]. Em simultâneo, e como decorrência desta mudança de paradigma, emergiu uma compreensão de que no âmbito da relação das federações para com os seus sujeitos existem direitos fundamentais e vinculações a considerar[72]. É nesse contexto que a nossa dissertação se insere.

De facto, no domínio do desporto, surgem, de forma inequívoca, relações que, pese embora se desenvolvam entre privados, podem ser caracterizadas como sendo estruturalmente desiguais. No âmbito destas relações, a liberdade contratual de uma das partes pode, na prática, não existir. É o que sucede quanto à celebração das convenções de arbitragem[73] que atribuem competência ao TAS.

---

[69] V. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", p. 23. Sobre a evolução das intervenções estaduais no Direito do Desporto, v., por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 67 e ss.

[70] Num processo que, aliás, extravasou as fronteiras do domínio desportivo. O pós-guerra caracterizou-se por uma "revivescência das declarações de direitos", o qual foi profundamente marcado pela "profunda comoção causada nos espíritos pelo conhecimento das violências cometidas nos anos anteriores contra as pessoas". V. M. CAETANO, *Manual de Ciência...*, pp. 315-316.

[71] Cfr. A. DUVAL, "Time to go...", p. 2. De acordo com A. RIGOZZI E W. MCAULIFFE, "Sports Arbitration", p. 15, em 2013, a indústria desportiva corresponde entre 3 a 6% do comércio mundial total.

[72] Designadamente no que concerne "aos direitos, liberdades e garantias" dos atletas, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", p. 26.

[73] O direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva é, tal como se reconhece pela doutrina, um dos direitos, liberdades e garantias mais suscetíveis de serem afetados no âmbito da relação jurídica desportiva, cfr. J. DE MELO ALEXANDRINO, *O Discurso dos...*, p. 334.

A organização desportiva organiza-se, regra geral, de acordo com uma estrutura piramidal: na base encontram-se os atletas, no patamar imediatamente superior estão os clubes, os quais são membros das associações territoriais, as quais são associadas das federações nacionais, que por sua vez são associadas das federações transnacionais. A imposição da celebração da convenção de arbitragem provém da federação transnacional – a entidade de cúpula –, a qual impõe aos seus associados a aceitação da jurisdição arbitral. Desta feita, as federações nacionais incorporam esta regra nos seus estatutos, obrigando quer os seus associados, quer os atletas no ato da inscrição ou licenciamento a aceitarem essa jurisdição[74].

Por conseguinte o praticante desportivo, sob pena de não poder desenvolver a sua atividade forma profissional – e assim ficar privado do exercício da sua profissão – encontra-se na contingência de aceitar a celebração da convenção, ainda que não exista uma efetiva possibilidade de negociação entre os contratantes[75].

Neste contexto, os problemas principais a que aqui pretendemos dar resposta são: (i) sendo a relação jurídica entre os atletas e as federações jurídicas uma relação estruturalmente desigual, quais os efeitos que essa desigualdade tem na celebração da própria convenção e no plano processual da arbitragem, (ii) qual o regime jurídico a que este modelo arbitral deve ficar sujeito em virtude da sua natureza forçada e (iii) se o consentimento é ou não a fonte de legitimação deste mecanismo arbitral.

1.2. Sobre o método

A nossa dissertação situa-se no domínio do Direito, pelo que o método utilizado será o jurídico[76]. Nos termos clássicos da distinção entre Direito Público e Direito Privado ([77]), a dissertação que nos propomos a elaborar é um trabalho de Direito Privado.

[74] Como veremos no §5 e §7, a questão pode colocar-se mesmo quanto à federação, designadamente quando estejam em causa competições por si organizadas.
[75] Neste sentido, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa...*, p. 653.
[76] Sobre o método jurídico, v., por todos, K. LARENZ, *Metodologia da Ciência...,* pp. 9 e ss., UBERTO SCARPELLI, "Il método...", pp. 553-574.
[77] Sobre as várias teses sobre a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, cfr. os seguintes textos num contexto meramente exemplificativo, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 64, M. PRATA ROQUE, *A dimensão transnacional...*, pp. 309 e ss., M. J. ESTORNINHO, *A Fuga para...*, pp. 139 e ss., J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução...*, pp. 333 e ss., M. CAETANO, *Manual de Direito...*, Vol. I,., pp. 50 e ss., M. NOGUEIRA DE BRITO, "Sobre a distinção...", pp. 375 e

O nosso estudo insere-se a nível dogmático no cruzamento de diversas disciplinas jurídicas. Por um lado, tomamos como objeto uma matéria clássica do Direito Privado, a autonomia privada na celebração de convenções de arbitragem. No entanto, à mesma contrapomos a problemática dos seus limites e da sua proteção, na medida em que o tipo contratual escolhido se apresenta como particularmente sensível, dado que consubstancia um negócio jurídico processual no qual as partes dispõem sobre o exercício de um seu direito fundamental: o acesso à justiça e aos tribunais.

Uma particular explicação é devida quanto à utilização de Direito estrangeiro. Segundo consideramos, não é possível pensar esta dissertação como um trabalho que se desenvolva exclusivamente por referência e com contributos de uma só ordem jurídica[78]. O desenvolvimento atual da ciência jurídica já reclamaria, por si, que convocássemos para o nosso trabalho elementos de outros ordenamentos jurídicos que não somente o português. Não é possível na sociedade contemporânea, caracterizada por fenómenos crescentes de transnacionalidade[79], pensar o Direito nacional de uma forma isolada[80]. Esta situação é particularmente mais acentuada num trabalho que se dedique ao estudo da arbitragem[81].

A problemática do Direito estrangeiro pode ser abordada de duas formas: a utilização de Direito estrangeiro ou a aplicação do método comparativo[82] propriamente dito. Optamos por não utilizar na nossa dissertação o método comparativo, afastando a realização de qualquer tarefa de comparação, uma vez que não temos por pretensão comparar soluções de diversas ordens jurídicas. O nosso método passa pela consulta e análise de legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras sempre que esses elementos

ss. Ainda que a propósito da distinção entre as pessoas coletivas de Direito Privado e de Direito Público, v. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral* do..., pp. 286 e ss.

[78] Também assim, V. MOREIRA, *Administração Autónoma e...*, p. 21.

[79] Completamente indissociáveis do Desporto profissional.

[80] K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Einführung in die...*, p. 15, afirmam que nenhuma ciência se pode basear somente em elementos exclusivamente nacionais.

[81] Domínio do Direito marcado pela profunda confluência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, no âmbito do qual surgem questões transnacionais nos vários diversos aspetos.

[82] Sobre o método comparativo, cfr. Sobre o método comparativo, entre tantos outros, K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Einführung in die...*, p. 32, C. FERREIRA DE ALMEIDA E J. MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito...,* pp. 20 e ss. e, a propósito do objeto de direito comparado, J. DE CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, pp. 9 e ss., C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado. Ensino...*, p. 61, D. MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, pp. 37 e ss.

permitam acrescentar valor e clareza ao discurso que se desenvolve[83]. É, portanto, uma mera utilização de Direito estrangeiro sem obedecer aos cânones do método comparativo[84].

Por conseguinte, incluiremos, quando se justifique – na busca de soluções e respostas mais completas e satisfatórias – e com a profundidade necessária para a compreensão crítica do problema, elementos de Direito estrangeiro.

No que respeita à estrutura da nossa dissertação, a mesma encontra-se organizada em cinco capítulos, cada um deles dividido em parágrafos.

O primeiro capítulo divide-se em dois parágrafos: o primeiro dedica-se à introdução do tema e do método adotado na presente dissertação e o segundo parágrafo assume uma função de apresentação e consolidação dos conceitos jurídicos relacionados com a arbitragem, aos quais recorreremos ao longo da dissertação. No segundo capítulo, dividido em três parágrafos, apresentamos, sucessivamente, o problema do axioma da igualdade no Direito Privado, a noção de relações de desigualdade estrutural, convocando a ideia da desigualdade material dos sujeitos intervenientes nas relações jurídicas e analisando as características dessas relações e, finalmente, a qualificação da relação jurídica desportiva como estruturalmente desigual. No terceiro capítulo analisamos as particularidades que assume a celebração de convenções de arbitragem nos casos em que há um desequilíbrio estrutural entre as partes, incluindo no domínio desportivo e, em seguida, o capítulo quarto explora os efeitos que aquela desigualdade estrutural pode ter no acesso à justiça e no processo arbitral. No quinto, e último, capítulo analisa-se o problema do paternalismo jurídico no âmbito da sua relação com a adoção de medidas compensatórias que permitam responder à desigualdade das partes no âmbito arbitral, concretizando com a análise de medidas concretas.

[83] Como afirma A. FLAMÍNIO DA SILVA, o ordenamento jurídico português "vive (ainda) – num quadro de emergência de um direito cosmopolita – na periferia das ordens jurídicas mais marcantes", cfr. *A Resolução de...,* p. 38.

[84] O direito comparado consubstancia "a comparação de ordens jurídicas diversas", v. R. PINTO DUARTE, "Uma introdução ao...", pp. 796-797. Ainda sobre o método comparativo, V. CONSTANTINESCO, "Brève note sur...", pp. 169-183.

§ 2.º CONCEITOS DE ARBITRAGEM E DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

2.1. O conceito de arbitragem

A arbitragem é um instituto com tradição[85] inegável quer na ordem jurídica portuguesa[86], quer no plano internacional[87]. Não estamos de todo perante um fenómeno recente ou desconhecido. Com efeito, os tribunais arbitrais têm um papel de destaque no plano da resolução alternativa de litígios[88] nos mais diversos domínios. Esta presença crescente dos mecanismos arbitrais no domínio da resolução de litígios tem, por seu turno, sentido um desenvolvimento crescente, sobretudo desde a década de oitenta do século passado. Neste sentido, escreveu A. FERRER CORREIA, em 1989, que, no campo do comércio internacional, o recurso a mecanismos arbitrais com vista à composição dos litígios emergentes das "reações mercantis comerciais" se cifrava entre os 80 ou 90%, contanto a maioria dos contratos com convenções arbitrais[89]. Na atualidade a arbitragem

[85] F. BRITO BASTOS considera que a consagração da possibilidade de constituição de tribunais arbitrais é "algo bem presente na nossa tradição constitucional", v. "A arbitragem em...", p. 89.

[86] Numa perspetiva histórica, ainda que por referência a um passado relativamente recente, podemos afirmar que na Constituição Portuguesa de 23 de Setembro de 1822 já constava uma permissão de constituição de tribunais arbitrais. De facto, no seu art. 194.º estabelecia-se que as partes podiam cometer à decisão de juízes árbitros "causas cíveis e penas civilmente intentadas". O mesmo caminho foi seguido pela Carta Constitucional de 1826 (no seu art. 127.º) e pela Constituição de 1838 (no seu art. 123.º, § 3.º). Com desenvolvimentos aprofundados sobre a consagração constitucional da arbitragem, cfr. L. CABRAL DE OLIVEIRA, "Arbitragem em direito...", pp. 21 e ss., bem como F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", pp. 377 e ss.
Para a contextualização da evolução histórica da arbitragem no ordenamento jurídico português, e prescindindo de, pese embora o interesse da matéria, proceder a um desenvolvimento do estudo do tópico no âmbito do nosso trabalho, v. J. A. A. DUARTE NOGUEIRA, "A arbitragem na...", pp. 26 e ss., F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", pp. 365-404 e pp. 541-587, L. CABRAL DE OLIVEIRA, "Arbitragem em direito...", pp. 17-74, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 22 e ss.. Sobre a evolução da arbitragem internacional em Portugal, cfr. F. DE CASTRO CALDAS, *Portugal e a...*, pp. 85 e ss.
Considere-se, a propósito da consagração do instituto arbitral nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, a breve síntese de A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, p. 171.

[87] R. DAVID considerou que o desenvolvimento da arbitragem "consubstanciou um dos fenómenos mais marcantes do nosso século", v. "Arbitrage et droit...", p. 5.

[88] Cfr. N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, p. 1, G. B. BORN, *International Arbitration: Law…*, p. 7, J. M. WAINCYMER, *Procedure and Evidence…*, p. 3, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman…*, p. 1. Há mesmo, entre nós, quem a qualifique como "meio por excelência de resolução alternativa de litígios", v. A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, p. 19.

[89] Cfr. *Temas de Direito Comercial...*, p. 173. Recentemente, e no mesmo sentido, M. H. BRITO, "Arbitragem Internacional. A...", p. 105, M. Â. BENTO SOARES E R. M. MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, p. 321. Este fenómeno de crescimento do recurso à arbitragem não é exclusivo da

continua a assumir-se como um dos principais meios de resolução alternativa de litígios no plano internacional[90] e parece ter vindo a consolidar a sua relevância no panorama do ordenamento português[91].

Todavia, a par deste movimento de expansão, têm surgido fenómenos que, pese embora mantendo a designação de arbitragem, suscitam dificuldades quer na compreensão, quer na sistematização conceptual do instituto. Pense-se, desde logo e a título de mero exemplo, na figura da arbitragem necessária[92] e na arbitragem de conflitos desportivos, a qual tem sido qualificada por alguns autores como "putativamente voluntária"[93]. Importa, pois, proceder a uma clarificação do conceito de arbitragem, de modo a compreender, de forma integrada, que realidades se reconduzem ao mesmo. Este é um conceito composto por diversos elementos, motivo pelo qual analisaremos cada um em separado, apenas no final formulando uma noção de arbitragem.

I – Podemos, em primeiro lugar, afirmar que a arbitragem, pese embora tenha um registo algo semelhante ao nosso paradigma tradicional de justiça, é um meio de resolução de litígios alternativo aos tribunais estaduais[94]. No entanto, a sua inclusão sob a égide

sociedade portuguesa, registando-se também no panorama internacional um recurso crescente à arbitragem por parte dos actores do comércio internacional. Entre outros, V. P. LALIVE, "Transnational (or Truly International)...", p. 292, quando afirma que a arbitragem se transformou no meio comum de resolução de conflitos no comércio internacional e, ainda, G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. I, p. 93, R. GERBAY, *The Functions of...*, p. 29, G. RUSCALLA, "Latest developments in…", p. 97, J.-F. GUILLEMIN, "Reasons for Choosing…", p. 14.

[90] V. L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, p. 24, D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial...*, p. 17, M. H. BRITO, "Arbitragem Internacional. A...", pp. 104-105, PIERRE LALIVE, *Transnational (or Truly International)…*, p. 293.

[91] M. FRANÇA GOUVEIA, num registo cuidadoso, refere-se a um "puro sentimento" sobre o crescimento da arbitragem *ad hoc* em Portugal, uma vez que inexistem dados estatísticos sobre essa realidade. Cfr. *Curso de Resolução...*, p. 34.

[92] Considere-se a arbitragem necessária envolvendo litígios emergentes de direitos de propriedade industrial em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos, tal como foi configurada na Lei 62/2011, de 12 de Dezembro (regime alterado pelo novo Código de Propriedade Industrial). Até à alteração do regime, estávamos perante uma arbitragem de cariz necessário. Um outro exemplo concerne aos litígios jurídico-desportivos relacionados com matérias de Direito Administrativo ou em matérias de dopagem, respectivamente arts. 4.º e 5.º da LTAD.

[93] Na doutrina nacional foi P. COSTA E SILVA que assim qualificou esta figura, referindo-se a arbitragens que têm por base cláusulas arbitrais que estão integradas em "acordos mais vastos que a pate não tem possibilidade de rejeitar", cfr. *A Nova Face...*, pp. 114-115. Voltaremos ao tema.

[94] Sobre o conceito de meio de resolução alternativa de litígios, MORTON DEUTSCH, "Introduction", pp. 1, H. T. EDWARDS, "Alternative Dispute Resolution...", pp. 668-684, ss., L. P. LOVE E K. K. KOVACH, "ADR: An Eclectic...", pp. 295-307, R. A. BARUCH BUSH, "Defining Quality in...", pp. 335-380, D. SOARES FARINHO, "As políticas públicas...", pp. 331 a 368.

deste último conceito exige, forçosamente, a opção por uma noção ampla de *resolução alternativa de litígios*[95].

É, no entanto, um meio de resolução alternativa de litígios com características muito específicas[96]. Por um lado, tem uma natureza adjudicatória[97], dado que as partes delegam num terceiro (ou terceiros) a competência para a decisão do conflito que as opõe. Por outro lado, este mecanismo tem um resultado vinculativo para as partes. Com efeito, a sentença arbitral tem, após o trânsito em julgado, um valor idêntico ao da sentença de um tribunal de primeira instância (art. 42º, nº 7 da LAV). Em último lugar, devemos referir que os tribunais arbitrais constam do catálogo de tribunais constitucionalmente previstos (art. 209º, nº 2 da CRP).

II – Em segundo lugar, a arbitragem voluntária tem uma génese contratual. É na vontade dos titulares do litígio, no âmbito da sua liberdade contratual, que reside a celebração da convenção de arbitragem da qual resulta a competência do tribunal arbitral. Estamos, portanto, perante um instituto que tem uma origem ligada de forma indelével à vontade dos envolvidos[98].

É neste contexto que, na doutrina internacional, se popularizou a ideia do consentimento das partes – o qual se expressa através da celebração da convenção arbitral – como a pedra de toque da arbitragem[99].

---

[95] Seguimos na esteira de M. FRANÇA GOUVEIA, que defende, para efeitos de definição de meios de resolução alternativa de litígios, uma conceção ampla de alternatividade. Neste sentido, incluem-se no seu espectro todas vias de composição de conflitos que sejam alternativas aos tribunais estaduais. Este é o critério que permite, de um modo mais ou menos inclusivo, abarcar o maior número de realidades possíveis sem que, contudo, se afaste o foco essencial: a sua alternatividade em relação à justiça estadual. V. *Curso de Resolução...,* p. 18 e p. 24.
No mesmo sentido da sua integração na categoria de meio de resolução alternativa de litígios, v. G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration,* pp. 5 e ss., R. GREGER, H. UNBERATH E F. STEFFEK, *Recht der alternativen...*, p. 3 e B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic...*, p. 1

[96] Tal como já tínhamos afirmado em outro local, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 11.

[97] M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 24.

[98] Na expressão sugestiva de W. PARK, "tal como um romance consumado, a arbitragem repousa sobre o consenso", v. "Non-signatories and...", p. 1.

[99] A propósito da aceitação do consenso como postulado clássico da arbitragem, cfr., a título meramente ilustrativo, S. BREKOULAKIS, "Rethinking Consent in...", p. 610, A. M. STEINGRUBER, *Consent in International...*, p. 1, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman...*, p. 29, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", p. 1095 e ss. em sentido semelhante, A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire...*, pp. 21 e ss., J. LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da...", pp. 549 e do mesmo autor "Alcance da determinação...", p. 569, J.-F. POUDRET E S. BESSON, *Comparative Law of...*, pp. 3 e ss.

Desta ligação entre consentimento e tribunal arbitral resultam diversos efeitos: (i) é da convenção de arbitragem que resulta, em articulação com a permissão constitucional da sua existência, a competência do tribunal arbitral; (ii) um efeito reverso da consequência anterior é que também deste contrato deriva a incompetência do tribunal estadual para a apreciação dos litígios submetidos à decisão arbitral; (iii) é pela convenção que se delimitam as partes vinculadas pela mesma (jurisdição *rationae personae*[100]) e (iv) o âmbito material da competência dos árbitros[101]. Parece, assim, ser difícil cindir a figura do consentimento da realidade que é a arbitragem.

III – Um terceiro elemento que auxilia na caracterização da arbitragem tem que ver com a entrega do poder decisório a um terceiro[102] (ou terceiros, caso o tribunal seja composto por um número plural de árbitros). Esta sua natureza adjudicatória reside na

[100] V. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, pp. 1406-1407, G. KAUFMAN-KOHLER E ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration*, p. 137.

[101] Há, no entanto, questões complexas que se relacionam com um problema que a doutrina tem comummente designado como extensão da convenção de arbitragem a terceiros não-signatários. V., por exemplo, G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, pp. 1410 e ss., B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, passim*, S. BREKOULAKIS, "Rethinking Consent in…", pp. 610 ss., do mesmo autor "Consent v. Commercial…", pp. 119-160, "The Relevance of…", pp. 1165-1188, e *Third Parties in…*, *passim*, N. VOSER, "The Swiss Perspective…", pp. 161-182, A. M. STEINGRUBER, *Consent in International…*, pp. 144-164. No plano da doutrina nacional remete-se para A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, pp. 252 e ss., *maxime* nota 1061, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 325 e ss., M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 152 e ss., M. FRANÇA GOUVEIA E J. MORAIS CARVALHO, "Arbitragens complexas – Questões...", pp. 111-161, C. GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes...", pp. 111-161, J. LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de terceiros...", pp. 183-198 e M. TEIXEIRA DE SOUSA, "A intervenção de...", pp. 149-177.
Existe, todavia, quem na doutrina discorde com a utilização da designação de terceiros não-signatários, entendendo que esta locução se funda num equívoco, posição com a qual concordamos. A utilização da locução "extensão a terceiros" implica que possamos sustentar que o âmbito da convenção de arbitral tem uma natureza elástica – mais ou menos flexível – que pode ser expandida ou comprimida, abrangendo, inclusivamente, indivíduos que não se encontram vinculados pela mesma. No entanto, o problema que aqui se encontra tem que ver com uma questão meramente contratual: a determinação das partes vinculadas pela convenção. V. A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, p. 253, nota 1061, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 325-326.
Ou seja, aquilo de que aqui se trata é da determinação do âmbito da jurisdição arbitral (jurisdição *rationae personae*): se estiver vinculado pela convenção é parte da mesma, se não estiver é um terceiro que se encontra fora do seu âmbito. V. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 153. Esta é, em bom rigor, uma decorrência do próprio princípio da autonomia privada, pois através de uma vinculação de origem contratual "só podem, em regra, ser estatuídas obrigações e direitos para as partes contratantes", V. H. KELSEN, *Teoria Pura do...*, p. 289.

[102] A expressão "entregar" é aqui utilizada num sentido lato. P. GONÇALVES entende que às partes não cabe transferir ou entregar (sequer delegar) "um poder jurisdicional próprio". O que verdadeiramente sucede é que, através da sua autonomia privada, as partes autorizam um terceiro "a exercer em relação a elas um poder jurisdicional (...) que a lei confere a todos os cidadãos", cfr. *Entidades Privadas com..*, p. 568.

criação de uma *justiça privada*[103] – no sentido em que se encontra fora da hierarquia dos tribunais estaduais – à qual as partes em conflito entregam a tarefa de compor o litígio. Neste contexto, a arbitragem afasta-se inequivocamente de outros meios de resolução alternativa de litígios, como por exemplo a mediação.

Por um lado, em sede arbitral as partes prescindem do controlo sobre o seu litígio, bem como sobre a composição do mesmo[104]. O único momento verdadeiramente voluntário na arbitragem ocorre com a celebração da convenção de arbitragem[105]; uma vez celebrada, tem plena aplicação o princípio do *pacta sunt servanda*: os contratos são para cumprir. Esta convenção de arbitragem tem, na sua vertente de negócio jurídico processual, efeitos particularmente interessantes: (i) consubstancia uma exceção dilatória (de conhecimento não oficioso) que gera a incompetência do tribunal estadual no qual tenha sido proposta ação com o mesmo objeto que o abrangido pela convenção[106] e (ii) permite que processo arbitral prossiga mesmo em caso de revelia (art. 35º, nº 2, da LAV)[107].

---

[103] G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration*, p. 6, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 12, C. SERAGLINI E JÉRÔME ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, pp. 19 e ss., H. MOTULSKY, "La nature de...", p. 6 e pp. 13 e ss. Entre nós P. GONÇALVES refere-se, mencionando as palavras do TC no ac. 86/86, a "uma jurisdição inteiramente privada e consensual", *in Entidades Privadas com...*, p. 564.

[104] A arbitragem é assim uma forma de heterocomposição de litígios, cfr. R. LOBO XAVIER, I. FOLHADELA E G. ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito...*, p. 27.

[105] Partindo do postulado de que, na prática, existiu liberdade das partes na celebração da mesma. Por outro lado, uma explicação é devida quanto à afirmação que acima se apresentou. Quando fazemos coincidir o único momento de voluntariedade na arbitragem com a celebração da convenção de arbitragem estamos a eleger este último como o fundamento de todo o processo arbitral. Ou seja, não se ignora que existam outros elementos que repousem na emissão de uma declaração de vontade por parte dos contraentes, como por exemplo a escolha dos árbitros. Todavia, estes mais não são do que efeitos decorrentes da existência da convenção arbitral celebrada pelas partes. O momento que imprime a marca da voluntariedade na genética da arbitragem é, e tem de ser necessariamente, a escolha das partes em subtrair à jurisdição dos tribunais comuns o seu litígio, submetendo-o à jurisdição de um tribunal arbitral.
Esta corresponde à posição que já previamente havíamos sufragado, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 257.
Sobre a voluntariedade na arbitragem e os seus efeitos, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com…*, p. 571, B. G. POZNANSKI, "The Nature and…", pp. 71-108, PIERRE LALIVE, "Transnational (or Truly International)…", pp. 290 e ss., A. MOURRE, "Arbitration and Criminal...", pp. 207-240, E. HAY, "Winds of Change?...", p. 212, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on…*, p. 29.

[106] Cfr. Arts. 96.º, 97.º e 578.º do CPC.

[107] No entanto, esta não é, em regra, uma revelia operante, ou seja, não produz efeito cominatório. Às partes, sendo uma disposição supletiva, assiste o poder de convencionar em sentido contrário. Cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 184. V. também, A.

Por outro lado, o terceiro que participa no processo, pese embora tenha de ser[108] imparcial e independente em ambas as hipóteses, tem poderes substancialmente diferentes. Para ilustrar o nosso raciocínio, proceda-se à comparação entre a posição do árbitro e a do mediador. O árbitro é uma figura diametralmente oposta ao mediador, em momento algum se podendo confundir com o mesmo[109].

A arbitragem "consubstancia uma hétero-composição do litígio vinculativa para as partes", o que significa que o árbitro tem o poder para decidir o conflito e que a sua decisão não se apresenta como uma mera sugestão facultativa para as partes, sendo, pelo contrário, vinculativa. O produto da sua atividade é, nesta medida, idêntico ao de um juiz estadual[110]: a sentença arbitral que venha a ser proferida por árbitros obriga as partes[111]. O mediador, por seu turno, não tem – e atendendo o *ratio* do instituto – nem pode ter como função tomar uma decisão que ponha fim ao conflito que opõe as partes[112]. De

RIBEIRO MENDES, "Artigo 35.º", p. 123, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 331, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* p. 261.

[108] Condição indissociável do exercício da função de árbitro. Tal como resulta da LAV art. 9.º, n.º 3 e, mesmo que aí nada se consagrasse sobre a matéria, sempre seria um resultado da exigência de o processo arbitral ser justo e equitativo. V. K. DAELE, *Challenge and Disqualification…*, pp. 217-268, F. T. SCHWARZ E C. W. KONRAD, *The Vienna Rules…*, pp. 131 e ss., N. VOSER E A. M. PETTI, "The Revised IBA…", pp. 6 – 36, M. S. KURKELA E S. TURUNEN, *Due Process in…*, pp. 107 e ss., A. GOMEZ-ACEBO, *Party-Appointed Arbitrators…*, pp. 69-96, S. LUTTRELL, *Bias Challenges in…*, pp. 63-127.

[109] O facto de se encontrarem em polos opostos não significa que mediadores e árbitros não tenham ambos uma suma importância no meio de resolução alternativa de litígios respetivo. Se não é possível pensar a existência de uma arbitragem sem árbitros, dado que são um elemento essencial da mesma, também não será de todo concebível uma mediação sem mediadores. V., C. JARROSSON, *La Notion...*, p. 6.

No domínio arbitral popularizou-se, a propósito da essencialidade do árbitro, uma expressão que, pese embora tenha algumas variações, reza que "Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage" ou, numa tradução livre, mas aproximada, a arbitragem será tão boa quanto os árbitros. Sobre esta expressão e importância do árbitro no processo arbitral, T. CLAY, *L'arbitre*, p.10, P. LALIVE, "Le choix de...", pp. 353-363 e do mesmo autor "Dérives arbitrales (I)", p. 589, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 199, T. ZUBERBÜHLER, K. MULLER E P. HABEGGER, *Swiss Rules of...,* pp. 66-67, J.-.F POUDRET, "Deux aspects de...", p. 13.

[110] Tal como escreveu H. MOTULSKY, "a missão do árbitro é exactamente a mesma que a do juiz", cfr. "La nature de...", p. 6. V., igualmente, D. MOURA VICENTE, "A Directiva sobre...", p. 100.

[111] Motivo pelo qual a doutrina destaca o particular cuidado que deve ser empregue no momento da escolha do árbitro. Existe, mesmo, que considere que esta tarefa é uma das mais importantes e complexas funções de uma instituição (centro ou câmara) que administre arbitragens, pois a escolha do árbitro "será determinante para alcançar uma resolução justa, equitativa e eficiente do conflito", p. T. ZUBERBÜHLER, K. MULLER E P. HABEGGER, *Swiss Rules of...*, pp. 67.

[112] Considere-se o art. 2º, al. a) da Lei da Mediação, de acordo com a qual esta pode ser definida como "a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos"

facto, no âmbito da mediação impera um princípio de voluntariedade[113], o que significa que as partes são livres de recorrer à mediação, mas também de terminá-la, com acordo ou não sobre o objeto da disputa. O poder decisório reside exclusivamente nos mediados e não no mediador[114]. Por conseguinte, a função do mediador é promover e facilitar a comunicação entre as partes, criando as condições necessárias para o diálogo[115]. Contudo, em momento algum lhe cabe a possibilidade ou o direito de determinar a solução para a disputa em causa: esta cabe exclusivamente aos mediados. O árbitro ou os árbitros, por sua vez, constituem um tribunal; o tribunal arbitral[116-117].

IV – Uma sentença arbitral que coloque fim ao litígio que opõe as partes é o objetivo final, ou pelo menos desejado, de um processo arbitral.[118] Quando as partes recorrem à via arbitral pretendem obter uma decisão final e vinculativa para o seu litígio, sendo essa, em princípio, consubstanciada pela sentença arbitral[119].

Neste sentido, a LAV vem atribuir à decisão dos árbitros o mesmo carácter obrigatório e, uma vez transitada em julgado, a mesma força executiva que a sentença de

[113] Na doutrina nacional, cfr. D. LOPES E A. PATRÃO, *Lei da Mediação...,* pp. 30 e ss.

[114] Fala-se a este respeito em "empowerment". Focando o "pleno domínio das partes" na mediação, v. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 48, bem como J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à...*, p. 44.

[115] Cfr. K. KOVACH, "Mediation", p. 304, C. W. MOORE, *The Mediation…*, pp. 19 e ss., especialmente pp. 28 e ss., J. W. COOLEY, *The Mediators Handbook*, pp. 29 e ss.

[116] Ainda assim e numa formulação que se popularizou após o acórdão n.º 230/86, "os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros". Significa isto que os tribunais arbitrais reúnem um conjunto de características específicas que os distinguem de forma inequívoca dos tribunais estaduais: (i) não são órgãos estaduais, (ii) não são órgãos permanentes, (iii) os árbitros não são juízes de carreira, aliás, nos termos da LAV, nem têm de ser licenciados em Direito ou deter formação jurídica (art. 9.º da LAV) e (iv) os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania. V., entre outros, A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, p. 177 e do mesmo autor "Do Recurso de...", p. 202, A. RIBEIRO MENDES, "Os Tribunais Arbitrais...", pp. 63 e ss.

[117] V., na doutrina nacional, M. RAPOSO, "Os árbitros", pp. 893-918 e do mesmo autor "Imparcialidade dos...", pp. 75-87, M. GALVÃO TELES, "A independência e...", pp. 251-283, D. VICENTE DE ALMEIDA, *O Dever de...*, pp. 55 e ss., J. P. DA CUNHA RENDEIRO CHUMBINHO, *Constituição e a..., passim*.

[118] A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 354, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS E S. MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial...*, p. 628, N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter...*, J. MORAIS CARVALHO, "O processo deliberativo...", p. 751, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 361 e ss.

[119] Quando nos referimos, neste momento, a sentença arbitral estamos a considerar a decisão final que coloque fim à causa ou ao litígio, excluindo deste âmbito as decisões interlocutórias. Sobre esta questão, V. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 361, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS E ST. MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial...*, p. 628, N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter...*, p. 501, J. MORAIS CARVALHO, "O processo deliberativo...", p. 751.

um tribunal estadual[120]. Consequentemente, se uma das partes não cumprir voluntariamente a sentença, a sua contraparte tem a possibilidade de lançar mão dos mecanismos legalmente previstos para obter a execução da mesma[121-122].

Este traço característico da arbitragem vem juntar à sua origem contratual e natureza privada um ato jurisdicional[123], o que tem por efeito aproximar, em parte, a arbitragem do modelo judicial clássico. É nestes moldes que se afirma que a arbitragem é pública no resultado[124].

Em suma, podemos definir a arbitragem como: um meio de resolução alternativa de litígios, de natureza voluntária[125], no âmbito da qual as partes atribuem a terceiros –

[120] V. Art. 42.º, n.º 7.

[121] A matéria da execução das sentenças arbitrais é regulada nos arts. 47.º e 48.º da LAV.
No que respeita à competência dos tribunais arbitrais, não podemos deixar de mencionar que, em Portugal, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, os tribunais arbitrais não dispõem de competência executiva, pertencendo o *ius imperii*, ou seja, os poderes de autoridade, somente aos tribunais estaduais. Os tribunais arbitrais têm *iurisdictio*, mas carecem do poder para executar ou fazer executar as suas próprias decisões. Cfr., entre tantos outros, P. COSTA E SILVA, "A execução em...", pp. 630 e ss., A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, pp. 178 e ss., M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 219 e da mesma autora "A novíssima acção...", p. 590, P. PINA, "Arbitragem e Jurisdição", p. 140, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 156, M. H. MESQUITA, "Arbitragem: Competência do...", p. 1382 e J. CALVÃO DA SILVA, "Convenção de arbitragem...", pp. 547 e ss., especialmente p. 548. Apresentando pistas de reflexão sobre a eventual concessão de poderes executivos aos tribunais arbitrais, cfr. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, pp. 93 e ss.

[122] Em resultado da previsão legal de equiparação da sentença arbitral às sentenças judiciais, aquelas primeiras assumem a natureza, de acordo com o art. 705.º, n.º 2 do CPC, de título executivo. Desta feita, pode existir uma execução fundada nas mesmas. V. P. COSTA E SILVA, "A execução em...", pp. 630 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 407

[123] C. JARROSSON, *La Notion ...,* p. 5, J. LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da...", pp. 549-550 e do mesmo autor "Alcance da determinação...", p. 569, A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade...*, p. 177, F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", p. 555, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de arbitragem...", p. 82, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do...*, pp. 1162, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 568, B. OPPETIT, *Théorie de...*, p. 28

[124] Cfr., entre tantos outros dada a convergência da doutrina neste ponto, C. JARROSSON, *La Notion...*, p. 5, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de arbitragem...", p. 82, A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade...,* p. 168, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 347.

[125] Através da celebração de uma convenção de arbitragem. Assim pode afirmar-se que a arbitragem se baseia ou funda na convenção de arbitragem celebrada pelas partes, v. L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", p. 1095, P. COSTA E SILVA, "Anulação e Recursos...", p. 923, designadamente quando afirma que a competência do tribunal arbitral tem natureza convencional, O. DIALLO, *Le consentement des...*, p. 1, R. TRITTMANN E I. HANEFELD, "§1029", p. 79, G. KEUTGEN E G.-A. DAL, *L'arbitrage em...*, p. 51. T. GÖKSU refere-se à convenção de arbitragem como a "raison d'être" da arbitragem, cfr. *Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 142, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on…*, p. 29, B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic…*, p. 1 e ss., JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle...*, p. 1 e p. 22, M. L. MOSES, *The Principles and…*, p. 2.

os árbitros – o poder para a composição do seu litígio através do proferimento de uma sentença, a qual tem natureza idêntica a uma sentença judicial[126].

Todos os elementos acima apresentados são, a nosso ver, indispensáveis para que uma determinada realidade possa ser qualificada como arbitragem. Se, por um lado, a existência de terceiros independentes e imparciais a exercer a função de julgar o litígio são um traço característico da arbitragem, é igualmente certo que a sua génese privada e contratual, no sentido de não ser possível prescindir do elemento do consentimento das partes, é ontologicamente necessária ao instituto. É, nesse contexto, que consideramos que o estudo da convenção de arbitragem se afigura como uma das questões mais complexas e fundamentais no domínio arbitral[127].

2.2. O conceito de arbitragem necessária

A par da figura da arbitragem voluntária existe uma outra realidade a que a doutrina se refere como arbitragem necessária[128], obrigatória[129], forçada[130] ou compulsória[131]. Sob todas estas designações referimo-nos a uma realidade com uma

[126] Sufragando assim uma conceção de arbitragem no sentido em que temos vindo a defender, cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 11 e 12.

[127] Em sentido convergente, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", p. 1096 e M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 126.

[128] A designação tem, a par de tradição doutrinal, igualmente base legal, sendo utilizada nos diversos textos legislativos que aprovam e introduzem mecanismos arbitrais dessa natureza na ordem jurídica portuguesa. Cfr., a título exemplificativo, (i) em matéria de conflitos desportivos no domínio do Direito Administrativo a LTAD nos seus arts. 4.º e 5.º, (ii) a Lei n.º 168/99, na redação da Lei n.º 58/2008, de 4 de Setembro, em matéria de expropriações, (iii) no âmbito do Direito do Consumo a propósito do art. 14.º da LDC ou na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, na versão da Lei n.º 51/2019, de 29 de Julho.

[129] No plano doutrinário nacional, a expressão é utilizada por P. ROMANO MARTINEZ a propósito da arbitragem de conflitos laborais coletivos, prevista nos arts. 508.º e ss. do Código do Trabalho. Cfr. *Direito do Trabalho*, pp. 1159 e ss.

Todavia, deve destacar-se que se encontra na legislação laboral a origem desta duplicação de conceitos. Com efeito, no Código do Trabalho prevê-se a existência de uma arbitragem obrigatória (arts. 508 e 509.º), bem como a previsão de uma arbitragem necessária (arts. 510.º e 511.º). Sobre o regime aí previsto, remete-se para P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, pp. 1159 e ss. e D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de Conflitos Colectivos...", pp. 251 e ss.

[130] Esta locução encontra-se particularmente na doutrina em língua francesa, sendo exemplos disso C. JARROSSON, *La Notion...*, p. 20, do mesmo autor "L'arbitrage et...", pp. 581 e ss., C. SERAGLINI E J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, p. 15, G. FLÉCHEUX, "L'arbitrage du...", pp. 101 – 114, JEAN-PAUL COSTA, "La Cour européenne...", pp. 299-308, P. FOUCHARD, "Bibliographie - La notion...", pp. 415 – 417.

[131] Esta designação surge na doutrina de língua inglesa, sendo utilizada de forma indiscriminada como sinónimo de arbitragem necessária. V. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol I., 2.ª Ed., pp. 16 e ss., M. RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration*, 2.ª Ed., p. 25.

genética algo distinta da arbitragem voluntária[132], mas que tem registado um crescimento significativo no ordenamento nacional[133]. Pese embora a terminologia seja utlizada em diversos diplomas legislativos, à semelhança do que sucede com o conceito de arbitragem, também não existe nenhuma noção legal de arbitragem necessária.

Por arbitragem necessária entende-se, no sentido mais restrito, o mecanismo de resolução de litígios[134] pela via de decisão de árbitros cuja jurisdição, não derivando de um ato de vontade das partes, é imposta pelo legislador como o meio existente para a resolução de um determinado conflito ou conjunto de conflitos[135].

Nesta medida, a arbitragem necessária continua, portanto, a ser uma jurisdição não integrada na estrutura hierárquica jurisdicional estadual[136]. Todavia, a mesma não comunga da natureza contratual e consensual da arbitragem voluntária. Consequentemente, a sua fonte radica não na autonomia privada, mas, isso sim, numa opção legislativa. O negócio jurídico é, deste modo, substituído pela lei com fonte da competência jurisdicional dos árbitros[137].

---

[132] Havendo quem a designe como híbrida, v. P. RANGEL, *Repensar o Poder...*, p. 296 e A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 348. J. PAULSSON por seu turno, entende que a designação de "arbitragem necessária" comporta um oximoro, não sendo possível pensar a arbitragem como desprovida do seu elemento de voluntariedade. V. *The Idea of...*, p. 112.

[133] Considerem-se todos os regimes jurídicos que referimos anteriormente e que se distribuem por áreas tão díspares como em sede de conflitos desportivos no domínio do Direito Administrativo, em matéria de expropriações ou no domínio dos conflitos de Direito do Consumo.

[134] M. FRANÇA GOUVEIA, qualifica esta realidade com um meio obrigatório de resolução alternativa de litígios, cfr. *Curso de Resolução...*, p. 18.

[135] V. J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, Vol. I, p. 227, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 348 e do mesmo autor "A arbitragem desportiva...", p. 68, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...,* pp. 570 e ss., J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à...*, p. 58 e v. R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", p. 318. No panorama internacional, C. JARROSSON, *La Notion....*, pp. 13 e ss., A. PINNA, "Réflexions sur l'arbitrage...", pp. 1 e ss., G. FLÉCHEUX, "L'arbitrage du...", pp. 101-114 e S. RIBEIRO MENDES, "O novo regime...", pp. 1007 e ss.

[136] Ainda que exista quem entenda que a arbitragem necessária é uma outra designação para processo judicial, V. S. BESSON, "Arbitration and Human...", p. 318. Outros optam por qualificá-la como "arbitragem aparente", cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 351 e do mesmo autor "A arbitragem desportiva em...", p. 68 e P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à...*, p. 927. M. PEREIRA BARROCAS, por sua vez, considera que a arbitragem necessária não corresponde a uma verdadeira arbitragem, v. *Manual de...*, p. 90.

[137] Entre nós, P. GONÇALVES discorda que assim seja em todos os casos. O autor, convergindo com a generalidade da doutrina, reconhece que nos casos de arbitragem necessária, a decisão de recorrer a este meio de composição de litígios não tem como fundamento a autonomia privada. Efetivamente, às partes não assiste a escolha de constituir um tribunal arbitral voluntário ou de recorrer à jurisdição estadual, esse caminho é lhes imposto por lei. No entanto, considera o autor que sendo a escolha concreta dos árbitros desempenhada pelas partes, ainda assim "[a] potestas dos árbitros continua, pois, a basear-se num acto privado e não num acto público de delegação: embora por imposição legal, são

No entanto, e sem prejuízo da figura da arbitragem necessária ter vindo a suscitar diversas dúvidas[138], considerando as especificidades que encapsula e em virtude da sua natureza, sendo um tema a propósito do qual não existe consenso, a mesma não cabe no escopo da nossa análise. Logo, não nos determos no estudo do seu regime e das particularidades[139], convocando-a para a nossa argumentação somente quando se encontre em ligação com o problema em análise.

2.3. A convenção de arbitragem

2.3.1. A essencialidade da origem contratual na arbitragem

I – Para aqueles que, como nós[140], entendem que a voluntariedade das partes em recorrer à arbitragem consubstancia, junto com a jurisdição dos árbitros para a resolução de uma determinada disputa, um elemento essencial deste instituto, a convenção de arbitragem assume, desta feita, um papel fundante[141]. Logo, não é possível cindir a

as partes que confia aos árbitros o poder que detêm de resolver o litígio", cfr. *Entidades Privadas com...*, p. 570. Em sentido convergente, cfr. D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial...*, p. 28

[138] Sem prejuízo de outras questões igualmente interessantes, não queremos deixar de mencionar que a arbitragem necessária tem dado origem a particulares dúvidas no que concerne à sua compatibilidade com a CRP. De facto, da letra do art. 209.º, n.º 2 da CRP apenas resulta uma permissão genérica de constituição de tribunais arbitrais, não se densificando se aqui se incluem somente os tribunais voluntários ou também os tribunais necessários. Neste sentido tem-se discutido na doutrina e na jurisprudência se a arbitragem necessária tem consagração no texto constitucional. Sobre a questão e na doutrina, cfr., entre outros, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 352 e ss., P. RANGEL, "Arbitragem e...", pp. 637-655, R. MEDEIROS, "Arbitragem necessária e...", pp. 1301, J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. II, p. 551. A temática tem sido também abordada na jurisprudência do TC, v. acs. n.º 52/92, n.º 33/96, n.º 465/97, n.º 230/2013, n.º 781/2013, n.º 123/2015 e, mais recentemente, o ac. n.º 543/2019.

[139] Com uma análise detalhada dos problemas suscitados pela arbitragem necessária remetemos na doutrina nacional, especialmente e entre outros, para A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 348 e ss. e do mesmo autor "O Novo Regime Jurídico...", pp. 395 a 436, R. MEDEIROS, "Arbitragem necessária e...", pp. 1301 a 1330.

[140] Com opinião contrária encontramos D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial...*, para quem a "fonte convencional da competência" dos árbitros não se afigura como o elemento distintivo da arbitragem. De acordo com o autor, o ponto essencial é que a arbitragem configura uma "forma de administração da justiça por meros particulares". Discordamos, com o devido respeito, do autor, na medida em que os particulares só têm a possibilidade de administrar justiça precisamente porque existe uma convenção de arbitragem celebrada pelas partes nesse sentido. É, por isso mesmo, que a convenção de arbitragem assume uma preponderância inegável como elemento distintivo da arbitragem como meio de resolução de litígios.

[141] Ver, por todos, S. BESSON, "Arbitration and Human…", p. 318. Por seu turno, P. FOUCHARD, referindo-se à figura da arbitragem necessária, é perentório em afirmar que "se as partes são obrigadas, por lei, a recorrer um determinado instituto para a resolução dos seus litígios, o fundamento consensual da arbitragem desparece. Assim, pouco importa que o regime jurídico concebido pela lei esteja repleto

arbitragem voluntária da convenção arbitral, pois que esta última é a verdadeira *pedra de toque*[142] daquele instituto.

Em primeiro lugar, é através da celebração de uma convenção arbitral que as partes expressam a sua vontade em subtrair à jurisdição estadual o litígio que as opõe e, nessa medida, entregá-lo à decisão de árbitros. Podemos entender a convenção de arbitragem como a corporização no plano jurídico da vontade das partes em recorrer a um tribunal arbitral. De facto, sem um ato desta natureza, e na ausência de uma lei especial que o determine, a competência para a decisão daquele conflito reconduz-se à esfera dos tribunais estaduais.

A celebração deste contrato é, assim, fundante[143] da jurisdição do tribunal arbitral[144] e um momento essencial à existência de um processo arbitral: é possível às partes negociarem e celebrarem uma convenção desta natureza e, no entanto, nunca acionarem a mesma, constituindo um tribunal arbitral; o contrário, todavia, não é possível no domínio da arbitragem voluntária[145].

II – A essencialidade da convenção arbitral confunde-se com os próprios efeitos que derivam da mesma[146]. Com efeito, é a convenção celebrada pelas partes que

de regras de arbitragem. É uma escolha técnica do legislador e nada mais que isso". Parece que, portanto, este autor não consegue dissociar a figura da arbitragem da existência de uma opção voluntária das partes em recorrer a esse meio. Cfr., "Bibliographie - La notion…", p. 417.

[142] A. MARCO STEINGRUBER, *Consent in International…*, p. 1.

[143] Como já tivemos oportunidade de afirmar em outro local, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 126.

[144] A sua fonte jurígena, V. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, p. 115.

[145] M. FRANÇA GOUVEIA escreve que "[p]orque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem poderes se houver contrato", *in Curso de Resolução...*, p. 126. G. B. BORN, ainda que a propósito da arbitragem comercial internacional, partilha a mesma posição, v. *International Arbitration: Cases...*, p. 177 e do mesmo autor *International Commercial...*, Vol. I, p. 226 e M. NOLAN E F. G. CAIVANO, "Limits of Consent...", p. 873, A. J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 144-145, afirma que "não é possível que exista uma arbitragem sem que exista a sua própria base, a convenção de arbitragem". No mesmo sentido, M. R. P. PAULSSON, *The 1958 New…*, pp. 61-96.

[146] Referimo-nos aqui aos tradicionalmente designados efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem.

Deste modo, com detalhe sobre os efeitos da convenção de arbitragem, na doutrina nacional, cfr. R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", pp. 379 e ss., M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 181 e ss., C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", pp. 93-94, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 188 e ss. e A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 184. No plano internacional, v. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, pp. 1253 e ss., P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman…*, pp. 381 e ss., P. BINDER, *International Commercial Arbitration…*, pp. 146-181, G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration…*, pp. 97 e ss., M. RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration*, 2.ª Ed, pp. 250 e ss.

determina o âmbito subjetivo e objetivo do processo arbitral. Isto significa, em primeiro lugar, que é por referência àquele contrato que se determinam quem são as partes no processo arbitral[147], mas também que se estabelece a jurisdição dos árbitros e respetivas fronteiras. Estes não são assuntos de menor importância. Comecemos por analisar as questões relacionadas com o âmbito da vinculação subjetiva à convenção.

Em virtude da celebração de uma convenção de arbitragem assiste às partes uma posição jurídica complexa[148]. Por um lado, têm um direito potestativo de constituição de um tribunal arbitral[149], ao qual corresponde, por outro lado, uma posição de sujeição da outra parte. Desta sujeição retiram-se, por sua vez, duas consequências imediatas: uma obrigação de constituição do tribunal arbitral para a resolução dos litígios abrangidos pela convenção e a possibilidade do processo arbitral seguir os seus termos mesmo que se verifique revelia do demandado. Este é o designado efeito positivo da convenção de arbitragem.

Esta dimensão potestativa de constituição do tribunal arbitral é, tal como se do reverso da moeda se tratasse, acompanhada por um bloqueio da jurisdição dos tribunais estaduais. Ou seja, o legislador nacional, com vista a salvaguardar o respeito pela autonomia que as partes demonstraram aquando da celebração da convenção de arbitragem, consagra a impossibilidade de o demandante tentar obter tutela dos tribunais estaduais quanto a um conflito que se encontre abrangido por uma convenção de arbitragem válida e eficaz. Assim, no nosso ordenamento jurídico, caso uma das partes venha a decidir iniciar um processo judicial com aquele objeto, pode o réu, até ao primeiro momento em que apresentar o seu primeiro articulado, invocar a preterição de tribunal

[147] Com toda dificuldade que essa determinação pode suscitar, designadamente por referência ao fenómeno a que se chama comummente "extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários". Assim, como se escreve na doutrina, "saber se e quando um não signatário se pode considerar vinculado pela convenção de arbitragem (ou por qualquer contrato) é algo que, muitas vezes, exigirá um cuidadoso esforço de interpretação do caso concreto – em particular, da vontade das partes e do não signatário aquando da celebração da convenção de arbitragem". Cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, p. 253.

[148] Relembre-se que após a celebração da convenção, "a revogação da mesma apenas é possível por acordo, sujeito a forma escrita, das partes, o qual pode ser obtido até à prolação da sentença arbitral", Cfr. igualmente, art. 4º, nº 2 da LAV. Na doutrina nacional, V. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 184, D. MOURA VICENTE, "Artigo 4.º", pp. 37 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 101 e ss.,

[149] R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", p. 379. Na jurisprudência considerem-se, a título de exemplo, os acs. do TRL de 21/11/2019, de 24/03/2015, de 30/06/2015, de 10/06/2011, de 24/11/2011.

arbitral voluntário[150-151]. Caso proceda a tal invocação, o juiz estadual deve proceder à absolvição do réu da instância[152-153].

Neste sentido, apenas as partes da convenção de arbitragem podem ser titulares do direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e, respetivamente, ficar na posição de sujeição à constituição e jurisdição deste último.

A convenção de arbitragem estabelece ainda o enquadramento da jurisdição dos árbitros. Esta é uma decorrência da competência destes últimos ter origem convencional: apenas podem conhecer e decidir os litígios que se encontrem incluídos no âmbito da convenção de arbitragem. Todos os conflitos que não tenham sido abrangidos pela convenção não podem ser decididos pelos árbitros[154-155].

III – Não obstante a importância da convenção de arbitragem, não existe uma definição da mesma no ordenamento português[156]. O cenário é distinto no plano

[150] No novo CPC, esta exceção de preterição de tribunal arbitral gera a incompetência absoluta do tribunal estadual. Quanto ao regime anterior, v. J. L. LOPES DOS REIS, "A Excepção da...", pp. 1126 a 1128, L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, p. 88, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", p. 93, R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", p. 380.

[151] Cfr. art. 96.º, alínea b), do actual CPC. V. P. RAMOS DE FARIA E A. L. LOUREIRO, *Primeiras Notas ao...*, p. 497, V. J. LEBRE DE FREITAS e IS. ALEXANDRE, *Código de Processo...*, Vol. I, p. 201, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* p. 181.

[152] Na jurisprudência a questão coloca-se amiúde. V. os seguintes acs. do TRP de 07/05/2019, de 08/03/2016, de 10/02/2015, de 17/04/2007, de 17/05/2005; os seguintes acs. do TRC de 19/12/2012, de 05/02/2013.

[153] A propósito da não alegação da existência de tribunal arbitral voluntário, J. P. PINTO-FERREIRA, "Alegação Oportuna da...", p. 806.

[154] Caso a sentença se pronuncie ou decida sobre litígios que se encontram fora do escopo da convenção de arbitragem, determina o art. 46º, nº 3, al. a), iii) da LAV que esse facto consubstancia um dos fundamentos para a anulação da sentença.

[155] A convenção de arbitragem pode assumir um papel ainda mais relevante, uma vez que as partes podem, entre outros aspetos, decidir incluir na mesma: (i) um regulamento de arbitragem, (ii) escolher os árbitros ou indicar as qualidades que os sujeitos que venham a desempenhar essa função devem reunir, (iii) a indicar do centro de arbitragem no âmbito do qual se desenrolará o processo de arbitragem, caso entendam seguir a via da arbitragem institucionalizada, (iv) escolher a sede e a língua da arbitragem, (v) indicar o direito materialmente aplicável, (vi) determinar, nos termos do art. 39.º, n.º 4 da LAV, a existência de recurso e (vii) decidir as questões relativas às custas processuais e aos honorários dos árbitros. Sobre o conteúdo facultativo da convenção arbitral, cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 152 e ss., J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS e S. MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial*..., p. 167 e N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter...,* p. 98, B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic...*, p. 266, G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, pp. 95 e ss..

[156] Pese embora o art. 1.º da LAV tenha a epígrafe de "convenção de arbitragem. Este foi, igualmente, o caminho seguido por outros ordenamentos jurídicos europeus, v. G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...,* p. 90, bem como B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic...*, p. 91, C. SERAGLINI E J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, pp. 79 e ss. Uma das

internacional, podendo, logo num primeiro momento, considerar-se o conceito utilizado na Convenção de Nova de Iorque, bem como o adotado pela Lei-Modelo da CNUDCI[157-158].

Nos termos do art. II da Convenção de Nova Iorque, uma convenção de arbitragem é uma "convenção escrita pela qual as partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão suscetível de ser resolvida por via arbitral"[159].

Atendendo aos referidos documentos internacionais, bem como à finalidade que assiste ao tipo contratual em causa, podemos entender por convenção de arbitragem o

exceções encontra-se no ordenamento jurídico alemão, onde se consagra no §1029º, nº 1 do ZPO uma definição de convenção de arbitragem, cfr. R. TRITTMANN E I. HANEFELD, "§1029", p. 79 e ss., bem como H. PRÜTTING E M. GEHRLEIN, *ZPO Kommentar*, pp. 2374. G. B. BORN destaca a existência de diversas definições de "convenção de arbitragem", pese embora conclua que todas são semelhantes, quer na sua redacção (com o que incluem e omitem), quer com a finalidade, cfr. *International Commercial...*, Vol. I, p. 241.

Para uma síntese sobre a consagração de uma definição legal de convenção de arbitral considere-se o trabalho de P. BINDER, *International Commercial Arbitration...*, pp. 682 – 689.

[157] Tome-se, a título de exemplo, o conceito de convenção de arbitragem constante em dois diplomas incontornáveis neste domínio: o presente na Convenção de Nova de Iorque (cfr. art. II) e o constante da Lei-Modelo da CNUDCI (v. art. 7.º, n.º 1). O conceito adotado na Lei-Modelo converge em grande medida com o da Convenção de Nova Iorque, com exceção de um pequeno detalhe. Com efeito, prevê-se nesta sede que a convenção arbitral pode, além de surgir na forma de cláusula contratual, assumir também a modalidade de contrato autónomo.

[158] Ainda que os conceitos existentes não sejam totalmente coincidentes. Deve, no entanto, acrescentar-se que as diferenças existentes não têm por efeito tornar as definições incompatíveis ou inconciliáveis entre si. A propósito do conceito de convenção de arbitragem no plano internacional, cfr., de entre muitos, G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. I, pp. 240 e ss., C. LIM, "The Developmental Life…", pp. 25 e ss., A. BROCHES, "Commentary on the…", pp. 39 e ss., P. BINDER, *International Commercial Arbitration…*, pp. 50 e ss., S. BORELLI, "Judicial Debate on…", pp. 676 e ss., S. BREKOULAKIS, J. RIBEIRO E L. SHORE, "UNCITRAL Model Law…", pp. 853 – 855, HOWARD M. HOLTZMANN E J. NEUHAUS, *A Guide to…*, pp. 258 – 301, G. NATER-BASS, "Class Action Arbitration…", pp. 681 e ss.

[159] Utiliza-se aqui a tradução portuguesa do texto da Convenção de Nova Iorque, disponibilizada pelo Ministério Público em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/.

acordo das partes, sob forma escrita[160], em submeter o seu litígio, atual[161] ou futuro[162], à decisão por árbitros, podendo ser celebrada sob a forma de um contrato autónomo ou de uma cláusula inserida num qualquer texto contratual[163].

2.3.2. Modalidades de convenção de arbitragem

Ainda que o conteúdo facultativo[164] de uma convenção de arbitragem possa assumir diversas configurações[165], o ordenamento português mantém, à semelhança de outros países, um sistema dualista[166] no que aos tipos de convenção de arbitragem respeita.

Deste modo, e de acordo com a LAV[167], a convenção de arbitragem apenas pode assumir a forma de compromisso arbitral ou de cláusula compromissória. A destrinça

[160] O conceito de forma escrita deve, nos termos do art. 2.º da LAV, ser compreendido de forma ampla. Este requisito de forma tem-se por preenchido em todos os casos previstos naquela norma, ou seja: conste num "documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação" ou quando "conste de suporte eletrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação". Na doutrina, M. ESTEVES DE OLIVEIRA (Coord.), *Lei da Arbitragem...*, pp. 68 e ss., bem como D. MOURA VICENTE, "Artigo 2.º", pp. 37 e ss. Para um panorama internacional no que respeita à forma exigida â convenção de arbitragem, cfr. J.-F. POUDRET E S. BESSON, *Comparative Law of...*, pp. 149 e ss.

[161] Consubstanciando aqui um compromisso arbitral, cfr. art. 1.º, n.º 3, primeira parte da LAV.

[162] Assumindo a forma de cláusula compromissória, v. art. 1.º, n.º 3, segunda parte da LAV.

[163] Recuperamos aqui o conceito já defendido em A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 126. cfr., entre outros, D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 988, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", p. 1095 e *Arbitragem Transnacional*, p. 83. Destaque-se, inclusivamente, que uma cláusula compromissória pode constar no texto dos estatutos de uma pessoa coletiva, configurando, nessas situações, uma cláusula contratual geral ou mesmo um contrato de adesão.

[164] O conteúdo facultativo é aquele cuja ausência não é sancionada legalmente com a nulidade da convenção arbitral (art. 2.º e art. 3.º da LAV). O conteúdo obrigatório é determinado por lei e depende da modalidade convenção de arbitragem celebrada. V. D. MOURA VICENTE, "Artigo 2.º", pp. 37 e ss.

[165] V. G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. I, 2.ª Ed., p. 226.

[166] D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 988.

[167] Art. 1.º, n.º 1 da LAV. V. na doutrina nacional e entre tantos outros, F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária..." p. 560. A mesma opção é partilhada pelo ordenamento jurídico francês, cfr. C. SERAGLINI E J. ORTSCHEID, *Droit de l'arbitrage...*, pp. 79 e ss., bem como pela Alemanha, R. TRITTMANN E I. HANEFELD, "§1029", pp. 79 e ss., H. PRÜTTING E M. GEHRLEIN, *ZPO Kommentar*, pp. 2374 e ss. O mesmo caminho é trilhado pelo ordenamento suíço no seu art. 357.º do CPC, v., C. JERMINI AND N. BERNARDONI, "Domestic Arbitration under...", pp. 24 e ss. e, ainda que a propósito da solução na LDIP, G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, pp. 90 e ss., C. MULLER AND O. RISKE, "Article 178", pp. 71 e ss.

entre as duas figuras assenta num critério objetivo: a atualidade do litígio que é objeto da convenção[168-169].

Neste sentido, as partes celebram um compromisso arbitral quando o conflito que é abrangido pelo mesmo já existe na ordem jurídica, sendo "actual e presente"[170]. É precisamente esta particularidade que permite que o compromisso arbitral seja, de acordo com o art. 280.º, n.º 1 do CPC, passível de celebração quer num momento pré-judicial, quer na pendência de um processo judicial.

Ao contrário da primeira modalidade que visa um litígio já existente, a cláusula compromissória toma por objeto um litígio futuro e que, nessa medida, ainda não se materializou na ordem jurídica, sendo meramente eventual. Logo, podemos considerar que o compromisso arbitral é uma medida corretiva de um conflito real, pois visa eliminá-lo do ordenamento jurídico através da decisão de árbitros, enquanto a cláusula promissória é uma medida preventiva, que visa ser uma via de composição de litígios possíveis ou eventuais resultantes de uma relação jurídica, contratual ou extracontratual, existente entre as partes e perfeitamente identificada.

Esta adoção por uma dualidade de tipos de convenção apresenta algumas especialidades no que concerne ao regime jurídico das mesmas, mas, no entanto, não belisca o facto de o efeito produzido ser idêntico em ambas as situações[171]. A par da opção

[168] No mesmo sentido, entre tantos outros, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 126.

[169] Existe na doutrina nacional quem entenda que o critério de distinção entre as duas figuras não se pode reduzir à atualidade do litígio, afirmando que a destrinça não pode ser "meramente de ordem cronológica". De acordo com o autor, a diferença entre ambas é "de fundo", produzindo efeitos ao nível do conteúdo da convenção. Cfr. F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", p. 563.

[170] A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 128.

[171] O regime jurídico agora em vigor não corresponde ao que existia antes da aprovação da LAV86. No período que antecedeu a entrada em vigor da LAV86 e mesmo do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho (iniciativa legislativa que antecedeu a LAV86 e que veio a ser declarado inconstitucional pelo ac. n.º 230/86 do TC), a arbitragem era regulada pelas normas constantes do CPC. Ora, nas regras do CPC de 1939, bem como no de 1961, não se consagrava um princípio de equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral. O art. 1565.º do CPC de 1939 admitia expressamente a possibilidade de celebração de uma cláusula compromissória quanto "a questões que venham a suscitar-se entre as partes". Todavia, no seu § 2 estabelecia que "se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, pode a outra parte requerer ao tribunal (...) que a mande notificar pessoalmente para comparecer perante ele (...) a fim de se comprometer em árbitros". Se o notificado faltar ou se recusar a nomear árbitro, será a nomeação feita pelo juiz, que nomeará, além disso, um terceiro árbitro". Por sua vez, o art. 1513.º, n.º 2 do CPC de 1961 previa que "[e]stipulada a cláusula compromissória, se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, pode a outra requerer ao tribunal da comarca do domicílio daquela que se designe dia para a nomeação de árbitros". Neste contexto, resultava inequivocamente da letra da lei que os efeitos produzidos pelas duas modalidades de

pela dualidade de modalidade de convenções, o legislador nacional consagrou um "princípio de equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral"[172], o qual se traduz numa produção unitária dos efeitos. Na prática os resultados desta opção são relevantes, pois daqui decorre que o direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e respetiva sujeição ao processo arbitral assiste de igual modo à parte que tenha celebrado um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória.

2.3.3. O caso particular da adesão unilateral prévia[173]

I – A par do compromisso arbitral e da cláusula compromissória existe uma outra figura que, pese embora partilhando algumas semelhanças com a mesma, não se reconduz a uma convenção de arbitral.

Na esfera da resolução alternativa de conflitos de consumo em Portugal, e numa lógica de promoção da confiança dos consumidores[174], os operadores económicos (ou, noutra designação, os profissionais) têm a possibilidade de aderir, unilateral e previamente, a um centro de arbitragem de conflitos de consumo[175]. A finalidade desta

convenção de arbitragem eram distintos entre si, funcionando a cláusula compromissória como uma antecâmara para a celebração do compromisso arbitral. Deste modo, apenas a celebração de um compromisso arbitral constituía na esfera jurídica das partes o direito potestativo de constituição do tribunal arbitral; a cláusula compromissória não era auto-suficiente, o que gerava diversas dificuldades práticas para a parte que pretendiam iniciar o processo. A qualificação jurídica da mesma também oferecia dificuldades, sendo que alguns avançam com a qualificação de contrato-promessa (o que permitira a execução específica da cláusula) e outros discordavam dessa posição. V. R. VENTURA, "Convenção de arbitragem", pp. 294 e ss., I. GALVÃO TELLES, "Cláusula compromissória – Oposição...", pp. 213-221, F. CORTEZ, "A arbitragem voluntária...", pp. 565 e ss., F. PESSOA JORGE, "Forma da cláusula...", pp. 237-252 (focando o autor, com especial detalhe nesta anotação jurisprudencial, o problema relativo à necessidade de forma escrita da cláusula compromissória). A. DA PALMA CARLOS, por seu turno, qualificava a cláusula compromissória como "uma simples promessa do contrato" por referência ao compromisso arbitral que consubstanciava um "contrato definitivo", V. "La prócedure arbitral...", pp. 9-10.
Esta dificuldade foi ultrapassada com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho e, posteriormente, da LAV86. Em geral sobre o Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, Vol. I, pp. 381 e ss.

[172] D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 988 e do mesmo autor, "Convenção de arbitragem", p. 314.

[173] Seguiremos de perto o que já tivemos a oportunidade de defender em A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 128 e ss.

[174] Esta finalidade parece poder ser retirada do art. 18.º, n.º 1 da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, nos termos do qual existe um dever de informação do prestador de serviço ou do fornecedor dos bens para com o consumidor, devendo prestar informação a este último sobre "as entidades de RAL disponíveis ou a que se encontram vinculados por adesão".

[175] Considere-se, por exemplo, o art. 6.º do Regulamento do CACCL, no qual se estabelece que "N.º 1 - Para os efeitos dos números seguintes os agentes económicos podem declarar que aderem

adesão é, em teoria, fácil de explicar: em caso de conflito no âmbito de uma relação de consumo, assiste ao consumidor a possibilidade de recorrer àquela estrutura institucionalizada para resolver o problema, existindo uma "vontade" prévia do operador económico nesse sentido. Referimo-nos à adesão unilateral prévia, cuja principal dificuldade que comporta passa pela determinação da sua natureza jurídica[176].

Tal como já referimos em momento anterior, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico bilateral[177-178] e comporta em Portugal somente duas modalidades.

Sucede, porém, que aquela não pode ser uma natureza partilhada pela figura da adesão prévia: esta é unilateral e não bilateral. Neste contexto, a ausência dessa bilateralidade não possibilita, pelo menos no ordenamento jurídico português, a sua qualificação enquanto convenção de arbitragem[179-180].

Por outro lado, para que se possa aferir do respeito pelos elementos legalmente obrigatórios para um compromisso arbitral, era necessário determinar com clareza e exatidão o objeto do litígio que opõe as partes; para que preencha os requisitos exigidos a uma cláusula compromissória teria de especificar a relação jurídica a que os litígios respeitam. No que concerne ao conteúdo obrigatório que a lei exige para o compromisso

previamente e com carácter genérico ao Regulamento de Arbitragem. N.º 2 - Pela declaração referida no número anterior os agentes económicos obrigam-se a submeter a arbitragem do Centro todos os eventuais litígios posteriores a essa declaração."

[176] O exercício da qualificação jurídica desta figura não é despiciendo. De facto, se concluirmos que a adesão unilateral prévia por parte do operador económico a um centro de arbitragem consubstancia uma convenção de arbitragem, então o processo arbitral pode iniciar-se por mera iniciativa do consumidor. V. J. MORAIS CARVALHO, J. P. PINTO-FERREIRA E J. CAMPOS CARVALHO, *Manual de...*, p. 177.

[177] Relembre-se que o art. 1.º, n.º 1 da LAV utiliza a locução "cometido pelas partes".

[178] Não ignoramos a existência das chamadas convenções de arbitragem unilaterais, designadamente aquelas que surgem em negócios jurídicos unilaterais, tais como, por exemplo, os testamentos ou fundos. Cfr. I. WELSER E G. KLAMMER, "The Arbitration Agreement…", pp. 3-23, T. WÜSTEMANN, "Arbitrating Trust…", pp. 1251-1273 e M. SCHERER, "A Cross-Channel…", pp. 10-20. No entanto, esta realidade não parece ser reconduzível ao nosso ordenamento jurídico, pois que em Portugal a convenção de arbitragem é bilateral.

[179] M. J. CAPELO afirma de forma inequívoca que o legislador nacional excluiu a possibilidade de a arbitragem assentar num negócio jurídico unilateral, afirmação com a qual, atendendo ao contexto normativo nacional relativo à arbitragem, tendemos a concordar. Cfr. "A Lei de...", p. 107. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 97, não enjeita a possibilidade de uma convenção de arbitragem ser inserida num negócio jurídico unilateral, ainda que esta hipótese não esteja expressamente prevista na lei. Com efeito, considera o autor que no domínio do Direito Privado nada obsta a que essa possibilidade se verifique.

[180] Para M. J. CAPELO a adesão unilateral prévia não assume a natureza de uma cláusula compromissória precisamente pelo facto de a parte potencialmente contrária (o demandado) não ter participado na celebração da mesma, ou seja, é juridicamente um terceiro na medida em que não a subscreveu. Cfr. "A Lei de...", pp. 110-111.

arbitral e para a cláusula compromissória, apenas uma análise casuística[181] permitirá verificar se o mesmo integra ou não o texto da adesão[182].

Afastando a qualificação como compromisso arbitral ou convenção de arbitragem, estamos claramente perante uma declaração negocial de outra natureza. Em virtude dessa conclusão, a primeira consequência a extrair é que não estamos perante um negócio jurídico que permita produzir os efeitos típicos da convenção, *maxime* o direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a incompetência dos tribunais estaduais[183].

II – Afastada que está a sua qualificação como convenção de arbitragem, não existe consenso na doutrina quando à sua natureza. De uma forma relativamente sumária, é possível agrupar as posições da doutrina em dois grupos.

Por um lado, existe quem sustente que a adesão unilateral prévia ao centro de arbitragem, para além de unilateral, tem um âmbito subjetivo indeterminado, uma vez que se dirige a um público não identificado e não a pessoas individualmente consideradas[184]. De acordo com esta orientação, a qualificação jurídica mais adequada é a de mera promessa de celebração de convenção de arbitragem[185].

Decorrência necessária desta posição é que a adesão unilateral prévia não é apta a produzir os efeitos típicos da convenção de arbitragem. Por outro lado, se, em virtude do incumprimento da adesão unilateral prévia, o operador económico se recusar a celebrar um compromisso arbitral, deste incumprimento derivam efeitos meramente

[181] A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 131.
[182] Ainda assim, o desrespeito pelo conteúdo obrigatório da convenção de arbitragem não impede a qualificação jurídica como convenção de arbitragem, apenas seria sancionada com a nulidade da mesma. V. Cfr. artigo 3º da LAV.
[183] V. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 127.
[184] D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", pp. 998-999. Cfr., do mesmo autor e no mesmo sentido, "Arbitragem de conflitos de consumo", p. 80.
[185] Nesta medida, a sua violação acarretará somente efeitos puramente obrigacionais, sendo necessário provar – com exceção da culpa – os restantes requisitos da responsabilidade contratual.

obrigacionais, os quais remetem necessariamente para o âmbito da sua responsabilidade contratual[186-187].

Existe, no entanto, uma segunda posição defendida por outros autores,[188] os quais qualificam a adesão unilateral prévia como uma proposta contratual. De acordo com os mesmos, e em síntese, a declaração que o operador económico dirige ao centro de arbitragem apresenta-se como uma proposta contratual completa, precisa e firme[189]. Consideram, portanto, que o conteúdo da mesma – a manifestação da intenção de submeter o litígio a arbitragem – é suficiente para que se preencham os requisitos necessários à existência de uma proposta contratual[190].

Deste modo, observam que quando consumidor aceita a proposta, fazendo-o também por escrito, se celebraria a convenção de arbitragem. Assim, a declaração unilateral prévia seria juridicamente uma proposta de celebração de convenção de arbitragem, sendo que esta última apenas se celebra pela aceitação do consumidor[191].

III – Em virtude desta realidade, entendemos que a qualificação jurídica da adesão prévia não pode ser equacionada num plano puramente abstrato. De facto, apenas atendendo a cada caso particular será possível aferir se estamos perante uma promessa pública de celebração de uma convenção de arbitragem ou, pelo contrário, face a uma proposta contratual de celebração de convenção.

---

[186] M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 127-128. M. J. CAPELO entende que em situação de incumprimento, e considerando que o consumidor nunca influiu na celebração do contrato, o mesmo é um terceiro e, nessa medida, não se pode fazer valer da existência de uma adesão unilateral prévia. V. "A Lei de...", pp. 112-113.
Esta é uma situação estruturalmente semelhante ao que sucedia no ordenamento jurídico português com a figura da convenção de mediação, antes da entrada em vigor da Lei n.º 29/2013. A este propósito, e com desenvolvimentos profundos, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 79 e ss., J. MORAIS CARVALHO, "A Consagração Legal...", pp. 283 e ss.

[187] Foi este o sentido decisório do TRL no ac. de 15/12/211.

[188] J. MORAIS CARVALHO, J. P. PINTO-FERREIRA E J. CAMPOS CARVALHO, *Manual de...*, pp. 178 e ss., J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Especificidades da Arbitragem...", pp. 79 e ss.

[189] Afastam, deste modo, qualquer recondução da figura a um convite a contratar.

[190] Especialmente se considerarmos que adesão assume forma escrita. J. MORAIS CARVALHO, J. PEDRO PINTO-FERREIRA E J. CAMPOS CARVALHO, *Manual de...*, pp. 179.

[191] Aquando da análise da natureza jurídica da adesão unilateral, os autores praticam um exercício de subsunção jurídica, testando três realidades em particular: o convite a contratar, a proposta contratual e a promessa pública. Concluem, no entanto, pela existência de uma promessa sempre que se verifiquem os requisitos para essa qualificação jurídica, nomeadamente os requisitos de completude e adequação formal. Com maior detalhe, cfr. J. MORAIS CARVALHO, J. P. PINTO-FERREIRA E J. CAMPOS CARVALHO, *Manual de...*, pp. 178 e ss., J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Especificidades da Arbitragem...", pp. 79 e ss.

Inequívoco, isso sim, é que não existe aqui uma terceira modalidade de convenção de arbitragem, o que seria, diga-se já, dificilmente compatível com o quadro legal atualmente vigente. Assim é, na medida em que a derrogação do direito de ação apenas pode suceder nos casos legalmente previstos[192], o que, no domínio da arbitragem voluntária, se reconduz à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral.

[192] V. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 127 e L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", p. 123.

CAPÍTULO II

§ 3.º A IGUALDADE DOS SUJEITOS COMO AXIOMA DO DIREITO PRIVADO

3.1. Direito Privado e a conceção da (des)igualdade dos sujeitos

I – WERNER FLUME afirmou que "não existe ordenamento jurídico sem autonomia privada"[193]. Contudo, também não podemos conceber a existência de autonomia privada sem que se verifique uma igualdade dos sujeitos desse mesmo ordenamento jurídico, pois a real possibilidade de liberdade é indissociável da capacidade de ser autónomo [194]. A ligação entre o Direito Privado e a ideia de igualdade é aceite pela doutrina. Neste sentido, podemos, inclusivamente, considerar que *a ideia* clássica subjacente ao Direito Privado, mormente no campo do Direito Civil – o qual, como alguns autores designaram, consubstancia "o núcleo fundamental do Direito Privado"[195] – é precisamente a da igualdade dos sujeitos[196].

Não obstante, e pese embora o princípio da igualdade tenha garantido o seu lugar como um "verdadeiro axioma político e jurídico"[197] consagrado nas leis fundamentais dos variados países, esta consagração foi surgindo no âmbito de um processo de crescendo e cujo início pode, em traços largos, localizar-se historicamente na Constituição Norte-Americana de 1787, designadamente no seu art. 1, secção 9, *in fine*

[193] V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des…*, p. 1. Não nos referimos aqui ao problema de determinar a natureza originária ou derivada da autonomia privada. Estamos, tão-somente, a destacar a ligação necessária que se verifica entre a possibilidade de autodeterminação dos privados e a existência de um ordenamento jurídico, sendo ambos reversos de uma mesma moeda.
[194] Pelo menos atendendo aos quadros político-jurídicos da atualidade.
[195] C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do*..., p. 47.
[196] C. FERREIRA DE ALMEIDA considera que o princípio da igualdade de todos os indivíduos é, de facto, um dos princípios fundantes da ordem social, V. *Os Direitos dos...*, p. 17.
[197] Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos...*, p. 118-119. J. MIRANDA E R. MEDEIROS, "Artigo 13.º", p. 164 qualificam o princípio da igualdade como um dos elementos estruturantes do constitucionalismo. No mesmo sentido, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, pp. 336.

quando se procede à abolição de atribuição de títulos nobiliárquicos nos Estados Unidos da América[198].

Ainda assim, e tal como alguns autores afirmam[199] e a história comprova, este não foi o primeiro texto daquele país a dar consagração ao princípio da igualdade dos indivíduos, devendo ser destacada a Declaração de Direitos da Virgínia (de 12/06/1776)[200], bem como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (de 4/07/1776).

Não obstante serem documentos cronologicamente anteriores ao texto francês, a proclamação da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 teve um impacto determinante no que concerne à consagração do princípio da igualdade em textos constitucionais. Naquela afirmava-se, desde logo, no art. 1.º "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser baseadas na utilidade comum.". Esta intenção política inequívoca foi, posteriormente, assimilada pela *Constitution* de 1791, na qual se retiraram resultados práticos daquela, reconhecendo-se que "A Assembleia Nacional, que deseja estabelecer a Constituição francesa com base nos princípios que acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que prejudicaram a liberdade e a igualdade de direitos"[201].

O princípio que estabelece a igualdade dos indivíduos é um princípio profundamente imbuído de uma natureza ideológica e axiológica. Não estamos, portanto, perante uma realidade imutável e cristalizada num determinado momento histórico, sendo, pelo contrário, necessariamente permeável ao contexto social e histórico[202]. Com efeito, o ordenamento jurídico não vive isolado de um contexto sociocultural ou de um dado regime político, sendo naturalmente uma "realidade cultural"[203]. Neste sentido, o

[198] V. G. MACHADO DRAY, *O Princípio da...*, pp. 30-34, J. MIRANDA E R. MEDEIROS, "Artigo 13.º", pp. 164 e ss., D. FREITAS DO AMARAL, *História do pensamento...*, pp. 251 e ss., M. REBELO DE SOUSA e J. DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República...*, p. 9.
[199] Cfr. M. CAETANO, *Manual de Ciência...*, p. 312-313, G. MACHADO DRAY, *A Influência dos...*, pp. 7 e ss. Mais recentemente na doutrina nacional, A. P. PINTO MONTEIRO, *O Princípio da...*, pp. 51e ss.
[200] Virginia Bill of Rights. Consultada em https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights).
[201] Ambos os textos legislativos se encontram disponíveis em https://www.conseil-constitutionnel.fr/. V. CH. PERELMAN, "Égalité et Valeurs", pp. 319-320.
[202] V. A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos...*, p. 119. Esta influência do contexto sociocultural e político no princípio da igualdade obrigada a que também a sua interpretação seja feita de forma adequada ao momento histórico a que se reporta.
[203] V. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e...*, p. 39.

princípio da igualdade não pode permanecer estanque e imutável, ou seja, mantendo o mesmo significado durante os diversos séculos (ainda que apenas se considerasse um ordenamento jurídico em particular). É neste contexto que se compreende a evolução que o mesmo veio a registar nos últimos séculos. Vejamos.

II – O entendimento clássico no domínio do Direito Privado funda-se na premissa de que todos os intervenientes se encontram desprovidos de um qualquer poder que lhes confira supremacia sobre a sua contraparte, aliando-se ao facto de a lei – pelo menos de modo formal – conferir a todos uma posição juridicamente igual[204]. É, portanto, um domínio profundamente marcado por uma conceção de igualdade dos intervenientes, a qual perpassa todas as manifestações do sistema[205]. Com efeito, um dos traços distintivos deste domínio jurídico é precisamente o facto de na sua génese se destinar a regular as relações ou situações que se desenvolvem entre sujeitos que atuam desprovidos de *ius imperium*[206-207].

Neste contexto, o contrato, tal como previsto no Código Civil, toma o seu lugar enquanto instrumento que se encontra ao serviço do desenvolvimento da autonomia privada das partes no âmbito da conformação das suas necessidades e relações jurídicas, sem que se verifique uma intervenção limitativa de génese estadual[208].

Tal construção parte do pressuposto, geralmente aceite, de que as partes se encontram, em matéria de Direito Privado, numa situação de igualdade ou paridade. Assim, colocadas num ponto de partida supostamente idêntico, assiste às partes a

[204] Elemento essencial numa área do ordenamento jurídico na qual "impera a prossecução individualista": cada indivíduo busca, de forma isolada, melhorar a sua situação individual, necessitando, para tal, de se encontrar numa posição igual à dos seus contraentes de modo a maximizar o seu poder negocial, V. M. PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional...*, p. 312.

[205] Conceção esta ainda mais intensa se adotarmos uma visão liberal do ordenamento jurídico. Cfr. A. PINTO MONTEIRO, "O contrato na...", p. 11.

[206] Logo, englobam-se aqui as relações dos particulares entre si, bem como as que desenvolvem com o Estado ou outras entidades públicas quando os mesmos atuem na esfera das suas relações privadas, isto é, despojados dos seus poderes de autoridade. Resulta este entendimento da adoção, quase generalizada, do critério da posição dos sujeitos como esteio da distinção entre o Direito Privado e o Direito Público. V., a título sugestivo, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 64, M. J. ESTORNINHO, *A Fuga para...*, pp. 139 e ss. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução...,* pp. 333 e ss., A. PINTO MONTEIRO, *Noções Gerais de...*, pp. 47 e ss.

[207] Ou, adotando o critério e a terminologia propostos por M. PRATA ROQUE, por sujeitos que não se encontram numa "posição de supremacia jurídica que é finalisticamente orientada para a satisfação das necessidades de todos e não apenas das necessidades de alguns", cfr. *A Dimensão Transnacional...*, pp. 335-336.

[208] J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, p. 63, P. RECIGNO, "L'autonomia dei...", p. 187 e J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, pp. 449.

possibilidade de conduzirem a sua conduta tendo a possibilidade de buscar a solução que melhor defenda os seus interesses[209]. Quer isto significar que, por a todos ser reconhecida a capacidade de serem um centro autónomo de imputação de direitos e deveres, a igualdade dos intervenientes se encontra garantida pelo facto desta capacidade ser atribuída aos indivíduos de forma generalizada e idêntica[210]. É a consagração da faceta de autolegislador ao indivíduo, o qual regula as suas relações pessoais.

No entanto, no período liberal, a conceção do princípio da igualdade adotada tinha uma natureza meramente formal[211-212], bastando-se com a consagração da capacidade de gozo e de exercício de um modo geral para todos os indivíduos, independentemente de se encontrarem reunidas condições para que se possa verificar uma igualdade concreta[213]. Ao Estado cabia, por seu turno, uma intervenção mínima ou quase inexistente[214], desempenhando um papel de não-interferência na liberdade dos sujeitos, devendo privilegiar-se a atuação individual sem compressões ou agressões, sobretudo de natureza estadual[215]. Esta é a compreensão literal do princípio da igualdade: a abolição de privilégios e de todas discriminações, contribuindo, assim, para a existência de uma

[209] Conforme destaca J. DE SOUSA RIBEIRO, a liberdade e a igualdade acabam por se confundir uma na outra. V. *O Problema do...*, p. 96, nota 222.
[210] J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 96.
[211] Atende-se aqui, num primeiro momento e numa primeira abordagem, à igualdade enquanto "ausência de privilégios". Cfr. H. J. LASKI, *A Grammar of...*, p. 153. Este conceito de igualdade, segundo o referido autor, pode explicar-se do seguinte modo "na penumbra da igualdade [a ausência de privilégios] significa, na esfera política, que a minha vontade, enquanto factor na contagem de cabeças, é igual à vontade de qualquer outra pessoa.", v. *ob. cit*. p. 153.
Esta igualdade em sentido meramente formal, também designada como "igualdade liberal" ou "igualdade jurídica" reconduzia-se ao conceito adotado pelo constitucionalismo liberal e, tal como referimos anteriormente, bastava-se com a ideia de os homens "nascerem e permanecerem livres e iguais em direitos", cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p. 426. Existia, pois, uma irrelevância do berço ou do *status* dos indivíduos, a qual se traduzia numa fórmula "subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação", V. J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I., p. 337, bem como G. MACHADO DRAY, *O Princípio da...*, pp. 23-52 e do mesmo autor, "Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho", pp. 21-32. Para uma primeira abordagem sobre as consequências práticas desta visão meramente formal do princípio, cfr. CH. PERELMAN, "Égalité et Valeurs", pp. 322 e ss.
[212] F. WIEACKER referia-se, neste contexto, "ao direito privado abstrato e a sua autonomia privada", *in História do Direito...,* p. 504.
[213] V. J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, pp. 32 e ss.
[214] Cfr. A. PRATA, *A Tutela Constitucional...*, p. 27, R. EHRHARDT SOARES, *Direito Público e...*, p. 51 e p. 120 e ss. Sobre o Estado de Direito liberal, cfr. J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...,* pp. 20 e ss., J. MIRANDA, *Teoria do Estado...*, pp. 72 e ss.
[215] Como escrevia J. TAVARES, a par dos conceitos de ordem e da coexistência, o direito fundava-se na liberdade. Cfr., *Os princípios fundamentais...*, p. 20.

mesma e única condição jurídico-social[216]. Aqui radicaria precisamente o desenvolvimento do princípio da autonomia privada, designadamente na vertente da liberdade contratual: a cada um assiste a possibilidade ou a faculdade de prosseguir os seus interesses, procurando obter a satisfação dos mesmos. Essa atividade de autorregulação é desenvolvida, de forma isolada ou em sociedade, assentando em processos negociais partilhados entre agentes em posição igual[217].

III – Tal entendimento do princípio da igualdade foi, com o abandono do modelo liberal[218] e o advento do Estado social[219-220], todavia, paulatinamente ultrapassado. O postulado para esse abandono é fácil de explicar: uma conceção igualitária de génese meramente formal – que se basta como uma mera possibilidade formal e abstrata de igualdade[221] – mostrou ser insuficiente e, inclusivamente, deficiente, podendo conduzir a resultados que se situam em planos totalmente opostos àqueles que pretendem salvaguardar[222-223].

---

[216] Assim ensinava A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos...*, p. 121, referindo-se a um "igual estatuto jurídico de sujeitos de direito, já perante o Estado, já perante os outros concidadãos". No mesmo sentido, G. MACHADO DRAY, *O Princípio da...*, p. 57.

[217] Conduzindo-se no sentido já defendido por ADAM SMITH, designadamente quando escreveu "uma vez afastados todos os sistemas de preferência ou restrição, o sistema óbvio e simples da liberdade natural estabelece-se livremente. Todo homem, desde que não viole as leis da justiça, fica perfeitamente livre para perseguir o seu próprio interesse à sua maneira, e trazer tanto a sua indústria como o seu capital em concorrência com os de qualquer outro homem, ou ordem dos homens.", cfr. *An Inquiry Into...*, p. 914. Sobre o conceito de liberdade em Adam Smith, cfr., entre nós e com amplíssimas referências, F. ARAÚJO, *Adam Smith – O...*, sobretudo pp. 697 e ss.

[218] Relembre-se que a estrutura política do liberalismo, no século XIX, formulou-se com o objecto de proporcionar uma cisão – profunda – entre Estado e sociedade, cfr. R. EHHARDT SOARES, *Direito Público e...*, p. 40 e pp. ss.

[219] V. D. GARLAND, *The Welfare State…*, pp. 13 e ss., A. BRIGGS, "The Welfare State…", pp. 15-46, C. PIERSON, *Beyond the welfare…*, pp. 47 e ss., C. WOODARD, "Reality and Social…", pp. 286-328.
Nas palavras de F. WIEACKER, *História do Direito...*, p. 505, "a sensibilidade típica do Estado social da actualidade condena o liberalismo social e económico".

[220] Como bem relembrava M. CAETANO, "a substituição de um Estado liberal por um Estado intervencionista, ou social, (...) pretende conformar a vida colectiva, e não apenas assegurar o jogo natural das liberdades", cfr. *Manual de Ciência...*, Tomo I, pp. 324. V., igualmente, J. MIRANDA, *Teoria do Estado...*, pp. 76-77.
Por seu turno, J. J. ABRANTES, refere-se a este Estado como "já não o "inimigo" nato do indivíduo, como era visto pela ideologia liberal, mas antes um seu aliado natural", ao qual cabe a função de respeitar a liberdade individual, mas também garantir a sua efetivação, cfr. "Sobre a Constituição...", p. 269.

[221] A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos...*, p. 124.

[222] Neste sentido, e como exemplo, D. LYONS, "The weakness of...", pp. 146-148, L. POJMAN, "Theories of Equality…", pp. 2 e ss., S. FREDMAN, "Substantive equality…", pp. 712-738.

[223] Em suma, reconheceu-se a necessidade de intervenção mais ativa do Estado com vista a estruturar e regular a sociedade na busca pela justiça social e pelo progresso económico", v. J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 31

Este era um dos principais aspetos em que o ordenamento jurídico se encontrava mais desadequado da realidade: da igualdade jurídica das partes não resultava necessariamente uma correspondência direta com a realidade material[224]. Aquela fórmula de consagração da posição de igualdade dos indivíduos é necessariamente formal e fundada em categorias abstratas e gerais, as quais nada nos dizem (ou em nada refletem) sobre o substrato concreto e material do problema[225]. Este abandono do postulado liberal – incluindo nesta fórmula geral a ideia de intervenção estadual mínima combinada com a indiferença para com o conteúdo material dos negócios jurídicos[226] – alastrou a todos os domínios jurídicos, entre os quais se encontra o Direito Civil. Traduziu-se, pois, numa substituição da indiferença pela existência de um sentimento generalizado de justiça[227], o qual como que alastrou no domínio da previsão e regulamentação das relações privadas[228-229].

Foi a este estado de coisas que o ordenamento jurídico procurou responder[230]. O paradigma registou, assim, uma inversão com vista a assegurar que aos indivíduos se consagra uma liberdade efetiva, no sentido de a mesma se destinar a todos e não somente a alguns[231], isto é, aqueles que na prática tivessem mesmo uma liberdade de contratar[232].

---

[224] A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, pp. 10 e ss., B. LEFEBVRE, "La justice contractuelle...", p. 19.
[225] J. J. ABRANTES, *A vinculação das...*, p. 24.
[226] A. CASTANHEIRA NEVES*, O Instituto dos "Assentos...*, p. 133.
[227] Tal como se afirmou na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 33:908, de 4 de Setembro de 1944, que autorizava o Ministério da Justiça a promover os trabalhos de elaboração de um projeto de revisão do Código Civil, "[e]ntre as razões que podem apontar-se para uma revisão do Código Civil destaca-se a de que o nosso tempo requere um direito social. (...) O ambiente de ideias em que foi gerado o Código de 1867 e, de uma maneira geral, os códigos civis do século XIX entende-se que hoje não pode já corresponder aos ideais que um sentimento de justiça mais exigente, uma diferente concepção do mundo e da vida erigiram à categoria daqueles a que a legislação não pode permanecer indiferente", pp. 833-834.
[228] A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos "Assentos"...*, p. 33, refere, a este propósito, a existência de uma "específica dimensão social" do Direito, no qual se engloba o Direito Civil.
[229] Neste contexto, já na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 33:908 se afirmava a necessidade de um direito social, designadamente em virtude de "certas injustiças do individualismo leva[re]m a pensar que é preciso dar aos direitos uma feição social, de sorte que os direitos atribuídos aos indivíduos não possam desconhecer os laços de solidariedade que os prendem aos demais", p. 834.
[230] Conforme escreve F. WIEACKER, "o carácter do estado típico também do moderno estado social contém em si (...) uma opção prévia no sentido da concepção do direito privado também como sistema de esfera de liberdade e de limitação à liberdade", precisamente devido à mudança de paradigma verificada. Cfr. *História do Direito...*, p. 719.
[231] O "pecado original" da sociedade liberal assentou precisamente na igualação formal da sociedade em geral com a sociedade de empresários e burgueses, cfr. F. WIEACKER, *História do Direito...*, p. 505.
[232] Como explica J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 450. Por outro lado, sublinha o referido autor que esta mudança implicou a adoção de um novo foco da questão. Destarte, importava,

IV – Com efeito, e conforme já vem sendo defendido pela doutrina[233], para que o contrato possa funcionar como veículo de autonomia privada – concebendo aqui o conceito de contrato como o produto resultante da emissão de duas declarações de vontade[234] – é necessário que se verifique um conjunto de situações, que servindo de substrato ao mesmo, têm uma função de quase "condições ambientais" para o bom desenvolvimento do contrato[235]. Entre estas encontram-se, em estreita relação, a existência de uma igualdade negocial mínima entre os contraentes e a possibilidade de uma efetiva determinação da vontade dos indivíduos.

De facto, sem que as partes da relação se encontrem – minimamente – numa posição de igualdade não poderemos considerar que exista entre ambas um *real processo bilateral* tendente à produção dos efeitos jurídicos desejados com vista à autorregulação da sua vida. Não estaremos, portanto, num processo negocial no sentido puro da expressão, mas, antes sim, num contexto em que um dos intervenientes tem a possibilidade – em função da sua capacidade económica, jurídica ou da informação que dispõe – de impor a sua vontade à sua contraparte[236]. Logo, a liberdade de um implica, por um lado, a supressão da vontade do outro e, por outro, a paridade foi substituída por opressão ou imposição[237]. A outra parte contratante surge, portanto, numa posição de poder quase materialmente idêntica à de uma entidade que se encontra imbuída de poderes de imposição[238].

pois, determinar "a quem se proporciona uma área de liberdade efectiva. Para que seja a cada um e não apenas a alguns, a anterior contraposição dicotómica tem de transformar-se em relação triangular Estado-sociedade-indivíduo.", Cfr. *Legalidade e Autonomia...*, p. 450-451.

[233] Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita e...*, p. 61.

[234] V., a título exemplificativo, J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em...*, Vol. I, pp. 212 e ss., C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, p. 37, C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do*..., p. 388.

[235] V. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita e...*, p. 61.

[236] J. ANTUNES VARELA lembrava que, para o contrato cumprir a sua função, era essencial que não existisse entre as partes "uma relação de supremacia económica ou de carência anormal que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições à outra", cfr. *Das Obrigações em...*, Vol. I, p. 230, nota 4.

[237] Recorrendo, uma vez mais, ao Decreto-Lei n.º 33:908, já aí se destacava que "a [f]unção de um código civil é, para esta concepção, tutelar os direitos do cidadão, isto é, do homem havido como portador dos direitos naturais, inatos e intangíveis. Estes direitos individuais naturais são a fonte da actividade jurídica, limitando-se a lei a sancionar a esfera da liberdade que a cada um compete, de acôrdo com os direitos emanados da sua própria dignidade ou natureza humana."

[238] A existência de privados com um poder tão forte ou mesmo superior ao de matriz estadual é uma realidade conhecida pela doutrina. J. J. ABRANTES já a isso mesmo se referiu, destacando o poder de determinados grupos sociais que "possuem um poder, senão superior, pelo menos igual do Estado, o que lhes permite influencia a esfera de autonomia dos indivíduos", cfr. *Contrato de Trabalho...*, p. 23,

A posição de fragilidade de uma das partes pode ter diversas explicações, as quais não se reconduzem necessariamente à conceção mais básica que radica na fragilidade económica[239]. Com efeito, podemos encontrar justificações que estejam relacionadas com a dependência económica em estreita ligação com a existência de um vínculo jurídico de subordinação, por exemplo no campo do domínio laboral, mas também poderemos verificar a mesma situação no domínio do direito consumo, no âmbito do qual o consumidor pode ter uma necessidade imperativa que apenas pode ser satisfeita através da celebração de um determinado contrato ou mediante o estabelecimento de uma relação jurídica com um operador económico. Nas relações jurídicas de consumo a posição de fragilidade do consumidor pode decorrer do facto de nem lhe assistir propriamente a liberdade de escolher celebrar ou não celebrar o contrato em causa, designadamente quando apenas a celebração do contrato lhe garantir a satisfação da sua necessidade[240]. Um ponto é comum a ambas as realidades: as duas hipóteses caracterizam-se pela existência de assimetrias negociais ou desigualdades ao nível do *bargaining power* dos sujeitos.

3.2. A mudança de paradigma: a função social do contrato e o Direito Privado

O problema da justiça contratual é uma questão complexa, na medida em que se desenvolve numa relação entre polos antagónicos[241-242]. Em primeiro lugar, temos de considerar a liberdade das partes na condução das suas relações jurídicas e na possibilidade de ordenação da sua atividade, ou seja, a sua esfera de autonomia e da

nota 50, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 532 e ss., N. JANSEN E R. MICHAELS, "Private Law and...", pp. 11 e ss.

[239] O conceito de contraente mais débil é polimórfico. No entanto, neste contexto, com a utilização do mesmo referimo-nos ao indivíduo que tem a posição contratual mais enfraquecida. Esta dimensão embora possa justapor-se ao conceito de contraente economicamente mais frágil, não é necessariamente indissociável da mesma. Importa, pois, definir, os elementos tipo que preenchem a noção. Compreendem-se aqui as hipóteses em que alguém teve a sua efetiva liberdade contratual diminuída ou comprimida, quer no plano da definição dos termos contratuais, quer, *in maxime*, quanto à decisão de sequer celebrar o contrato. Estamos, pois, em sintonia com a definição defendida por A. PRATA em *A Tutela Constitucional...*, pp. 99-100, nota 18. V., igualmente, J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, p. 33, nota 39.

[240] Cfr. C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", pp.119-148.

[241] Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita e...*, p. 61.

[242] Referindo uma tensão entre a liberdade e a justiça contratual, cfr. M. WENDLAND, *Vertragsfreiheit und...*, pp. 62 e ss.

indissociabilidade dessa liberdade da condição humana[243]. É, portanto, necessário determinar em que medida a autonomia privada pode – ou deve – compatibilizar-se com a busca de um ideal de justiça contratual[244].

Por outro lado, há que considerar a necessidade de assegurar que existiu por parte de todos os intervenientes uma liberdade real aquando da decisão de contratar e na determinação do conteúdo do contrato, de modo a garantir que o contrato não foi resultado de uma *imposição fáctica* de um dos intervenientes da relação contratual. Em suma, que a liberdade contratual de um não consumiu ou restringiu de modo inadmissível a esfera da decisão individual do outro de tal modo que não possa considerar-se verificada uma verdadeira liberdade[245]. Ou, noutras palavras, que a igualdade negocial dos contraentes não foi meramente formal[246].

Por último, mas não menos importante, na missão de assegurar a *liberdade real*[247] dos indivíduos, é imprescindível garantir que não existe uma excessiva intervenção estadual nesse domínio, de tal modo que o espaço de autonomia das partes acabe consumido pela modulação imposta pelo poder do Estado. Referimo-nos ao fenómeno comummente designado por *materialização do Direito Privado*[248-249] ou *socialização dos contratos*[250] ou *do direito civil*[251].

A preocupação com a justeza dos mecanismos contratuais ou dos resultados obtidos por via do contrato advém, tal como já afirmámos, do abandono do dogma da igualdade liberal, refletindo no plano jurídico o novo espírito do Estado Social. Assim, o que aqui se coloca é a necessidade de equilibrar o poder – numa aceção lata do termo na qual se inclui o de génese estadual e o que advém dos particulares – com a liberdade

[243] Que se traduz "no reconhecimento, pela ordem jurídica, do homem como autêntico sujeito do Direito", cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e...*, p. 43.
[244] V. C.-W. CANARIS, "A Liberdade e...", p. 49.
[245] J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 450. No mesmo sentido, I. GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos...*, 3.ª Ed., p. 62, G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 76.
[246] C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, pp. 110-111, nomeadamente, nota 110.
[247] Que reflete a exigência atual da igualdade dos contraentes, "nomeadamente a eliminação dos obstáculos materiais resultantes das diferenças acentuadas de poder entre as pessoas, com vista a que todas possam manter a sua", cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de...*, p. 601.
[248] P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita e...*, pp. 61 e ss.
[249] Sobre a materialização da liberdade contratual no Direito Europeu, cf. J. D. LÜTTRINGHAUS, *Vertragsfreiheit und ihre...*, *passim*.
[250] G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 76. A. ALMEIDA, por sua vez, refere-se à "publicização e socialização do direito privado", cfr. "Cláusulas Contratuais Gerais...", p. 289.
[251] V. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...,* p. 14, nota 48. J. J. GOMES CANOTILHO, por seu turno, refere-se à "constitucionalização da ordem jurídica privada", cfr. "Provedor de Justiça...", p. 85.

individual de todos e cada um[252]. Este equilíbrio teria a função de proteger a autonomia privada de uns da força expansiva da autonomia privada de outros, ou seja, atribui-se ao próprio contrato uma *função socialmente típica*[253] que se traduz no seu papel enquanto veículo através do qual os indivíduos podem exercer a sua liberdade individual[254], mas também "como meio de uma partilha justa dos bens"[255-256]. Estamos, portanto, perante uma mudança de paradigma que tem a consequência direta de implicar modificações no sentido atribuído ao princípio da autonomia privada[257]: esta é limitada e a todos garantida, mesmo que seja necessário operar compressões para assegurar uma possibilidade real de liberdade contratual. Os limites desta última, e em especial os impostos pela via estadual, surgem como justificados – ou, pelo menos, toleráveis – em virtude da defesa da própria autonomia privada[258].

A incorporação de uma orientação social no direito civil[259], e nos seus respetivos institutos, vem procurar colmatar a ausência de igualdade material entre os contratantes, procurando permitir o desenvolvimento das condições ideais para um desenvolvimento equilibrado da autonomia privada dos indivíduos[260]. É, portanto, um meio de fazer face à

[252] J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 451. Na mesma obra o autor considera que, no âmbito da sua transição, "a constituição económica do Estado Social de Direito mantém o dogma da liberdade contratual, mas converte-o em princípio funcional", p. 452. Por conseguinte, e segundo bem compreendemos o seu raciocínio, aquela liberdade seria mais um instrumento ao serviço da obtenção da justiça no seio do ordenamento jurídico.

[253] A. MENEZES CORDEIRO alerta para a necessidade de clarificar o sentido da expressão "função social e económica" no âmbito jurídico. Com a menção função social do contrato estamos a considerar que no âmbito da liberdade de atuação concedida aos indivíduos, a que o autor chama de "campos de livre arbítrio", essa possibilidade de autodeterminação não é total e ilimitada. Nesta medida, "os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e económico que presidiu à sua constituição", cfr. *Da Boa...*, p. 1231.

[254] Cfr. J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção...*, p. 33.

[255] J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 452.

[256] M. WENDLAND, *Vertragsfreiheit und...*, p. 66, referindo-se à função social do contrato como forma de salvaguarda da justiça contratual.

[257] A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e...*, p. 53., C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 111.

[258] Neste sentido se compreende que M. CARNEIRO DA FRADA afirme que "não há autonomia sem justiça, nem vice-versa", cfr. "Autonomia privada e...", p. 254.

[259] Já sentida, aliás, em momento prévio ao da reforma do Código Civil. Na exposição de motivos contida no Decreto-Lei n.º 33:908 escrevia-se o seguinte "[p]or isso se defende a necessidade de um direito social. Certas injustiças do individualismo levaram a pensar que é preciso dar aos direitos uma feição social, de sorte que os direitos atribuídos aos indivíduos não possam desconhecer os laços de solidariedade que os prendem aos demais", p. 834.

[260] C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 110, nota 110. Cfr. igualmente e com exemplos ilustrativos das modificações que se verificaram neste contexto no ordenamento jurídico alemão, F. WIEACKER, *História do Direito...*, p. 593 e ss.

existência de relações jurídicas marcadas pela desigualdade e pelo desequilíbrio[261], por vezes numa escala de desarmonia significativa, quase que "injustamente penosas"[262].

No entanto, este reposicionamento do sistema jurídico com vista à proteção do contraente mais débil, bem como da sua autonomia privada, não pode ter por efeito uma extinção da liberdade de autodeterminação do Homem. De facto, esta *materialização do Direito Privado* traduz-se na prática em heterolimitações à autonomia dos sujeitos de Direito, o que pode, em alguns momentos, colidir com as suas livres escolhas na condução das suas relações. Daí a necessidade de obtenção de equilíbrio[263].

De outro modo, importa não esquecer que a liberdade contratual – enquanto manifestação do princípio da autonomia privada – é um elemento essencial no que concerne ao livre desenvolvimento da pessoa e da sua personalidade[264-265]. Privar, sem fundamento e de forma total, um indivíduo da sua liberdade na autorregulação dos seus interesses é, de certo modo, comprimir a sua dignidade[266], ao ponto de poder colidir com a sua própria condição de ser humano. Além do que negar a liberdade jurídica implicaria sempre negar a possibilidade de qualquer liberdade real.

Deste modo, o prisma a adotar passa por admitir algumas limitações de natureza heterógena, necessariamente de origem estatal com a finalidade de garantir a

[261] Como defende R. M. MOURA RAMOS, "é um dos leitmotiv do actual direito privado, onde nos nossos dias o legislador cuida de compensar o desequilíbrio existente entre os vários sujeitos da relação estabelecendo imperativamente regras que visa a proteção da parte mais débil", na medida em que "assim se reconhecesse que a não verificação na prática dos pressupostos do modelo – fundado na igualdade dos contraentes – em que assentava a disciplina do contrato impõe, sobretudo à luz de uma concepção que não esqueça a função reguladora da ordem jurídica privada, a mutação do quadro geral em que se processava a sua regulamentação", cfr. "Contratos Internacionais e...", p. 340. Em sentido convergente, E. HONDIUS, "The Protection of…", pp. 245 e ss., M. CARNEIRO DA FRADA, designadamente quando refere a aceitação de uma intervenção crescente "do legislador no conteúdo dos contratos, em nome da justiça", v. "Autonomia privada e...", p. 239 e A. DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 209 e ss.

[262] G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 77.

[263] Como relembra, C.-W. CANARIS, "A liberdade e a...", p. 51, para que possa verificar-se uma "sociedade de direito privado" é preciso que o poder estadual permita e garanta aos indivíduos uma liberdade "para agir determinada e prossecução de objectivos específicos".

[264] G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 78 e C.-W. CANARIS, "A liberdade e...", p. 56.

[265] S. GRUNDMANN, "On the Unity...", p. 1063, aponta a autonomia privada como o próprio núcleo duro do Direito Privado, assumindo uma preponderância incontornável.

[266] A ligação entre a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana é indiscutível. Como afirma R. CAPELO DE SOUSA, "sendo a liberdade um bem essencial da pessoa humana (...) tem necessariamente de haver um largo e aberto espaço de autonomia privada, com os inerentes poderes individuais de autodeterminação e autogestão da respectiva esfera de interesses pessoais", v. *O Direito Geral...*, pp. 519-520.

possibilidade de uma liberdade real entre as partes contratantes[267]. Apenas deste modo será possível assegurar a liberdade contratual de forma bilateral e equilibrada[268].

Pese embora o contrato seja o veículo privilegiado da atuação da autonomia privada e, em paralelo, a liberdade contratual consubstancie uma dimensão jurídica quase indissociável da qualidade humana do indivíduo, não podemos ignorar que o negócio jurídico, uma vez celebrado, tem força obrigatória não somente pela declaração contratual das partes emitida nesse sentido. Os efeitos do negócio jurídico resultam da combinação da autonomia privada das partes com a lei, sendo conferidos "em razão da sua utilidade social"[269]. Se esta utilidade social for violada ou desaparecer, impõe-se a necessidade de o Estado, por via legislativa, poder corrigir as profundas desigualdades que daí resultarem[270-271].

[267] S. GRUNDMANN, "The Future of…", pp. 500 e ss. e do mesmo autor "European Contract Law(s)…", pp. 194 e ss.

[268] J. M. SÉRVULO CORREIA afirma que este é o preço a suportar pela conciliação entre a autonomia privada e respetiva liberdade contratual. Ou seja, "é uma consequência normal de o valor jurídico dos contratos provir da lei, que o confere em razão da utilidade social do instituto.", *Legalidade e Autonomia...*, p. 453.

[269] M. CAETANO, *Manual de Direito...*, Vol. I, p. 628. O autor reconhece, no entanto, que cabe aos interessados a composição dos seus interesses e das suas relações, a ordenação da sua vida, podendo, dentro dos limites da lei, estipular e convencionar no sentido que lhes parecer o mais indicado.

[270] Pense-se, a título de exemplo, na previsão da anulabilidade dos negócios usurários (art. 282.º do CC), na cominação com nulidade dos negócios jurídicos cujo objeto seja contrário à lei ou aos bons costumes (art. 280.º do CC) ou na possibilidade de redução pelo tribunal de uma cláusula penal excessivamente onerosa (art. 812.º CC).

[271] De acordo com alguns autores, é certo que a vontade das partes – no sentido jurídico – é essencial para o nascimento e subsequente desenvolvimento da relação ou do negócio jurídicos, mas tais efeitos somente se produzem na sua esfera ou na de outro porque existe uma permissão normativa para que tal suceda. Quer isto significar que a existência e consequências do negócio jurídico não se fundam apenas no princípio da autonomia privada; em momento algum se pode ignorar a existência de um regime legal do negócio jurídico. Cfr., em sentido muito próximo, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de...Civil, II...Geral,* pp. 57-58 e E. DEL PRATO, *Le Basi del...*, I, p. 45, afirmando que no âmbito da autonomia privada se produzem os efeitos que a lei lhe reconhece. Com igual posição, v. L. CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos...*, p. 35, bem como P. RESCIGNO, "L'autonomia dei...", p. 21, onde afirma que sendo certo que o negócio jurídico e o contrato são uma afirmação da vontade, o facto é que esta última se apresenta como uma vontade autorizada e reconhecida pelo Estado". Com a mesma orientação, J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", pp. 103-104. H. KELSEN, quanto ao negócio jurídico, afirma que "este acto é um facto produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal facto esta qualidade", cfr. *Teoria Pura do...*, pp. 285-286.
Uma posição muito particular é a de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO. A propósito da problemática da causa eficiente do negócio jurídico, sustenta o autor que a autonomia privada configura um "ordenamento autónomo", embora não originário. Em vista da sua natureza autónoma e não originária, é impossível conceber que exista uma outra fonte criadora que esteja dissociada da relação com outro ordenamento, neste caso o estadual. Por conseguinte, sustenta o autor que a tónica do problema se deve encontrar na relação que se estabelece entre os diversos ordenamentos, neste caso o estadual e o da autonomia privada, a qual é de cooperação e reconhecimento. Logo, a autonomia privada deve ser reconhecida

Esta perspetiva impõe-se precisamente porque o conceito de igualdade contratual se apresenta neutro quantos aos efeitos que resultem da atuação dos sujeitos[272] e, portanto, no seu âmbito a liberdade de um pode equivaler à ausência de liberdade da outra parte[273]. Deve, contudo, avançar-se com prudência[274], sob pena de nesta busca pela liberdade real se esvaziar a liberdade jurídica, tornando a autonomia privada num mero conceito vazio de significado.

3.3. A consagração constitucional da autonomia privada

I – Uma das diversas questões que se podem colocar a propósito da configuração da autonomia privada e que encerra uma ligação com a previsão constitucional da mesma, tem que ver com a sua natureza jurídica. Neste sentido, a discussão passa por determinar se a autonomia privada tem um carácter originário ou, pelo contrário, se assume uma natureza derivada[275]. Colocando a questão por outras palavras, o cerne do problema reside em saber se autonomia privada é uma realidade indissociável da qualidade da pessoa e, por isso mesmo tem a sua origem nessa qualidade humana do indivíduo ou se, numa outra perspetiva, consubstancia uma mera concessão do ordenamento jurídico[276].

Para os autores que concebem a autonomia privada como tendo uma natureza originária, a mesma consubstancia um poder próprio dos indivíduos, no sentido de não ser atribuída ou concedida pelo poder estadual. Nesta medida, traduz-se, portanto, na faculdade inata que os sujeitos de direito têm de "dar-se um ordenamento jurídico e objetivamente o carácter próprio de um ordenamento jurídico que indivíduos ou entidades

pelo ordenamento estadual – o superior – e assim participar (daí a função de cooperação) no desenvolvimento da ordem jurídica. Consequentemente, considera o autor que "o fundamento da juridicidade do negócio é a autonomia privada. Esta impõe-se ao Estado (...) não é um favor da lei", cfr. *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, pp. 66-68.
Para um enquadramento profundo sobre a propósito das várias teorias que visa dar uma resposta a esta questão, remete-se para P. MOTA PINTO, *Declaração tácita e...*, nota 96, pp. 48-53.

[272] J. MORAIS CARVALHO, afirma que a autonomia privada se apresenta como "neutra quanto aos efeitos que dela resultam", cfr. *Os Contratos de...*, p. 602.

[273] Considerando que pode mesmo transmutar-se em "imposição de uma parte", cfr. C.-W. CANARIS, "A liberdade e a...", p. 61. Ainda assim, o próprio autor reconhece que, em momento algum, será possível pensar ou equacionar uma liberdade plena e perfeitamente igual de todos os sujeitos jurídicos, pois isso seria uma "utopia".

[274] Assim também A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa...*, p. 1230.

[275] Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, pp. 435-436.

[276] Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de...Civil*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, p. 391, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 436, J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", pp. 101e ss., bem como F. DOS SANTOS AMARAL NETO, "A Autonomia Privada...", pp. 15 e ss.

constituem por si mesmas"[277]. Por conseguinte, a autonomia privada não deriva do ordenamento estadual, é-lhe autónoma e pré-existente; logo, também não admite que aquele a possa suprimir.[278] Seria, portanto, a autonomia privada um ordenamento em si mesmo[279], não se confundindo com o ordenamento estadual[280], na medida em que seria pré-existente ao mesmo[281-282].

A posição contrária, por seu turno, sustenta que a autonomia privada é uma concessão estatal aos sujeitos, extraindo-se ou sendo reconhecida pelo ordenamento jurídico em si[283]. Para estes autores, a autonomia privada não tem, portanto, uma existência autónoma, independente e apriorística em relação ao ordenamento jurídico estadual[284]. Esta questão surge ligada e em moldes semelhantes à da natureza vinculativa dos negócios jurídicos em geral e do contrato em particular.

---

[277] Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 436

[278] Entre nós, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do...*, p. 14, quando afirma que [a] autonomia privada é jurígena. Nos negócios e nos contratos com que se regem, não é a Lei que atribui a consequência jurídica, mas sim as próprias pessoas que são autores do negócio", bem como p. 362 e 372. Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 368 e ss. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, por seu turno, aborda o problema de um outro prisma. Considera o referido autor que a autonomia privada configura um "ordenamento autónomo", embora não originário. Neste sentido, este último estabelece relações de cooperação e reconhecimento com o ordenamento estadual. Para mais desenvolvimentos, cfr. *Direito Civil – Teoria...*, vol. II, pp. 66-68 e *O Direito,* p. 79. No panorama internacional, A. ROMANO, "«L'ordinamento Giuridico...", pp. 244 e ss.

[279] Sobre a temática da pluralidade de ordenamentos, cfr., de entre a vastíssima produção bibliográfica, cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, bem como W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei...*, *passim*.

[280] Fazendo uma resenha sobre o tema para a qual se remete, bem como para as diversas referências bibliográficas aí apresentadas, cfr. J. BUSCHE, *Privatautonomie und...*, pp. 16 e ss. 16 e ss.

[281] Uma posição semelhante parece ser sufragada por M. CAETANO. Para este autor, a natureza vinculativa ou obrigatória do contrato – ou, se se preferir, da relação contratual – reside "no reconhecimento legal da eficácia criadora da vontade dos indivíduos., cfr. *Manual de Direito...*, Vol. I., p. 573. Quando colocado perante o problema de determinar qual o papel da autonomia privada no contrato moderno, o autor considera ser essencial perceber a razão pela qual a ordem jurídica "considera obrigatório e unilateralmente indestrutível o vínculo criado por mútuo consenso", v. p. 572. Ora, conclui que essa obrigatoriedade resulta da decisão voluntária das partes entrarem numa relação contratual, a qual, por motivos de segurança social, o ordenamento jurídico sanciona com o princípio *pacta sunt servanda*, precisamente porque reconhece o papel criador que assiste à vontade dos sujeitos. Cfr. *Manual de Direito...*, Vol. I., p. 573. O Estado apenas pode reconhecer algo que lhe é externo, v., igualmente, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 436.

[282] Abordando a relação da pluralidade de ordenamentos com o ordenamento estadual, com referência específica ao fenómeno do ordenamento jurídico desportivo, mas que permite uma compreensão mais concreta da temática, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 551 e ss.

[283] V. J. BUSCHE, *Privatautonomie und…*, pp. 16 e ss. 16 e ss.

[284] Sufragando esta posição no ordenamento jurídico português, J. TAVARES, *Tratado da Capacidade...*, p. 74 (quando afirma que o "princípio da vontade dos interessados não dispensa a intervenção da lei para regular as diferentes relações jurídicas provenientes do exercício da actividade humana), A. PRATA, *A Tutela Constitucional...*, p. 22, nota 25, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*

Atendendo ao facto de o ordenamento jurídico português consubstanciar um Estado de Direito, alguns autores consideram que a única autonomia que se pode apresentar como originária é a autonomia constituinte[285]. Assim, a produção de efeitos jurídicos pela vontade das partes verifica-se não pela mera emissão de uma declaração negocial de uma delas, mas porque existe um poder ou permissão jurídica nesse sentido. Não se nega ou repudia a essencialidade da declaração de vontade das partes para a regulação das suas situações jurídicas; a questão é que a "força jurídica da vontade deriva do Direito objectivo e não da própria vontade"[286].

Defender a conceção oposta implica admitir, ainda que tacitamente, a possibilidade de ordenamentos privados completamente independentes, no âmbito dos quais se poderiam produzir efeitos jurídicos que se impusessem ao ordenamento estadual. Não está em causa assumir que todo o Direito tenha somente origem estadual[287], mas, isso sim, não recusar a coerência e unidade do ordenamento jurídico: podem existir fenómenos de pluralismo desde que dentro das fronteiras e dos limites do próprio Estado[288]. É esta a nossa posição.

II – A autonomia privada é inequivocamente um conceito estrutural do ordenamento jurídico português, nomeadamente no que ao Direito Privado concerne. Contudo, e pese embora a sua importância, a questão do seu estatuto constitucional é uma

---

e Autonomia..., p. 436, J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 102 e do mesmo autor *Os Limites à...*, p. 13.

M. A. DOMINGUES DE ANDRADE, por sua vez, considera que "no âmbito dos negócios jurídicos, o direito reconhece à vontade dos particulares um poder criativo de efeitos jurídicos", cfr. *Teoria Geral da...*, Vol. II, p. 27, *maxime* nota 1. Consideramos que, neste contexto, quando o autor se refere ao "reconhecimento" operado pelo ordenamento jurídico não o faz no sentido estrito da expressão, mas, isso sim, procurando significar que o ordenamento atribui à vontade dos particulares a faculdade de produzir efeitos jurídicos. Já assim sustentava, em 1907, G. ALVES MOREIA, *Instituições do Direito...*, Vol. I, pp. 4-5.

V., ainda por exemplo, a posição de F. SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do...*, p. 83, quando escreve, a propósito dos efeitos dos atos e dos negócios jurídicos, que os mesmos são estabelecidos "não pela vontade privada, mas exclusivamente pela norma jurídica". Cfr., ainda, H. KELSEN, *General Theory of...*, p. 137.

[285] J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 436, J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 102 e do mesmo autor *Os Limites à...*, p. 13.

[286] Ou, na formulação dada por J. M. SÉRVULO CORREIA, "a juridicidade dos seus efeitos advém de normas jurídicas geradas por fontes de valor hierárquico superior ao da vontade individual", *Legalidade e Autonomia...*, p. 437.

[287] J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 436.

[288] Repudiando a ideia de um ordenamento privado que exista de forma independente e sem reconhecimento do Estado, podendo mesmo ir contra este último, v. J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 102.

temática controvertida junto da nossa doutrina. A dúvida reside em saber se, face ao texto da nossa lei fundamental, a autonomia privada – designadamente na sua vertente de liberdade contratual – assume a natureza de direito fundamental ou de princípio constitucional.

Existe, por um lado, quem considere que no texto constitucional apenas se pode vislumbrar uma consagração meramente implícita do princípio da autonomia privada, não havendo um acolhimento e respetiva consagração expressa do mesmo[289]. Para quem sufrague esta posição, o passo seguinte seria aferir se existe algum preceito constitucional do qual seja possível extrair a consagração, ainda que indireta, daquele princípio[290]. Neste contexto, os autores tendem a indicar como normas das quais é possível extrair a consagração constitucional da autonomia privada as seguintes: princípio da igualdade (art. 13.º), direito à liberdade (art. 27.º, n.º 1), o direito à iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1) e o direito de propriedade privada (art. 62.º, n.º 1)[291]. Todavia, em todos estes exemplos não se encontra aqui a consagração constitucional da autonomia privada, surgindo a mesma como pressuposto do referido direito fundamental ou com um significado meramente instrumental, assumindo "uma função de garantia para a sua efetivação"[292].

Neste sentido e num momento prévio à introdução da menção à "capacidade civil" no texto constitucional, não se afigurava possível o estabelecimento de uma ligação constitucional entre a autonomia privada e a existência de uma tutela geral do direito à autodeterminação[293]. No entanto, na esteira do que já foi sustentado por outros autores, consideramos que existe no texto da nossa lei fundamental uma consagração expressa do princípio da autonomia privada. Referimo-nos ao art. 26.º[294], no qual se consagra a todos

[289] Neste sentido, A. PRATA, *A Tutela Constitucional...*, pp. 71 e ss. Aí a autora considera que não existe no nosso texto constitucional uma "qualquer norma que, expressa e inequivocamente, consagre o princípio da autonomia privada", o que não impede, todavia, que o referido princípio não se encontre pressuposto em uma ou mais normas da Constituição. Com orientação idêntica, J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 113.

[290] Cfr. J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da ...", pp. 113 e ss.

[291] V. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 438.

[292] Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, nota 350, p. 147.

[293] Já assim afirma J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, nota 350, p. 147.

[294] V. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 102 (sem prejuízo de os autores também considerarem existir uma previsão constitucional da autonomia privada no art. 61.º da CRP), J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 438, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de...Civil...*, Vol. I – Parte Geral, pp. 391 e ss., J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 148. De acordo com N. M. PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito...*, p. 156, a autonomia privada encontra a sua consagração constitucional no art. 26.º, n.º 1 da CRP, a propósito do direito fundamental ao livre desenvolvimento

o direito à capacidade civil. De facto, da previsão constitucional de um direito à capacidade civil resulta um direito fundamental a "ser pessoa jurídica"[295], ou seja, a possibilidade dos indivíduos serem sujeitos e titulares de relações jurídicas[296].

Por conseguinte, o que aqui se salvaguarda é o direito dos indivíduos à sua autodeterminação[297], a qual inclui naturalmente a possibilidade de atuarem como criadores das suas relações jurídicas e de disporem de um poder de autorregulação, dentro dos limites legais, da sua esfera jurídica. Neste âmbito de liberdades inclui-se, necessariamente, o direito à autonomia privada, mormente na sua vertente de liberdade contratual. Assim, e em bom rigor, não será possível dissociar a capacidade civil da autonomia privada, pois não será possível defender a primeira negando a segunda[298]. É certo que não ignoramos que liberdade e autonomia privada não são sinónimos[299] e que nem toda a liberdade se esgota na autonomia privada[300]. De todo o modo, da previsão da capacidade civil resulta a liberdade das pessoas conduzirem as suas relações jurídicas, o que inclui, por uma questão de coerência, o exercício ou não exercício de direitos subjetivos, bem como a liberdade contratual[301].

---

da personalidade, uma vez que aqui se "protege a autonomia privada como um instrumento para a realização de projectos individuais".

[295] J.J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 465.

[296] Até à revisão constitucional de 1997 não existia na lei fundamental portuguesa um preceito que consagrasse expressamente o direito à capacidade civil. Com efeito, foi somente na quarta revisão constitucional, através do art. 10.º, n.º 1 que se introduziu a previsão expressa de um direito fundamental à capacidade civil, o que, de acordo com alguns, teve por efeito introduzir um preceito que se aproxima, ainda que não com a mesma intensidade, da solução acolhida no art. 2.º da GG. Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, nota 350, p. 147.

[297] N. PINTO OLIVEIRA E B. MAC CRORIE, "O Princípio da...", p. 1089. Como referem os autores, "o respeito pelo indivíduo enquanto pessoa requer o respeito pela sua autodeterminação individual", cfr. 1089.

[298] Daí que J. M. SÉRVULO CORREIA considere que o alcance prático de englobar o princípio da autonomia privada no direito fundamental à capacidade civil seja "o de submeter à reserva de lei as restrições à capacidade civil (isto é, à delimitação da esfera da autonomia privada)", cfr., *Legalidade e Autonomia...*, p. 438. V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des...*, p. 18. É, nesta medida, que se estabelece que as restrições a este direito estão, nos termos constitucionais, sujeitas à reserva de lei. V. J. MIRANDA E R. MEDEIROS, "Artigo 18.º", p. 456.

[299] V. A. PRATA, *A Tutela Constitucional da...*, p. 73. Ainda que a liberdade contratual se assuma como uma das principais manifestações da autonomia privada, v. J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 103.

[300] Pense-se, desde logo, em atuações livres dos indivíduos, mas que se assumem como irrelevantes para o Direito. V., J. MORAIS CARVALHO, "Os princípios da...", p. 101.

[301] V. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 103, P. MOTA PINTO, "Autonomia Privada e...", p. 334, entre outros.

§ 4.º RELAÇÕES DE DESIGUALDADE ESTRUTURAL E DIREITO PRIVADO

4.1. A existência de relações especiais de poder no Direito Privado

I – Os fenómenos de poder suscetíveis de ameaçar ou comprimir a autonomia privada são, regra geral e por defeito, concebidos como sendo emanados por uma fonte estadual[302]. O já referido postulado liberal deixou essa marca na conceção jurídica: a grande ameaça à liberdade dos sujeitos de Direito vem daqueles entes, uma vez que as relações estabelecidas entre os particulares seriam pautadas pela igualdade dos mesmos[303].

No entanto, têm surgido fenómenos de poder[304] privado[305] que se afastam dos cânones tradicionais das relações jurídicas privadas[306]. Nestes casos, algumas entidades privadas surgem, no âmbito das suas relações, com um poder que apresenta uma lesividade igual ou equivalente aos poderes de autoridade tipicamente atribuídos às entidades que exercem poderes públicos[307]. Todavia, antes de prosseguirmos na análise destes fenómenos, é necessário um esclarecimento.

É certo, e não se ignora, que no domínio das relações dos privados sempre existiram – e continuam a existir – fenómenos de autoridade. Um primeiro exemplo que pode ser dado neste domínio são as relações jurídicas laborais. Nestas últimas, tendo por

[302] Não se desconhece o fenómeno da delegação de poderes públicos em entidades privadas, a quem são, por exemplo, aplicáveis as normas do CPA, excetuando a Parte II, nos termos do art. 2.º, n.os 1 e 2 do CPA. Sobre o tema das entidades privadas que exercem poderes públicos, v. P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com..., passim*.

[303] Foi neste sentido que, a propósito da análise do conceito e da natureza dos poderes disciplinares dos entes públicos, S. ROMANO afirmava ser inconcebível no domínio do Direito Privado, o qual considerava ser profundamente inspirado profundamente pelo princípio da igualdade, que uma pessoa pudesse exercer um poder coercivo sobre outra. Desta, excluía a possibilidade de um poder disciplinar privado. Cfr. *I Poteri Disciplinari...*, p. 11.

[304] O conceito de poder comporta no Direito Privado variados sentidos, cfr., por todos, E. GAILLARD, *Le pouvoir en...*, pp. 7e ss.

[305] Compreendidos num sentido amplo. Não sufragamos o sentido de poderio privado adotado por P. GONÇALVES em *Entidades Privadas com...*, p. 612, nota 599.

[306] Este nosso excurso pela questão do poder privado não ignora que, em regra, as manifestações de autoridade no domínio do Direito Privado se apresentam como excecionais. Ainda assim, as mesmas existem e não consubstanciam um elemento exclusivo do direito público. Cfr. PEDRO GONÇALVES em *Entidades Privadas com...*, pp. 612 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...,* p. 201, nota 601.

[307] V. P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 612.

base um elemento de génese consensual[308] – o contrato de trabalho – uma das partes (o empregador) assume perante a sua contraparte um poder jurídico de direção e de subordinação,[309-310] devendo esta última (o trabalhador) desempenhar a sua atividade profissional, mediante o pagamento de uma remuneração, sob a direção e orientação daquele. O mesmo é afirmar que o trabalhador se encontra numa situação de subordinação[311]. Esta posição do trabalhador é particularmente delicada, uma vez que acoplada à subordinação jurídica surge, na maioria das vezes e tal como já referimos em momento anterior do nosso texto, uma subordinação de natureza real, a qual decorre da essencialidade que o vínculo laboral e a respetiva remuneração revestem para o trabalhador.

Por outro lado, também no contexto das relações de associação – tomadas aqui num sentido amplo – se verificam fenómenos de autoridade[312], como os que resultam, por exemplo, da aplicação de sanções no âmbito disciplinar[313], que, *in extremis*, se podem traduzir no afastamento de um dos sócios da estrutura da própria associação.

Sucede, porém, que qualquer destes fenómenos de poder no Direito Privado surge perfeitamente enquadrado no ordenamento português, partilhando na sua justificação elementos comuns.

Em primeiro lugar, estas relações têm na sua base um contrato celebrado pelas partes[314], existindo, nem que seja num primeiro momento, uma vontade das mesmas em

[308] Nas palavras de P. GONÇALVES, nesta hipótese "a justificação da desigualdade jurídica há-de residir ainda na autonomia privada", cfr. *Entidades Privadas com...*, p. 616.
[309] Cfr. J. M. VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, pp. 101 e ss., M. DO R. PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do...*, pp. 145 e ss. e J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, pp. 44 e ss.
[310] Com particular ênfase nos poderes laborais e a subordinação do trabalhador, v., entre muitos, para mais desenvolvimentos sobre a construção dogmática do vínculo laboral com base nestes dois binómios, M. DO R. PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do...*, pp. 428 ss., bem como da mesma autora *Da Autonomia Dogmática...*, pp. 784 ss.
[311] Ao poder de direção corresponde necessariamente um dever de obediência ou de subordinação do trabalhador. A propósito da relação da subordinação jurídica com os direitos fundamentais do trabalhador remete-se, por todos no ordenamento jurídico português, para J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho e...*, pp. 44 e ss.
[312] Ou nas palavras de P. GONÇALVES "posições subjectivas caracterizadas por uma nota de autoridade", v. *Entidades Privadas com...*, p. 617.
[313] Referindo-se à pena associativa, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, p. 143. O mesmo autor, nas pp. 152-153 da referida obra, explica que estas medidas disciplinares respeitam à própria vida interna da associação, tendo por finalidade "assegurar a disciplina por parte dos membros que integram determinado grupo".
[314] P. GONÇALVES em *Entidades Privadas com...*, p. 617, defende que o contrato de trabalho configura o pressuposto para a aplicação do poder disciplinar; o fundamento deste último reconduz-se à lei, que consubstancia "a fonte dessa autoridade".

iniciar a relação no âmbito da qual o *poder privado* é exercido[315]. Ademais, em ambas as hipóteses existem previsões (e permissões) legais para o exercício desse poder. No que concerne ao domínio laboral, determina o art. 11.º do Código do Trabalho que o trabalhador desenvolverá a sua atividade laboral no âmbito da estrutura e organização do empregador, bem como sob a autoridade deste. Esta posição de supremacia ou de autoridade do empregador tem, por seu turno, a sua manifestação inequívoca nos poderes de direção e disciplinar[316], bem como no poder regulamentar.

O poder privado exercido no âmbito de uma estrutura associativa encontra o seu fundamento legal na autonomia[317] que se consagra a estas pessoas coletivas de Direito Privado quanto à sua constituição, bem como à prossecução dos seus fins[318-319].

II – Existem, no entanto, fenómenos de poder no domínio do Direito Privado que transcendem os exemplos clássicos acima apresentados e que não se reconduzem a nenhuma das categorias típicas do poder privado. É a estes que agora nos pretendemos

[315] No domínio do direito laboral esse substrato consensual encontra-se na celebração do contrato de trabalho entre o empregador e o trabalhador.
No domínio associativo o elemento volitivo encontra-se na constituição da associação quando o associado declara o seu consentimento (caso estejamos a referir-nos a associados "originários") ou no momento em que declara pretender aderir à mesma, nesta hipótese quando o associado adere posteriormente à associação. Cfr., A. PINTO MONTEIRO, *A Cláusula Penal...*, pp. 144-145.

[316] V. L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", p. 123, M. DO R. PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática...*, p. 85, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do...*, pp. 37 e ss. e 295 e ss., B. DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito...*, pp. 325 e ss., J. M. VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, pp. 101 e ss.

[317] A "autonomia associativa" que ANTÓNIO PINTO MONTEIRO considera que se pode entender acolhida pelo art. 167.º do CC, cfr. *A Cláusula Penal...*, p. 151.

[318] No ordenamento jurídico português, e cingindo-nos somente à realidade das pessoas coletivas de Direito Privado, cfr. art. 160.º, n.º 1 do CC, onde se prevê que a capacidade destes entes abrange "todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins", tal como o art. 167.º, n.ºs 1 e 2 do CC sobre os estatutos.

[319] Uma discussão distinta, mas a qual optamos por não aprofundar na economia do nosso trabalho, respeita à determinação do fundamento do poder privado exercido no âmbito das relações associativas. Quanto a este problema a doutrina diverge, existindo, no essencial, duas respostas possíveis. Por um lado, existem aqueles para os quais o fundamento do poder associativo reside e deriva do consentimento que os associados manifestaram aquando da constituição da associação ou aquando da sua adesão à mesma. Neste sentido, o poder de autoridade da associação tem uma génese contratual, resultando de uma heteronomia consentida, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *A Cláusula Penal e...*, pp. 144-145 e, *maxime*, p. 151.
Por outro lado, outros entendem que os estatutos de uma associação assumem uma natureza ou um carácter normativo/regulamentar, pelo que o poder disciplinar daquele decorrente não se apresenta com uma origem contratual. Consequentemente, a adesão dos sujeitos à associação é um pressuposto da aplicação do poder disciplinar, mas não o seu fundamento, o qual reside na lei quando reconhece à associação uma supremacia por via do reconhecimento da já referida autonomia associativa. Cfr. E. DEL PRATO, *I Regolamenti...*, pp. 33 e ss., P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, pp. 613 e ss.

referir, exemplificando o problema com recurso ao caso da dimensão transnacional do associativismo desportivo[320].

É uma realidade indiscutível que a dimensão da estruturação e regulamentação do desporto assenta numa teia complexa que ultrapassa as fronteiras de um só Estado[321-322], designadamente quanto esteja em causa a interação entre a federação internacional e uma federação nacional ou nos casos da relação que se estabelece entre as diversas entidades que regulam o desporto a nível transnacional e nacional[323]. O sistema organizativo é complexo, mas consegue-se visualizar, de modo ilusoriamente simples, de uma forma piramidal. Assim, seguindo o esquema normal e numa visão propositadamente descomplicada, na base (primeiro nível) encontramos o atleta, o qual se encontra ligado a clube (segundo nível), que, por sua vez, é membro de uma associação territorial (terceiro nível), a qual se integra na federação nacional (quarto nível), a qual é associada da federação internacional (quinto nível)[324].

[320] Este tópico será objeto de uma análise específica no §5, pelo que neste momento apenas se pretende contextualizar a questão para efeitos da nossa exposição.

[321] Referindo que esta dimensão transnacional acaba por inevitavelmente contactar com um ordenamento jurídico estadual, "necessariamente do Estado onde se sedia a federação desportiva nacional", cfr., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...,* p. 224.

[322] Não se ignora o vasto debate académico sobre a questão dos fenómenos transnacionais que se desenvolvem à margem do Estado ou, na expressão que se popularizou em língua inglesa, *transnational law without a Stat*e. No entanto, a discussão desta problemática com a profundidade que a mesma reclama ultrapassa em muito o objeto do nosso trabalho. Sobre o assunto, e num panorama doutrinário meramente ilustrativo, cfr. C. JOERGES, I.-J. SAND E G. TEUBNER, *Transnational Governance and…, passim*, J. A. RABKIN, *Law without Nations…*, pp. 11 e ss., J. D'ASPREMONT, "Non-state actors…", pp. 11-32, R. A. WESSEL, "International governmental organisations…", pp. 185-204, J. WOUTERS E A.-L. CHOCNÉ, "Multinational corporations in…", pp. 225-252, A. FISCHER-LESCANO E G. TEUBNER, "Regime-Collisions: The…", pp. 999 e ss., P. ZUMBANSEN, "Transnational Law", pp. 738-754, G. TEUBNER, "Global private regimes…", pp. 71-87, e do mesmo autor *Constitutional Fragments, passim*, e "Hybrid Laws: Constitutionalizing…", pp. 311-331, R. MICHAELS, "Globalization and Law…", pp. 1-18 e do mesmo autor "The true Lex…", pp. 447-468 e "The Mirage of…", pp. 31-45. Considerem-se, ainda, os contributos de R. BRUCE HALL E T. J. BIERSTEKER, "The emergence of…", pp. 3-22 e T. J. BIERSTEKER E R. BRUCE HALL, "Private authority as…", pp. 203-223.

[323] Sobre a estruturação piramidal do ordenamento jurídico desportivo, cfr., por todos entre nós, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...,* pp. 263 e ss., P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, pp. 840 e ss. No plano internacional, G. SIMON *et al.*, *Droit du...*, pp. 14 e ss.

[324] Excluímos propositadamente desta análise as relações que se podem estabelecer com o Comité Olímpico Nacional e com o COI, pois não é nosso ensejo apresentar a estruturação nacional e transnacional completa, mas tão-somente ilustrar os vários patamares da mesma.

Como daqui resulta claro, entre o atleta – pessoa singular individualmente considerada – e a federação transnacional – que assume a natureza jurídica de pessoa coletiva de Direito Privado[325] – existem diversos patamares de distância.

Não obstante, a regulamentação daquela última[326] vem, por meio da incorporação das suas regras pela federação nacional, aplicar-se diretamente ao praticante desportivo, por vezes em concorrência com a normatividade da entidade nacional[327-328]. Por outro lado, ao atleta não assiste a possibilidade de cumprir ou incumprir a norma: caso pretenda praticar a sua atividade principal, tem de obedecer aos parâmetros normativos emitidos por tais entidades[329]. Esta complexa rede de poder reside essencialmente na figura da federação desportiva transnacional, a qual opera a sua atividade no contexto de um *monopólio de facto ou natural.* Sem prejuízo de diversas variações da ordem normativa do associativismo desportivo, podemos, de um modo geral, afirmar que no âmbito do fenómeno desportivo existe uma federação desportiva transnacional por cada modalidade desportiva[330]. Esta realidade comummente designada por princípio da unicidade ou, na

[325] Voltaremos a esta questão em momento posterior.

[326] Deve ainda destacar-se que a autonomia atribuída às federações desportivas que se encontram sediadas na Suíça assume uma amplitude significativa, sendo inclusivamente qualificada por alguns autores como uma "autonomia extraordinária". Cfr. M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy…", pp. 1 e ss., F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 123 e ss., K. FOSTER, "Is There a…", pp. 35 e ss., *maxime* 38 e ss., A. RIGOZZI, "L'importance du …", pp. 301 e ss.

[327] Referindo-se a este propósito a uma vinculação mediata, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 268.

[328] Sobre as diversas formas de reconhecimento da normatividade emanada pela federação desportiva transnacional. Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 569.

[329] V. A. RIGOZZI e F. ROBERT-TISSOT, "'Consent' in Sports…", p. 60.

[330] A mesma realidade foi transposta para o domínio nacional, tendo, no ordenamento jurídico português, consagração no art. 15.º, n.º 1 do RJFD. Sobre o *Ein-Platz-Prinzip*, cfr. M. GRODDE, *Der Einfluss des...*, pp. 34 e ss., J. ADOLPHSEN, *Internationale Dopingstrafen*, pp. 42 e ss., H. HILPERT, *Sportrecht und Sportrechtsprechung...*, pp. 19 e ss., F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 139 e ss. Entre nós, e por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 24 e ss.

Um exemplo prático pode ser encontrado nos estatutos da ISU, quando no seu art. 1.º se afirma que a ISU é a federação internacional exclusiva (...) a nível mundial na regulação da patinação artística e patinação de velocidade".

Como bem nota A. FLAMÍNIO DA SILVA, "[a]s federações desportivas transnacionais consubstanciam, deste modo, um dos dois pilares da estrutura monopolística da normatividade desportiva de origem privada ao configurarem-se como autoridade suprema" na regulação da modalidade desportiva", cfr. *A Resolução de...*, p. 205.

De facto, no âmbito deste poder que assenta num monopólio de facto, é a federação desportiva transnacional que "reconhece" qual a federação desportiva nacional competente para a regulação da modalidade desportiva e, consequentemente, aceita essa federação desportiva como sua associada. É sobre a federação desportiva nacional que recai o ónus de solicitar a sua associação à federação desportiva transnacional, devendo, para tal, cumprir os requisitos que esta última impõe. Considere-se a título de exemplo o art. 11.º, n.º 4 dos estatutos da FIFA, do qual resulta que o poder decisório e

formulação da doutrina alemã por *Ein-Platz-Princip*, traduz-se, na prática, precisamente no fenómeno que já referimos: por cada modalidade existe somente uma federação. Este monopólio traduz-se, por seu turno, na possibilidade da federação transnacional controlar dois elementos essenciais da situação jurídica: em primeiro lugar, determinar quem pode ou não aceder às competições por si organizadas; em segundo lugar, permite-lhe estabelecer "uma interdição de existência de competições não reconhecidas pela federação desportiva internacional"[331-332].

A preponderância das federações transnacionais face aos atores nacionais do ordenamento desportivo resulta ainda mais evidente em caso de litígio. Na hipótese de se verificar um conflito entre o atleta e a federação transnacional, àquele não existe a possibilidade de recorrer a outra via de composição de litígios que não a arbitral (em regra o TAS, ainda que existam outros centros de arbitragem que atuam no domínio dos litígios desportivos) [333]. Em virtude do exposto, podemos afirmar que a relação jurídica aqui em causa se assume, em virtude das suas características, como uma relação de poder entre a federação desportiva transnacional e a federação desportiva nacional e o atleta. Foi este precisamente o sentido argumentativo da decisão do TFS no acórdão Cañas[334], onde se

de conformação do ordenamento jurídico desportivo transnacional recai na federação desportiva transnacional, a qual atua como uma entidade de cúpula e, nessa medida, emana regras que percorrem todo o "ordenamento".

[331] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 187.

[332] O que equivale, na prática, a prolongar o seu poder de regulação no domínio nacional por via da federação nacional. Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...,* p. 188 e G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 59 e ss.

[333] Considere-se, a este propósito, o art. 59.º, n.º 3 dos Estatutos da FIFA, quando aí se estabelece "As associações devem inserir uma cláusula nos seus estatutos ou regulamentos, determinando que é proibido submeter conflitos com a associação ou conflitos que afetem ligas, membros de ligas, clubes, membros de clubes, jogadores, oficiais e outros oficiais da associação à jurisdição dos tribunais comuns, exceto quando os regulamentos da FIFA ou disposições legais nacionais imperativas consagrem especificamente o recurso a tribunais comuns. Ao invés de recorrer aos tribunais comuns, devem ser tomadas providências para garantir que terá lugar um processo arbitral. (...) As associações também devem garantir que esta previsão seja implementada na associação, e se necessário, devem impor uma obrigação vinculativa aos seus membros. *As associações devem impor sanções a qualquer parte que não respeitar essa obrigação* e garantir que qualquer recurso contra essas sanções seja igualmente submetido estritamente à arbitragem, e não aos tribunais comuns (destaque nosso). Outro exemplo pode ser encontrado nos estatutos da ISU, quando no seu art. 27.º, n.º 1 se determina que: "Todos os membros da ISU, todos os afiliados destes membros e todos os demandantes que se encontrem na posição de actuais ou futuros participantes na ISU ou nas competições organizadas pela ISU, Campeonatos, Congressos ou outras acividades, e a própria ISU concordam em vincular-se às regras da Divisão Ordinária de Arbitragem do Tribunal Arbitral do Desporto (TAS), sito em Lausana, Suíça, *como jurisdição exclusiva para a resolução de todos os conflitos* que não se encontrem abrangidos pelos artigos 25.º e 26.º destes Estatutos" (destaque nosso).

[334] Cfr. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2

afirmou, de forma inequívoca e em virtude da relação hierárquica que existe neste domínio, a verificação de uma "diferença estrutural" entre o praticante desportivo e a respetiva federação desportiva.

III – A emergência de fenómenos de poder no âmbito de relações de Direito Privado – nas quais se insere o exemplo da relação entre as federações desportivas e o atleta – tem suscitado questões junto da doutrina. Desde há muito tem sido equacionada qual a atuação a adotar nos casos em que um privado surge, perante outro sujeito particular, numa posição semelhante ou análoga à do Estado[335-336], levando a que se discuta a possibilidade da sua vinculação aos direitos fundamentais dos particulares, ou seja, se os mesmos devem valer nas relações interprivadas[337]. Estamos perante a clássica questão da vinculação dos privados aos direitos fundamentais.

Neste domínio das típicas relações de sujeitos de Direito Privado, a doutrina tem discutido em que termos opera a referida vinculação, avançando três formas (ou hipóteses) de vinculação distintas.

Em primeiro lugar, há quem sustente que os privados se encontram imediatamente vinculados aos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria da vinculação imediata ou direta sustenta que no âmbito de uma relação privada os direitos fundamentais assumem "uma validade absoluta enquanto direitos subjectivos ou normas de valor", pelo que têm uma aplicação direta nas relações jurídicas privadas. Por conseguinte, desempenham uma

[335] Nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO, "[s]e no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis de autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos subtis, da esfera de proteção dos seus direitos fundamentais.", v. "Provedor de Justiça...", p. 86

[336] Ou na formulação de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "como sujeito passivo de direitos subjectivos fundamentais no âmbito das relações privadas", cfr. *Os Direitos Fundamentais...,* p. 245.
Como explica A. R. MONIZ, "[t]em-se, desde há algum tempo, consciência de que as relações de supra-infraordenação existentes entre cidadãos e poderes públicos se replicam na esfera privada – sobretudo, num contexto, como o atual, em que as grandes corporações representam autênticos soberanos que atuam (mais ou menos) na sombra, mas ao abrigo de vários esquemas regulativos (nacionais ou internacionais), que, com maior ou menor intenção, acabam por reconhecer (senão mesmo, conferir) significativos poderes aos gigantes multinacionais, cujo impacto nos direitos fundamentais se revela mais intenso que a interferência pública.", cfr. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 180.

[337] J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 134.

função de limites quer à liberdade contratual, quer "à licitude da actuação extracontratual"[338].

Em segundo lugar, encontramos quem entenda que a vinculação dos privados sucede de forma mediata. De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais têm uma finalidade de proteção dos indivíduos em relação ao Estado e às diversas emanações de poder deste último. Neste sentido, os direitos fundamentais apenas vinculam os sujeitos privados no âmbito das suas relações jurídicas por via indireta, ou seja, através "da densificação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados"[339]. Nessa medida, significa isto que os direitos, liberdades e garantias "não se podem dirigir directamente mas, sim,

[338], v. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 134. Cfr. J. J. ABRANTES, *A vinculação das entidades...*, p. 96. Contra, P. MOTA PINTO, "A Influência dos...", pp. 305 e ss.
Na doutrina nacional esta posição é defendida por J. J. ABRANTES, *Contrato de...*, pp. 131 e ss. e do mesmo autor, *A Vinculação das...*, p. 96, A. PRATA, *A Tutela Constitucional...*, pp. 128 e ss., B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 200 e ss., da mesma autora *A Vinculação dos...*, pp. 62 e ss., apresentando diversas críticas à teoria da vinculação mediata e à tese dos deveres de proteção. V. ainda, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p. 1272, onde afirma que "a Constituição Portuguesa consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas (art. 18, n.º 1) e do mesmo autor, "Vinculação e aplicabilidade...", pp. 998 e ss.
Com a mesma orientação, J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 385. Também J. DE SOUSA RIBEIRO defende a vinculação direta dos privados, no âmbito das suas relações jusprivatísticas, aos direitos fundamentais, considerando que a mesma resulta "inequivocamente consagrada" no art. 18.º, n.º 1 da CRP; entende ainda o autor que do disposto naquela norma constitucional resulta uma inequívoca rejeição da teoria da eficácia mediata no nosso ordenamento jurídico. Cfr. *O Problema do...*, pp. 135-136. Ainda assim, o mesmo autor considera que os limites que resultam da vinculação imediata para as relações dos privados não devem "ser os mesmos que vinculam os poderes públicos", pois considera que "[s]em deixar de ser directa, a eficácia dos direitos fundamentais é, neste âmbito e dimensão, menos absoluta, pois sofre a refracção de outras posições de liberdade igualmente protegidas, com as quais tem que se conciliar", v. p. 137.
Uma menção deve ainda ser feita à posição de J. C. VIEIRA DE ANDRADE. Para este Autor, quando se verifique uma relação de "poder especial de carácter privado" deve existir lugar a uma vinculação directa destes privados aos direitos fundamentais, na medida em que se "justifica a proteção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade", v. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 245. De acordo com o mesmo, uma relação desta natureza verifica-se quando "pessoas colectivas (ou, excecionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos" e, portanto, "estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a proteção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade", *op. cit.,* p. 245. Ainda de acordo com o seu entendimento, este poder não tem de revestir necessariamente uma natureza jurídica. Considera que se o poder for inequívoco e objetivamente determinável, "como aquele que existe em relações informais" (*v.g.* casos de monopólio), ainda assim poderá existir uma relação deste género. Nas palavras do autor, "[e]m certos casos, as entidades privadas dispõem de um poder económico ou social suscetível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros, chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos)", p. 246.

[339] Cfr. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, p. 196., P. MOTA PINTO, "A Influência dos...", pp. 310 e ss.

só de forma mediata, aos particulares, em especial através da lei e dos princípios e regras do Direito privado"[340].

A última forma de vinculação dos privados aos direitos fundamentais é explicada por referência à teoria dos deveres de proteção. Esta teoria parte do seguinte postulado: os direitos, liberdades e garantias vinculam de forma imediata os poderes públicos. Todavia, para além dessa dimensão vinculativa, incube ainda ao Estado o dever de proteção desses direitos, garantindo que os mesmos não são violados por parte dos privados. Por conseguinte, seria "através do cumprimento legislativo dos deveres estatais de proteção (...) que se processa a vinculação dos sujeitos privados aos direitos, liberdades e garantias, cabendo apenas aos tribunais o suprimento de eventuais défices normativos" [341].

O domínio jurídico desportivo – o qual consubstancia o nosso *case study* – não se apresenta como uma exceção ao debate sobre clássica questão da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, a qual tem sido já extensamente abordada pela doutrina.

---

[340] V. J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, p. 100-101. No panorama nacional encontramos como defensores desta tese, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 250 e ss. quando estejam em causa "relações privadas típicas". No mesmo sentido parecem seguir J. MIRANDA E J. PEREIRA DA SILVA, "Artigo 18.º", pp. 248 e ss. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 241 e ss. considera que, em regra, a vinculação das entidades privadas não é, como regra geral, imediata, sufragando, por isso, a tese mediata.
Esta construção, que resultou do trabalho de Günter Dürig, foi acolhida pela jurisprudência do BVerfGE, tendo como marco histórico o acórdão Lüth. Nesta decisão o tribunal alemão vem afirmar de modo expresso que "não há dúvida que o propósito principal dos direitos fundamentais é a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos contra intervenções do poder público: são o baluarte dos cidadãos contra o Estado", reafirmando aqui que estes são direitos contra o Estado e os poderes públicos. Todavia, continuou a referida decisão, afirmando que, "todavia, longe de ser um sistema sem valor, a Constituição erige um sistema objetivo de valores na sua secção sobre direitos fundamentais e, portanto, expressa e reforça a validade dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, centrado na liberdade do ser humano se desenvolver na sociedade, deve consubstanciar um axioma constitucional em todo o sistema jurídico: deve orientar e informar a legislação, a administração e a decisão judicial. Naturalmente, também influencia o Direito Privado; nenhuma regra de Direito Privado pode entrar em conflito com ela, e todas devem ser interpretadas de acordo com seu espírito." Cfr. BVerfGE 7, 198 (tradução da versão inglesa disponível em https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369). Sobre esta questão, entre nós, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos...*, pp. 80 e ss.

[341] J. MIRANDA E J. PEREIRA DA SILVA, "Artigo 18.º", p. 247. Considerando o profundo tratamento dogmático até a esta data já recebido pelo tema, não é nosso propósito proceder aqui a uma discussão da temática, mas tão-somente, enquadrar a questão de acordo com o nosso objeto de análise.
Deve destacar-se como grande impulsionador desta teoria C.-W. CANARIS, *Direitos Fundamentais e...*, pp. 28 e ss. Na doutrina portuguesa, V. J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, p. 102, J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 87 e ss., J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas...*, pp. 76 e ss. Também C. QUEIROZ parece aderir a esta teoria, cfr. *Direitos Fundamentais – Teoria...*, pp. 372 e ss., *maxime* pp. 387-388.

Nos casos em que uma federação desportiva não se encontre a atuar no uso das suas prerrogativas de Direito Público[342], deve-se discutir os termos em que esta se encontra vinculada aos direitos fundamentais, em virtude da sua natureza privada. Ainda assim, nas outras hipóteses em que se encontra no uso dos seus poderes privados, poderá sustentar-se a vinculação imediata da federação (por via da tese da vinculação imediata) na medida em que existe uma posição *especial de poder* ou, por outra via, poderá sustentar-se a vinculação mediata da federação por via das cláusulas gerais.

Em suma, no que concerne à relação jurídica que se desenvolve entre a federação desportiva nacional no exercício poderes públicos e o atleta, podemos afirmar que a federação se encontra vinculada diretamente aos direitos fundamentais[343].

Logo, em virtude das caraterísticas que reúnem, podemos afirmar que as relações jurídicas que se desenvolvem entre os praticantes e as federações desportivas são não só relações especiais de poder no domínio do Direito privado[344], como são ainda relações marcadas pela desigualdade estrutural dos seus intervenientes. É deste conceito que nos ocuparemos em seguida.

---

[342] No que concerne a uma federação desportiva a quem tenha sido conferido o estatuto de utilidade pública desportiva, não existe discussão quanto à sua vinculação imediata aos direitos fundamentais relativamente ao exercício desses poderes, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 245, especialmente nota 40, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, pp. 1040-1041 defendendo uma "equiparação funcional" destas entidades quando se encontrem no desempenho de funções públicas, J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas...*, pp. 134 e ss. considerando que "é o Estado, em sentido lato, que se encontrando outro lado da relação, não hav[endo] qualquer razão para diferenciação de regimes", do mesmo autor *Direitos Fundamentais: Trunfos...,* p. 88, V. MOREIRA, *Administração Autónoma e...*, p. 548.
J. MELO ALEXANDRINO, por sua vez, na obra *Direitos Fundamentais*, p. 106, não toma uma posição expressa sobre o problema, equacionando somente que no "caso (de relações privadas de poder) pode então justificar um tratamento diferente daquele em que os particulares estão em pé de igualdade, no sentido de uma aplicação imediata de certos preceitos constitucionais". Todavia, em *O Discurso dos...*, o autor vem alinhar com a posição sufragada pela doutrina, afirmando que "na medida em que desenvolvam uma acção pública, encontram-se vinculadas pelos direitos fundamentais em termos idênticos aos das entidades públicas", cfr. p. 343. Em sentido concordante, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 241.

[343] Existe, no entanto, uma outra situação que se pode apresentar como mais problemática: referimo-nos aqui às relações que se estabelecem entre (i) a federação desportiva transnacional e a federação nacional ou (ii) entre a federação desportiva transnacional e o atleta. O que se discute quanto a estas duas hipóteses é a possibilidade da vinculação daquele ente transnacional aos direitos fundamentais consagrados na nossa ordem jurídica. Cfr., por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 240 e ss. Esta questão embora interessante não integra o conteúdo essencial da nossa dissertação, assumindo apenas uma função instrumental no sentido de demonstrar que a existência de uma relação especial de poder pode acarretar consequências no domínio da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, mesmo que no plano transnacional.

[344] V. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, cfr. "Os Direitos Fundamentais...", pp. 31 e ss.

4.2. As relações de desigualdade estrutural

Definir de forma abstrata o que se deve entender por posições de desigualdade estrutural é um processo complexo e difícil[345], sobretudo em virtude de não existir um conjunto unívoco de situações que se possa, sem mais, reconduzir a este conceito. Face a esta situação, alguns autores sugerem que a identificação se opere por referência a dois critérios: desigualdades inerentes a um determinado tipo contratual ou forma de celebração contratual e casos de desigualdade em função de uma categoria de pessoas ou grupo de pessoas[346]. Estes critérios não se apresentam numa relação de exclusão, podendo, inclusivamente, surgir de forma simultânea.

No que concerne ao primeiro grupo, encontramos as desigualdades estruturais inerentes a um tipo contratual ou a um modelo de formação do contrato. Assim, agrupavam-se sob a mesma designação os casos em que a posição de desigualdade entre as partes decorria do facto de terem celebrado um tipo contratual específico ou pelo facto de o procedimento contratual ter assentado em características próprias, como por exemplo a utilização de contratos com recurso a cláusulas contratuais gerais ou de contratos de adesão[347].

Na segunda hipótese, a desigualdade resultaria do facto de o contraente revestir características específicas ou se encontrar inserido num grupo em particular, como sucede, a título de exemplo, com os consumidores ou trabalhadores. Importariam aqui as características pessoais inerentes a um conjunto de sujeitos, tais como a assimetria informativa que caracteriza os consumidores ou a dependência económica que se verifica entre o empregador e o trabalhador[348]. Este seria, portanto, um critério de cariz subjetivo, enquanto o anterior se pautava por uma natureza objetiva (relacionada com o objeto do contrato).

[345] T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, p. 63.
[346] Cfr. T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, pp. 63 e ss.
[347] T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, pp. 64 e ss. O autor não descarta a hipótese de ambos os critérios existirem em simultâneo, como sucede quando um consumidor celebra um contrato, numa situação de monopólio, por via de um contrato de adesão ou no caso da celebração de um contrato de trabalho que contém cláusulas contratuais gerais, não havendo lugar à negociação das mesmas.
[348] Voltaremos a este ponto em momento posterior.

Sem prejuízo do mérito que assiste àquela tentativa de organização das situações de desigualdade estrutural, consideramos que a forma mais eficaz para a identificação daquele tipo de situações seria assentar numa tentativa de caracterização com base em indícios de tipificação, na medida em que embora existindo pontos de contacto, se regista uma relativa variedade de casos nos quais se verifica este tipo de desigualdade.

4.3. Características tendenciais das relações de desigualdade estrutural

I – As relações de desigualdade estrutural não se subsumem a uma realidade perfeitamente identificada e uniforme, que, como tal, se encontra enquadrada – ou sequer seja enquadrável – de modo inequívoco num tal conceito[349]. O mesmo é afirmar que a qualificação de uma determinada relação como *estruturalmente desigual* ou, na locução de língua inglesa, de *unequal bargaining power*[350] depende de uma análise casuística. Aqui reside grande parte da sua dificuldade. Com efeito, estamos perante uma categoria com contornos de geometria variável e que, nessa medida, tem gerado algumas críticas quanto à sua operacionalidade – em virtude do seu alto grau de indeterminação – e rigor técnico[351].

Ainda assim, consideramos que é possível fazer um esforço de conceptualização de modo a conseguir identificar, pelo menos, o núcleo essencial de uma relação de desigualdade estrutural, recorrendo para tal a características tendenciais partilhadas pelas diversas relações desta natureza[352] e, desse modo, ultrapassar o problema da sua indefinição.

[349] Denotando as dificuldades em que definir e categorizar as diversas manifestações de desequilíbrios de poder no âmbito negocial, v. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between...", p. 13. Em posição convergente, e num elenco meramente ilustrativo, H. BEALE, "Inequality of Bargaining…", p. 124, S. NATHAN THAL, "The Inequality of…", p. 124, M. HELVESTON E M. JACOBS, "The Incoherent Role…", pp. 1017 e ss., D. B. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining…", pp. 194 e ss.
[350] Cfr. T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, p. 54.
[351] V. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 154. R. POSNER, por sua vez e analisando a questão da perspetiva económica, questiona se o conceito se apresenta útil no âmbito da discussão sobre a injustiça contratual, cfr. *Economic Analysis of...*, p. 104.
[352] Este tem sido o caminho seguido pela jurisprudência dos EUA a propósito da doutrina do *bargaining power*, cfr. D. B. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining...", pp. 192 e ss.

4.3.1. A existência de um poder de um dos contraentes que perturba o equilíbrio negocial

Em primeiro lugar, uma relação de desigualdade estrutural assenta na existência de um poder de uma das partes sobre a outra. É, portanto, o oposto do típico paradigma que pauta as relações entre privados: as partes não se encontram numa situação de igualdade[353] aquando do desenvolvimento do procedimento negocial. Todavia, e considerando a amplitude[354] que um conceito como poder tem a suscetibilidade revestir[355], importa determinar a que tipo de *poder* nos referimos. É verdadeiramente abstrata a referência ao *poder exercido* pela outra parte negocial, na medida em que aquele pode assumir géneses variadas ou materializar-se de modos tão distintos que impossibilitem a criação de uma categoria genérica[356].

[353] Quanto a esse ponto remete-se para o que já foi dito anteriormente sobre a igualdade e desigualdade no Direito Privado.

[354] No mesmo sentido, cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 141.

[355] Considere-se, desde logo, o conceito de poder proposto por M. WEBER, o poder "é a probabilidade de um actor social, no âmbito de uma relação social, se encontrar numa posição que lhe permita avançar com a sua vontade, apesar de existir resistência e independentemente da base em que essa probabilidade se funda". Cfr., *Economy and Society…*, p. 53. No mesmo sentido, I. R. MACNEIL, "Power, Contract, and…", pp. 909-923, *maxime* p. 909.

M. CAETANO, por seu turno, define como poder "a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia". De acordo com o autor, esta possibilidade que assiste a alguém de levar outrem a comportar-se (atuando ou deixando de atuar) de determinado modo configura sempre a existência de poder: "a possibilidade de impor aos outros o respeito da própria conduta traduz a liberdade (...) a de traçar a conduta alheia constitui a autoridade". Cfr. *Manual de Ciência...*, Tomo I, p. 5.

Ver, igualmente, B. D. MORANT, "The salience of…", pp. 925 e ss., bem como K. J. JANDA, "Towards the Explication…", pp. 345-363, S. GUZZINI, "The Concept of …", pp. 495-522, J. HABERMAS E T. MCCARTHY, "Hannah Arendt's Communications…", pp. 3-24, R. A. DAHL, "The concept of…", pp. 201 e ss.

[356] Existe mesmo quem se refira a um "private lawmaking", cfr. W. D. SLAWSON, "Standard Form Contracts…", p. 553. O mesmo autor considera que aliada a todos os riscos – e naturalmente também aos benefícios – que derivam desta forma de contratação deveria estar a preocupação em que este *lawmaking power* tivesse uma natureza democrática. No domínio contratual essa característica de democraticidade apenas poderia ser alcançada se o contrato reflectir ou acondicionar os interesses de ambas as partes, o que num contexto de contratos de adesão (usando aqui a expressão em sentido lato) não será possível de se verificar, na medida em que os termos contratuais são desenhados por apenas um dos elementos da relação contratual (o qual, certamente, visa prosseguir os seus objetivos e não comportar-se como benemérito da outra parte). Cfr. *idem*, p. 530.

Entre nós, A. PINTO MONTEIRO refere, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, que o predisponente, quando apresenta as suas cláusulas pré-formuladas ao aderente, se apresenta no exercício de "um *law-making power*", v. "Contratos de adesão...Outubro", p. 741. Sobre o assunto v., igualmente, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, pp. 695 e ss.

Não obstante, a sua natureza abstrata[357-358] não impede que na prática se verifiquem fenómenos concretos de poder privado, mais ou menos organizados, que consubstanciam verdadeiros "complexos sociais de poder"[359].

Sem prejuízo das dificuldades já anunciadas, para o efeito que pretendemos, a delimitação pode, num primeiro momento, ser operada pela negativa. Desta feita, é possível afirmar que este poder não tem necessariamente de revestir uma natureza jurídica, não tendo que surgir, por exemplo, acoplado a um direito subjetivo ou a um direito potestativo da parte mais "forte" da relação contratual[360]. Logo, este é um conceito amplo, no qual cabem diversas realidades que se reconduzem à faculdade ou "poder económico ou social suscetível de conformar aspetos relevantes da vida dos indivíduos não-membros"[361].

A compreensão deste fenómeno deve ser operada de forma não restrita, convocando para o seu âmbito todas as manifestações que produzem um desequilíbrio da posição e liberdade negocial dos diversos intervenientes na relação jurídica, de tal modo que se traduza na preponderância ou domínio de um deles sobre a esfera da *suposta* autonomia do outro.

Um exemplo prático pode ser encontrado nos casos em que se verifica a existência de uma situação de monopólio, como o que se regista, tal como já referimos, nos casos das federações desportivas (nacionais e transnacionais)[362]. Efetivamente, em virtude do *princípio da unicidade*, os praticantes desportivos – se olharmos a questão do ponto de vista da pessoa singular – ou as federações desportivas nacionais – se equacionarmos a questão do ponto de vista associativo – não têm a possibilidade de escolher uma outra

[357] Há quem a qualificasse como pouco corporizada (J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 141), mas, na atualidade, parece ser uma questão que não se coloque, principalmente se atendermos ao domínio do Direito do Consumo ou do associativismo desportivo.
[358] Também assim considera J. J. GOMES CANOTILHO. De acordo com o autor, e apesar de se encontrar a ponderar a questão a propósito da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, as categorias de poder privado ou de poder social "não são juridicamente assimiláveis a poderes púbicos e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da Drittwirkung". V. *Direito Constitucional e...*, p. 1293. O mesmo raciocínio pode, em parte, ser transposto para o domínio da densificação de uma relação de desigualdade estrutural.
[359] Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p.1293.
[360] Já assim defende J. C. VIEIRA DE ALMEIDA quando se refere às "relações especiais de poder entre privados", cfr. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 246.
[361] J. C. VIEIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 246
[362] F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 139 e ss. Entre nós, e por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 24 e ss.

contraparte que não aquela. O mercado para aquela atividade em particular encontra-se sob a égide de um contraente em particular, ao qual assiste a possibilidade de não só escolher os participantes daquele mercado, como também estabelecer os procedimentos e as regras a seguir[363]. É, portanto, inegável que assiste a uma das partes a real possibilidade de influir na posição jurídica e económica da outra, diminuindo ou aumentando o seu campo de ação e de liberdade negocial.

Mas não só no domínio desportivo se podem encontrar situações desta natureza. Existem outras hipóteses que podemos identificar de forma clara no campo do Direito do Consumo. Pense-se, desde já, no fornecimento de serviços públicos essenciais quando apenas existe um operador económico nessa área, como sucede tipicamente com o fornecimento de água e tratamento de resíduos sólidos[364].

No entanto, e sem prejuízo do que se disse anteriormente, importa não cair num erro de raciocínio. Isto é, pese embora tenhamos vindo a ilustrar a existência de um poder que desequilibra as relações entre privados, afastando-as do paradigma típico da igualdade nas relações horizontais de Direito Privado, por referência a hipóteses em que se verifica um monopólio de facto, este não é o único âmbito em que o mesmo se pode manifestar. Se é correto afirmar que a presença de um monopólio é um sinónimo da existência de um poder negocial assimétrico entre as partes, o qual dá origem (em conjunto com outros fatores) a uma relação de desigualdade estrutural entre os contraentes, não é, todavia, certo que as hipóteses de desigualdade estrutural se esgotem nos casos monopolísticos.

Sempre que a uma das partes assiste uma superioridade tão profunda que lhe permite transformar um domínio que devia ser marcado pela autodeterminação num puro

[363] S. WEATHERILL, "Is the Pyramid…", pp. 294-295, L. FREEBURN, *Regulating International...*, p. 30, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de…*, pp. 106 e 186. Destacando o forte poder (quer de facto, quer de direito) das federações desportivas, cfr. M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy...", pp. 1 e ss.

[364] Em própria sede legislativa se reconhece a existência de "monopólios naturais" neste domínio, cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 100/2007, de 2 de Abril. Nesse mesmo texto se reconhece que nestes casos concretos, se verifica um "significativo desequilíbrio em detrimento da posição contratual do consumidor, dado tratar-se da prestação de serviços básicos, universais e essenciais à vida moderna, em que os consumidores não dispõem de poder negocial", motivo pelo qual é preciso "tornar cada vez mais claras as condições de acesso aos serviços, normalmente estabelecidas em contratos de adesão predefinidos". Cfr. Preâmbulo.

espaço de determinação heterógena, estamos perante um poder deste tipo[365]. Em suma, o poder materializa-se na possibilidade real de criação de uma vinculação heterónima de uma parte contratual pela outra, não havendo lugar a uma verdadeira autovinculação e esvaziando desse modo o espaço de autodeterminação garantido na esfera da autonomia privada.

4.3.2. A impossibilidade de negociação e a inexistência de alternativas

I – Um outro traço caraterizador está relacionado com a impossibilidade de a parte estruturalmente mais débil poder negociar os termos da relação jurídica ou do contrato. Estamos, portanto, aqui a considerar os casos em que a liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de estipulação, se encontra diminuída ou mesmo afastada por completo[366]. Significa isto que uma das partes não tem a possibilidade de influir – sequer numa perspetiva meramente negocial – na composição dos termos do contrato, não participando na escolha das cláusulas contratuais, nem sequer na redação das mesmas.

[365] Considere-se a este propósito a paradigmática decisão 89, 214 do BVerfGE, onde a questão surgia a propósito de uma fiança, no âmbito de uma relação comercial, que o mutuante (o banco) exigia como garantia para a celebração de um contrato de mútuo que os familiares do mutuário prestassem uma fiança (independentemente da situação financeira concreta dos mesmos). A factualidade subjacente à decisão pode ser descrita do seguinte modo: o pai da demandante era um agente imobiliário e, no âmbito da sua atividade profissional, solicitou junto de um banco alemão a concessão de um crédito de 100.000 DM (procedendo à duplicação do valor o seu contrato de crédito). O banco exigiu, em contrapartida, que a filha (de 21 anos e que não tinha qualquer experiência no domínio comercial) prestasse uma fiança no valor total do crédito 100.000DM, embora não tivesse qualquer interesse próprio na questão. Sobre esta decisão, cfr. G. TEUBNER, "Ein Fall von…", pp. 388-404, M. KENNY, J. DEVENNEY E L. FOX O'MAHONY, "Conceptualising unconscionability in...", p. 388, J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 144.

[366] V. A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, p. 83, nota 235. Recorde-se, igualmente, o preâmbulo do DL CCG, no qual se afirma que "O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. (...) São elaborados, com graus de minúcia variáveis, modelos negociais a que pessoas indeterminadas se limitam a aderir, sem possibilidade de discussão ou de introdução de modificações. Daí que a liberdade contratual se cinja, de facto, ao dilema da aceitação ou rejeição desses esquemas predispostos unilateralmente por entidades sem autoridade pública, mas que desempenham na vida dos particulares um papel do maior relevo."

Esta não é uma realidade desconhecida, sendo, pelo contrário, bastante frequente por referência à figura das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão[367-368].

Um ambiente contratual que se paute – de forma contínua e sistemática – pela ausência de uma negociação do texto do contrato para uma das partes não se pode ter como caracterizado pela autodeterminação e igualdade que se tipicamente se atribuem ao paradigma do Direito Privado[369]. Não podendo influir na formulação ou escolha dos termos contratuais e encontrando-se, diversas vezes, perante a necessidade de celebrar o contrato (no sentido em que não têm propriamente uma possibilidade real de não proceder à celebração do mesmo), resulta claro que a autodeterminação de um dos contraentes (adotando por motivos de simplificação de discurso a ideia de um binómio contratante básico, com apenas duas partes) se encontra amputada[370].

Por um lado, e conforme já afirmámos noutra sede[371], o facto de a composição do conteúdo do contrato repousar exclusivamente na figura de um único contraente comporta um perigo intrínseco: o facto de as cláusulas poderem revestir uma natureza abusiva e

[367] No âmbito das quais, esta ausência de liberdade de estipulação comporta diversos perigos para a parte contratante que se limita a aderir às mesmas. Cfr. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do*..., p. 115 para um elenco sintético das possíveis consequências nocivas que resultam desta forma de contratação, entre as quais se destacam: "restrição da liberdade factual de contratar e possível 'cartelização' integral de sectores económicos". No panorama internacional, cfr., em muitos outros, C. B. PRESTON E E. MCCANN, "Llewellyn Slept Here…", pp. 134 e ss., J.W. LOONEY E A. K. POOLE, "Adhesion Contracts, Bad…", pp. 177 ss., F. KESSLER, "Contracts of Adhesion...", p. 640, M. ROYO MARTINEZ, "Contratos de Adhesión", pp. 55 e ss.

[368] Na jurisprudência v. entre outros, os acs. do STJ de 08/10/2015 e de 08/03/2016.

[369] Não estamos aqui a abordar a questão de saber se os contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais ou os contratos de adesão têm ou não natureza contratual. Essa é uma questão distinta, cfr. M. GEORGES DEREUX, "De la Nature...", pp. 503-541.
Referimo-nos, tão-somente, ao facto de a ausência de liberdade de estipulação (enquanto elemento integrante da liberdade contratual, cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 203) afetar o ideal de autodeterminação das partes.

[370] Como afirma J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 203, "a imagem compósita da liberdade contratual, como um conjunto desdobrado de múltiplas faculdades, em que avulta, como fundamental a de livre fixação do conteúdo dos contratos (...) não encontra correspondência na prática da contratação mais difundida, por à generalidade dos sujeitos estar vedada uma participação criativa na conformação das suas relações".
No entanto, J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 208, alinha em sentido parcialmente oposto. De acordo com o autor, a ausência de autodeterminação no domínio dos contratos de adesão ou celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais apenas só se traduz em falta de autonomia quando surja em simultâneo com a "falta (ou incognoscibilidade) de alternativas negociais, o mesmo é dizer, quando a concorrência não funciona".

[371] D. MIRANTE, "Os contratos de...", p. 55.

claramente atentatória da igualdade contratual[372]. Não está em causa a adoção de um qualquer preconceito para com o predisponente das cláusulas, mas, isso sim, a tomada de consciência que num plano empresarial ou económico, aquele tenderá a adotar os comportamentos que se afigurem como mais indicados ou adequados à prossecução e realização dos seus interesses[373].

O reverso da medalha é a posição do aderente. De facto, se, por um lado, ao predisponente assiste a possibilidade de ditar os termos do contrato, salvaguardando os seus interesses e a sua posição, o mesmo não sucede com o aderente[374]. Este segundo sujeito da relação, por seu turno, apenas tem a faculdade de aceitar, e nesses termos celebrar o contrato, ou recusar, não obtendo desse modo o bem ou serviço desejado[375]. A sua liberdade contratual encontra-se substancialmente amputada, pois não pode ter qualquer impacto no conteúdo do acordo (privado da liberdade de estipulação), ficando a opção residual de celebração do contrato (liberdade de celebração), a qual, por vezes, nem se verifica ([376]).

II – Porém, quando estejam em causa áreas particularmente sensíveis do comércio jurídico, tais como as relativas à prestação de serviços públicos essenciais, à celebração

[372] Conforme demonstra a larga jurisprudência que se ocupa de litígios relativos a cláusulas abusivas. Cfr., a título de exemplo, na jurisprudência do STJ os seguintes acs.: de 10/12/2019, de 06/06/2019, de 18/09/2018, de 30/11/2017, de 30/07/2017, de 28/03/2017, de 16/03/2017, de 07/12/2016, de 09/09/2014, de 01/02/2000, 05/07/2007.

[373] Conforme escrevemos anteriormente, "É uma decorrência própria do ambiente empresarial onde maioritariamente este tipo de contratação tem lugar, pois sendo o lucro o objectivo principal não é de estranhar que cada contraente procure assegurar a sua posição do modo que lhe for mais conveniente.", cfr. D. MIRANTE, "Os contratos de adesão...", 55-56. Cfr., ainda, A. SCHWARTZ E R. E. SCOTT, "Contract Theory and…", pp. 550-551.

No panorama internacional, cfr. N. WILSON, "Freedom of contract...", p. 174, qualificando tais os contratos de adesão como "um excelente mecanismo que funciona como sua proteção às custas do infeliz aderente". Com uma posição semelhante já se encontrava K. N. LLEWELLYN, "What price contract...", p. 371, assumindo que o ordenamento jurídico, sob a forma de um contrato, assume que existe uma forma jurídica que resolve todas as questões, de modo antecipado, em favor de umas das partes da relação contratual.

[374] V. SIMONCELLI SCIALOJA, "Il c. d. contrato...", p. 33

[375] E. ROPPO, *O Contrato*, p. 312.

([376]) "Na maior parte dos casos, a essa liberdade jurídica de celebração não correspondia sequer uma liberdade económica de celebração, pois estavam em causa bens ou serviços de que se não poderia prescindir.", cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas Contratuais...Fé", p. 574. Também neste sentido segue J. ANTUNES VARELA, afirma que "(…) ao outro contraente fica apenas, na prática, a liberdade (tantas vezes precária) de aceitar ou não o contrato". Cfr. *Das Obrigações em*, Vol. I, p. 252.

de contratos de trabalho, arrendamento, entre outras, acentua-se ainda com mais rigor a diferenciação entre um contraente forte e um fraco ou débil[377-378].

O cerne do problema encontra-se, assim, na falta de autodeterminação do aderente[379], o qual se encontra colocado numa posição de aceitar as cláusulas e assim celebrar o contrato ou recusar as cláusulas e, dessa forma, não celebrar o contrato[380]. A negociação dos termos contratuais não é, muitas das vezes, prevista ou possível[381]. Este traço característico é resultado direto da supressão do *iter negotii*, o que não possibilita que ambas as partes surjam como criadoras das vinculações contratuais a que se adstringem, conformando o conteúdo do contrato de forma bilateral aos seus interesses e

[377] Nas palavras de L. CARVALHO FERNANDES, "(…) em múltiplos casos, a liberdade de celebração só se mantém em teoria: por certo ninguém é obrigado a consumir água ou energia eléctrica, a utilizar transportes colectivos ou a adquirir um veículo automóvel. Contudo, as exigências da vida social, no primeiro caso, os condicionalismos da sua organização, no segundo, ou do exercício adequado de algumas actividades, no terceiro, tornam remota a possibilidade de opção pela não celebração dos correspondentes negócios.", v. *Teoria Geral do...*, Vol. II, p. 107

[378] Ressalve-se que a qualificação, que aqui operamos, das partes como "forte" ou "fraca" não repousa num critério paternalista, mas, sim, numa constatação fáctica da existência do poder de uma face à ausência desse traço na outra.

[379] Ou, se preferirmos outro ângulo, na heterodeterminação que assiste ao predisponente. Para outros autores não existe uma ligação intrínseca entre liberdade contratual e existência de um procedimento negocial entre as partes. Admitem que a ausência de negociação entre as partes não determina a heterodeterminação de uma das partes pela outra. Neste contexto, consideram que o papel atribuído à possibilidade de negociação se encontra desajustado da realidade atual, pois "o que garante a livre decisão dos clientes não é a negociação, mas, isso sim, a selecção entre opções alternativas e transparentes". Cfr. J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las Condiciones Generales...*, pp. 66 e ss., nomeadamente p. 67. Ainda assim, o referido Autor considera que a negociação pode consubstanciar uma prova da existência de autodeterminação, mas não é um requisito necessário para que a mesma se possa verificar. V. p. 67. Neste sentido, coloca-se a tónica não no *bargaining power*, mas no *shopping*, sendo a possibilidade de escolher entre vários operadores que garante a liberdade dos consumidores (adota aqui a lógica de F. KESSLER, quando este último afirma que "embora seja inerente ao conceito de um contrato de adesão que a maioria dos termos não seja negociável, ainda assim, num mercado competitivo, o aderente poderá comprar [shop around] um conjunto diferente de termos.", cfr. "Contracts of Adhesion...", p. 1179) O mesmo é dizer que a liberdade contratual é assegurada pela existência de um mercado concorrencial, que permita ao contraente ter uma "alternativa razoavelmente disponível que lhe permitisse ter renunciado a celebrar o contrato que celebrou", cfr. pp. 67-68.

[380] Como escreveu F. KESSLER, "a parte mais fraca, que se encontra na necessidade de adquirir os bens ou serviços, encontra-se frequentemente numa posição que não lhe permite procurar melhores termos contratuais, ou porque o autor do contrato standard tem o monopólio (natural ou artificial) ou porque todos os concorrentes utilizam as mesmas cláusulas", cfr. "Contracts of Adhesion…", p. 632. Entre nós, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, p. 748, frisando que para o aderente "[a] liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou a rejeitar (...). Se o cliente decidir contratar, terá de se sujeitar às cláusulas previamente determinadas por outrem, no exercício de um law-making power de que este, de facto, desfruta, limitando-se aquele, pois, a aderir a um modelo prefixado."

[381] Ao aderente resta somente a escolha de "aceitar os termos ou abandonar a aquela transacção", v. A. K. SCHWARTZ, "Consumer Contract Exchanges...", p. 350.

de forma personalizada[382]. Esta restrição da liberdade contratual de uma das partes encontra o seu fundamento na liberdade contratual da outra[383].

Pelo contrário, verifica-se um pendor desequilibrado da relação jurídica – que pode registar-se nos mais variados domínios da vida económica, dado que o fenómeno da contratação em massa foi acolhido pelos mais diversos sectores[384-385] – que encontra a sua expressão no facto de apenas a uma das partes assistir a possibilidade de conformar o conteúdo do negócio jurídico, elaborando os termos e condições do mesmo, os quais *oferece* aos seus parceiros negociais para aceitação. Ao aderente, em bom rigor, apenas assiste a possibilidade de aceitar os termos e assim celebrar o contrato ou rejeitar os mesmos e, nessa medida, não celebrar o mesmo[386].

Esta situação deve ainda ser enquadrada do ponto de vista contextual[387]. Com efeito, a desigualdade ou a falta de equilíbrio que aqui se encontra não é somente endógena, acabando por partilhar de fatores exógenos ou conjunturais. Pense-se, a título de exemplo, nas assimetrias que se verificam entre as diversas partes da relação contratual.

---

[382] Conforme afirmou F. KESSLER, "a liberdade contratual permite que as empresas legislem através de contratos e, o que é ainda mais importante, que esse acto de legislar tenha uma natureza substancialmente autoritária sem ter, no entanto, uma aparência autoritária. Os contratos standard, em particular, podem tornar-se instrumentos eficazes nas mãos dos poderosos senhores industriais e comerciais, permitindo-lhes impor uma nova ordem feudal, por si criada, a uma vasta gama de vassalos.", cfr. "Contracts of Adhesion…", p. 640.

[383] "O predisponente – contraente «forte» – longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio para expandir e potenciar o exercício de tais poderes. Por outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver". Cfr. E. ROPPO, *O Contrato*, p. 317.

[384] Pense-se, ilustrativamente, no fornecimento de serviços públicos essenciais, na compra e venda de imóveis, de automóveis, de quaisquer outros bens, bem como na celebração dos próprios contratos de trabalho.

Cfr., para mais detalhe, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, p. 748.

[385] Um exemplo inequívoco da faceta "pegar ou largar" deste tipo de clausulado pode ser encontrado, de acordo com A. A. SCHWARTZ, nos termos e condições da Google (entre outros diversos operadores económicos) onde se prevê que: "Ao usar nossos Serviços, você está concordando com estes termos. Leia-os com atenção." De acordo com o mencionado autor, este é uma ilustração clara de um contrato não negociável: não há possibilidade de desvios e não há lugar a quaisquer negociações. Nas suas palavras "Take it or leave it.". Cfr. "Consumer Contract Exchanges…", p. 347.

[386] T. D. RAKOFF, "Contracts of adhesion…", p. 1174 e 1177, V. BÓLGAR, "The Contract of…", p. 53, utilizando os autores a expressão inglesa "*take it or leave it".*

[387] Como bem refere S. PASSINHAS, a vulnerabilidade posicional, no caso dos consumidores, "resulta de condições exógenas o indivíduo", cfr. "O lugar da...", p. 258.

De facto, a especialização que assiste aos operadores económicos (não sendo tão acentuada a diferença quando esteja em causa uma pequena ou média empresa) não é idêntica à do aderente, encontrando-se os primeiros numa posição em que dispõem de informações e dados que os colocam numa situação privilegiada. Não só conhecem em detalhe os termos contratuais[388], como, na maioria dos casos, dispõem das ferramentas necessárias à compreensão da relação jurídica, em particular das obrigações e deveres que assistem às partes[389].

[388] "Uma parte que faz uso regular de uma forma padronizada de contratação, normalmente, não espera que os seus clientes compreendam ou sequer leiam as cláusulas contratuais. Um dos objetivos dessa padronização é eliminar a negociação sobre detalhes de transações individuais, e esse objetivo não seria cumprido se um número substancial de clientes contratasse advogados e procedesse à análise e revisão das cláusulas contratuais standard. De facto, os clientes geralmente não entendem ou nem sequer lêem os das cláusulas contratuais standard.", cfr. T. D. RAKOFF, "Contracts of adhesion...", v. p. 1180, nota 23, D. A. HOFFMAN, "Relational Contracts of...", p. 1396.
Com a mesma orientação, J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las Condiciones Generales...*, p. 70. Em sentido concordante M. LIMA REGO, "Manifesto contra a...", p. 268 e p. 274. Y. BAKOS, F. MAROTTA-WURGLER E D. R. TROSSEN, "Does Anyone Read…", pp. 2 e ss., J. R. STERNLIGHT, "Creeping Mandatory Arbitration…", p. 1648, O. BEN-SHAHAR, "The Myth of…", pp. 1 e ss. (afirmando que as "pessoas reais não lêem o clausulado geral de adesão. Ler é chato, incompreensível, alienante, demorado, mas acima de tudo inútil. Queremos o produto, não o contrato", cfr. p. 1), M. JANE RADIN, "The Deformation of…", p. 513, I. R. MACNEIL, "Bureaucracy and contracts…", p. 5 (afirmando "(…) ninguém pode dizer honestamente que os consumidores devem ler documentos longos deste género"), J. D. CALAMARI, "Duty to Read...", pp. 341 e ss., J.W. LOONEY E A. K. POOLE, "Adhesion Contracts, Bad...", pp. 180 e ss., N. K. DUNCAN, "Adhesion Contracts: A...", pp. 1089 e ss., S. DAVID SKERTIN, "Challenging Adhesion Contracts...", pp. 287 e ss. ("Muitas das vezes, os consumidores nem percebem, nem lêem os contratos de adesão", cfr. p. 287), R. E. BARNETT, "Consenting to Form...", p. 628, I. AYRES E A. SCHWARTZ, "The No-Reading...", pp. 596 e ss.

[389] Assim se compreende que no domínio da regulamentação jurídica do fenómeno das cláusulas contratuais gerais se tenham consagrado, com especial cuidado, os deveres de informação que cabem aos predisponente das cláusulas. Como refere M. LIMA REGO, "em resposta aos desafios à liberdade contratual decorrente da massificação das trocas e de um desigual poder de negociação das partes característico de uma contratação em massa, enveredou-se por (...) um modelo informacional assente na criação – e multiplicação – dos deveres de informação", cfr. "Manifesto contra a...", p. 271. É neste contexto que devem ser compreendidos os arts. 5.º e 6.º do DL CCG, onde se consagra, respetivamente, o dever de comunicação e o dever de informação das cláusulas contratuais gerais, os quais não se confundem – embora possam se sobrepor –, devendo, pelo contrário, ser entendidos como complementares. Cfr., entre outros, A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, pp. 206 e ss. De acordo com a autora, a separação entre estes dois deveres, pese embora seja "relativamente forçada ou artificial", encontra-se relacionada com o facto de a obrigação de comunicação ser "muitas vezes insuficiente", v. p. 252. Cfr., igualmente, M. J. DE ALMEIDA COSTA E A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais*, pp. 24-26.
Na jurisprudência, como ilustração da distinção entre os dois deveres acima referidos, os acs. do TRL de 05/11/2019, de 28/04/2015, de 29/09/2016, de 17/05/2018, de 14/12/2017, de 07/12/2016 e 27/09/2016. Na jurisprudência do STJ: os acs. de 30/03/2017, de 14/07/2016, de 13/09/2016, de 01/02/2000, de 19/01/2006, de 15/01/2008, de 29/05/2012, de 20/01/2010, destacando, neste caso que "o dever de comunicação consagrado no art. 5º da LCCG visa "possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das cláusulas contratuais gerais que irão integrar o contrato singular, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito também a ele um

Sucede, porém, que a existência de um poder de uma parte sobre a outra e impossibilidade de a parte mais débil poder negociar os termos da relação jurídica são aspetos que se considerados de forma isolada não nos permitem, em princípio, considerar que estejamos perante uma posição de desigualdade estrutural. Existe um outro elemento tendencialmente caracterizador das relações de desigualdade estrutural e que se relaciona com a existência de outras alternativas viáveis para a parte mais frágil da relação jurídica[390-391].

Se numa determinada área do mercado[392] existir concorrência entre os diversos operadores económicos, esta permite, em princípio, que os sujeitos possam buscar melhores alternativas, quer em termos económicos, quer em termos jurídicos[393]. O mesmo é dizer que o essencial é determinar se à parte tendencialmente mais débil[394] da relação assiste a possibilidade de uma escolha real entre diversos hipotéticos contraentes, ponderando e optando pela via que lhe pareça ser mais adequada para a prossecução dos seus interesses[395].

comportamento diligente"), de 08/04/2010. Pela perspetiva adotada em confronto com a realidade actual na celebração de contratos de adesão, cfr. em especial o ac. do STJ de 02/12/2013.

[390] Pese embora se reconheça que quando um contrato de adesão é elaborado por alguém que se encontra numa posição monopolista ou quando estejam em causa cláusulas contratuais gerais partilhadas por todo um sector a posição do aderente fica particularmente fragilizada, uma vez que este "não tem outra alternativa que não seja celebrar o contrato", cfr. A. A. SCHWARTZ, "Consumer Contract Exchanges...", p. 350, bem como W. L. CORBETT, "Arbitration Employment Law...", p. 436. A mesma posição foi adotada pelo Supreme Court of Montana, na sua decisão Kloss v. Edward D. Jones Co. 310 Mont. 123 (Mont. 2002), p. 6, §24.

[391] Cfr. D. D. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining…", p. 202, M. J. TREBILCOCK, "The Doctrine of…", pp. 364 e ss. Em sentido algo convergente, J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las Condiciones Generales...*, p. 67.

[392] Notando os efeitos que as falhas dos mercados podem assumir no que concerne à proteção dos consumidores, R. A. HILLMAN E J. J. RACHLINSKI, "Standard-Form Contracting...", pp. 445 e ss.

[393] K. N. LLEWELLYN, "What price contract...", p. 716, afirma que a autodeterminação da parte varia, precisamente, em função do número de hipóteses negociais que a mesma tem disponíveis.

[394] Conforme já afirmámos anteriormente, este conceito é polimórfico e não se esgota numa ideia de fragilidade económica ou financeira do contraente, embora também a inclua.

[395] J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, pp. 202 e ss. De acordo com M. J. TREBILCOCK, "The Doctrine of...", p. 364-365, para aferir a real medida sobre a existência de um poder de mercado o foco deve ser colocado, não só na utilização de formulários standard pelo predisponente concebidos numa lógica de "pegar ou largar", mas em saber se à outra parte da relação contratual, caso opte pela opção de "largar", assiste a possibilidade de escolher outras opções alternativas que sejam viáveis para a satisfação da sua necessidade. Consequente, importa analisar a situação para determinar se além dos termos contratuais standard existe um real mercado concorrencial que permita ao aderente escolher, de entre um conjunto mais ou menos vasto, qual o seu contraente negocial.

III – Todavia, nem sempre existe essa possibilidade[396]. Em alguns casos o mercado é dominado fáctica ou juridicamente por apenas um operador económico, noutras hipóteses, e pese embora existam diversos operadores, existe como que uma cartelização[397] dos termos contratuais utilizados, pelo que a escolha entre um ou outro se dilui, não sendo relevante para o resultado do caso em concreto[398].

Na literatura norte-americana, a propósito da doutrina do *inequality of bargaining power*, os autores exploram com profundidade um critério que designam de "absence of meaningful alternatives" [399]. A questão central passa por determinar se a parte contratual *mais fraca* consentiu de modo livre nos termos contratuais ou, se pelo contrário, foi coagida a aceitar através de qualquer tipo de fraude ou coação[400]. Para ilustrar esta questão é utilizado um exemplo clássico e que se traduz num caso de necessidade extrema: o resgate de um barco que se encontra a afundar em alto mar ou uma situação de resgate de outrem que se encontra em perigo de vida.

Num cenário hipotético, imagine-se que o proprietário de um navio que se encontra a afundar é colocado perante a posição de aceitar os termos que a empresa que pode proceder ao resgate lhe apresenta ou, pelo contrário, não consegue salvar o seu navio[401]. O problema reside, assim, em saber se existia aqui uma alternativa significativa para a parte mais débil da relação jurídica ou, se pelo contrário, não lhe assistia qualquer tipo de escolha que lhe permitisse celebrar um contrato com um clausulado diferente ou escolher outro contraente[402].

---

[396] Cfr., entre muitos, D. D. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining…", p. 202.
[397] C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, p. 115.
[398] Considerem-se, a título de exemplo, as condições contratuais gerais utilizadas pelas empresas fornecedoras dos serviços de telecomunicação ou de televisão, as quais apresentam diferenças mínimas entre si.
[399] V. D. D. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining…", pp. 202-203, S. NATHAN THAL, "The Inequality of…", p. 31, H. BEALE, "Inequality of Bargaining…", p. 127.
[400] Este critério pode ser sintetizado do seguinte modo: estamos perante uma ausência de alternativas de negociação quando se verifiquem circunstâncias que obstam a que o contrato não pudesse ter sido negociado com qualquer outra pessoa (coletiva ou singular) que não aquela parte. É este o entendimento adotado por S. NATHAN THAL, "The Inequality of…", p. 32.
[401] Ainda assim, existe na doutrina norte-americana quem considere que mesmo nestes casos extremos assiste à parte tendencialmente mais débil um poder negocial, o qual se traduz na possibilidade de não celebrar o contrato, assumindo o prejuízo que daí resulte. V. D. D. BARNHIZER, "Inequality of Bargaining…", p. 203. Aplicando um raciocínio económico à questão, v. J. C. HARSANYI, *Essays on Ethics…*, pp. 232-233.
[402] No ordenamento jurídico português, atendendo às características concretas do exemplo apresentado, e caso o negócio jurídico tivesse por efeito a atribuição de "benefícios excessivos ou

Afastando da nossa consideração exemplos tão extremos como aqueles acima apresentados, o ponto essencial reside em aferir se a parte mais débil tinha a real possibilidade de escolher celebrar ou não aquele contrato. Neste contexto, regressamos ao exemplo que já referimos anteriormente, a prestação de serviços de fornecimento de água. Numa situação destas a resposta afigura-se como sendo clara: na medida em que o serviço em questão apenas é prestado por uma única entidade (não havendo outras no mercado), não assiste ao contraente a possibilidade de escolher celebrar o contrato com outra parte ou sequer com outros termos. A sua opção é simples e reduz-se ao binómio contratar e assim satisfazer a sua necessidade ou não celebrar o contrato e, desse modo, não obter o fornecimento de água.

IV – Existem, todavia, situações mais complicadas de delimitar. Considere-se o proc. n.º 81, 242 decidido pelo BVerfGE[403]. Aqui estava em causa um contrato de agência entre um indivíduo de 25 anos (o agente) e uma empresa produtora e revendedora de vinho e de espumante (o principal), o qual foi celebrado sem termo e que vigorou no período compreendido entre 01/07/1977 e 31/12/1979. De entre as cláusulas do contrato de agência – o qual consubstanciava um contrato de adesão, não havendo, portanto, lugar à negociação do conteúdo – constava uma proibição de concorrência por parte do agente (o qual devia abster-se de toda e qualquer atividade concorrente para com a empresa produtora de vinho e espumante). Esta proibição vigoraria por um período máximo de dois anos, após o final do contrato. Dada a onerosidade de tal cláusula, a empresa ficaria obrigada a atribuir uma compensação ao agente, a qual apenas não seria devida no caso de o contrato cessar por causa culposa atribuída ao agente.

O agente veio a denunciar o contrato que o ligava à empresa produtora de vinho; no entanto, na sequência de negociações veio afirmar, por escrito, que revogava a sua denúncia, mantendo as suas funções. Todavia, e apesar de todo o contexto fáctico, o agente iniciou em 1980 funções que eram concorrentes com as que anteriormente

injustificados" para a parte proponente do mesmo, a questão poderia ser enquadrada de acordo com o regime dos negócios usuários. Neste sentido, o mesmo seria anulável nos termos do art. 282.º do CC. Parece relativamente inequívoco que um negócio jurídico com aqueles traços se poderia reputar como usurário, uma vez que estamos perante alguém que "aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obteve deste a promessa ou concessão de benefícios excessivos ou injustificados", v. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, pp. 402-403. Cfr., ainda, J. MORAIS CARVALHO, "Artigo 282.º", pp. 346 e ss.

[403] Comummente designado na doutrina e na jurisprudência como *Handelsvertreter*.

desempenhara, vendendo vinho a um concorrente do principal. Neste contexto, quando o principal tomou conhecimento daquela conduta do agente, resolveu o contrato com efeitos imediatos e, considerando a conduta culposa daquele último, recusou-se a proceder ao pagamento de qualquer indemnização. Em simultâneo, requereu a concessão de uma providência cautelar que impedisse o agente de desenvolver atividades concorrentes. Assim, surgiu um litígio judicial a propósito da violação do dever não concorrência, no âmbito do qual o demandante (o agente) invocou (i) a inconstitucionalidade da norma legal que permitia a celebração de pactos de não concorrência daquela natureza, bem como (ii) a excessiva onerosidade da proibição de poder desempenhar livremente a sua profissão, o que ameaçava a sua subsistência.

Uma vez perante o BVerfGE, este tribunal analisou a compatibilidade daquela norma com a GG alemã. Neste contexto, concluiu existir uma situação de desigualdade[404] entre o agente e a empresa, a qual é de tal modo forte que teve por efeito afectar a liberdade contratual daquele primeiro. Com efeito, o contrato havia sido celebrado quando o agente tinha 25 anos, sem qualquer experiência enquanto profissional liberal, e por intermédio de um contrato de adesão sem margem para negociação[405].

Ora, voltando ao critério da existência de uma alternativa viável, poderíamos, segundo nos parece, argumentar que o sujeito em causa poderia ter escolhido celebrar o contrato de agência com uma outra empresa, não sendo forçado a escolher aquela contraparte específica. Contudo, naquele contexto particular e atendendo às características concretas daquele sujeito – a sua idade e inexperiência no domínio laboral – não se poderia considerar que o mesmo se encontrava sequer na posição de compreender

[404] Esta posição veio, posteriormente, a ser objeto de um desenvolvimento substancial no ac. 89, 214 do BVerfGE, sendo nessa sede que o tribunal formulou expressamente a locução "desigualdade estrutural das partes". No entanto, não se deve ignorar a importância que esta decisão jurisprudencial assumiu no ordenamento jurídico alemão, sendo, em bom rigor, um dos exemplos mais paradigmáticos da jurisprudência relativa à materialização do Direito Civil e da eficácia direta dos direitos fundamentais. Em geral sobre esta decisão, cfr. P. KIRCHHOF, "Der Vertrag als…", pp. 1211-1230, *maxime* p. 1228, J. HAGER, "Fundamental Rights in…", pp. 21-34, O. O. CHEREDNYCHENKO, "Subordinating Contract Law…", pp. 35-60 e da mesma autora *Fundamental Rights, contract…*, pp. 90 e ss.

[405] O BVerfGE considerou que nos casos em que existe desigualdade de poder negocial entre as partes e uma delas se apresenta como tão poderosa ao ponto de poder impor à outra os termos contratuais sem margem para negociação, quase que como numa determinação heterógena, o direito contratual – formulado nos cânones do Direito Privado – não se apresenta como suficiente para garantir sozinho o equilíbrio de interesses em jogo. Cfr., 81, 242, § I. 3, 47.

a gravidade ou sequer o cabal sentido da cláusula que havia aceitado ao celebrar ao contrato. Duas considerações devem ser apresentadas quanto a este aspeto.

Por um lado, não compreendendo o conteúdo do contrato a que se havia vinculado, não lhe seria exigível sequer que procurasse uma outra possibilidade ou alternativa negocial, uma vez que não lhe era percetível que aquele resultado, em virtude da cláusula de não concorrência, lhe fosse particularmente oneroso.

Por outro lado, atendendo a que existia uma previsão legal que legitimava a inclusão de uma cláusula de proibição de concorrência do agente para com o seu principal[406], bem como o facto de os contratos do mesmo sector "partilharem" muitas vezes o mesmo padrão contratual – sobretudo se celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais – seria relativamente indiferente que o agente tivesse escolhido uma parte contratual que não aquela.

V – Até este momento temos exemplificado a falta de uma alternativa viável com recurso a casos em que uma das partes se apresenta como mais débil que sua contraparte, seja por ser economicamente mais frágil ou pelo facto de os seus conhecimentos e informações não serem equiparáveis aos da sua contraparte. Contudo, é possível – ainda que mais raro – dissociar a posição de parte mais débil daqueles traços. Existem, com efeito, situações em que mesmo um sujeito que não reúna qualquer tipo de fragilidade informativa ou económica, se encontra desprovido de outra alternativa negocial que não aquela que lhe é apresentada. Considere-se o caso da aceitação dos termos e condições da Google. Com efeito, para poder utilizar-se o motor de busca da Google ou qualquer dos serviços associados ao mesmo é necessário aceitar os termos de utilização dos mesmos. Estes são *impostos* quer a um sujeito sem conhecimentos informáticos ou jurídicos, como a partes mais sofisticadas ou economicamente mais poderosas, como por exemplo, Bill Gates[407]. Pese embora a sua situação económica e o facto de hipoteticamente ter um poder negocial superior ao do homem médio, aquele continua a ter, se quiser utilizar os serviços Google, de aceitar os termos que ali são propostos. Poder-se-á afirmar que, não querendo aceitar, pode recorrer a outro motor de pesquisa de internet, mas, ainda assim, considerando as funcionalidades associadas aos motores existentes, será duvidoso afirmar

[406] Cfr. § 90a do Handelsgesetzbuch – HGB (Código Comercial Alemão).
[407] A. A. SCHWARTZ, "Consumer Contract Exchanges…", p. 348.

que os mesmos são perfeitos sucedâneos entre si e que, nessa medida, se configuram como alternativas viáveis[408].

4.4. Desigualdade no plano substancial: assimetria informativa, inexperiência e debilidade económica

I – As desigualdades entre as diversas partes de uma relação jurídica podem surgir no plano substancial ou no plano processual[409].

Até este momento temos estado a considerar, no essencial, os casos de desigualdade de cariz substancial, designadamente o facto de uma das partes não dispor de um poder negocial idêntico à da sua contraparte (quer por ter tido a sua liberdade de estipulação limitada, quer por não lhe assistir uma alternativa significativa que lhe permitisse não ter celebrado aquele contrato). No entanto, existem outros fatores que, no plano substancial, podem gerar um desequilíbrio significativo entre as partes, tais como: a falta de informação[410] ou de sofisticação[411] de uma das partes, a inexperiência ou a debilidade económica[412].

[408] Também no plano do desporto profissional a questão se coloca com a mesma acuidade em virtude do princípio da unicidade: se um atleta pretender desenvolver como atividade profissional a patinagem em velocidade, terá de aceitar os termos apresentados pela ISU. O mesmo se aplica a um nadador, o qual terá de aceitar as regras da FINA e assim sucessivamente. Nestas hipóteses verifica-se, por um lado, a existência de um poder desproporcional de uma parte e relação à outra e, por outro lado, a inexistência de poder negocial por parte do atleta, o qual não pode nem influir na composição das regras que aceita, nem tem a possibilidade de escolher uma (outra) alternativa (negociável) viável.

[409] A temática relativa à desigualdade estrutural no plano processual será, pela sua importância em relação ao objeto da presente dissertação, objeto de tratamento autónomo no próximo capítulo por referência ao caso concreto da arbitragem.

[410] Apontando-se como uma das causas da superioridade do aderente, no caso dos contratos de adesão, precisamente o facto de se encontrar numa posição de superioridade intelectual quanto à sua contraparte. Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 343.

[411] V. A. A. SCHWARTZ, "Consumer Contract Exchanges…", p. 348. Este conceito de sofisticação surge ligado aos conhecimentos – jurídicos ou de outra natureza – que a parte detém e que lhe permitem compreender e apreender não só contrato que celebrou, como as consequências que do mesmo podem advir. Não está, portanto, em causa outra perspetiva que não a da ligação da parte à realidade e que lhe permite, por si ou com o auxílio de profissionais que contrate para esse efeito, entender o sentido das vinculações que assumiu por via da celebração de determinado negócio jurídico. V. A. DONEFF, "Arbitration Clauses in…", p. 235. Cfr., ainda, M. R. MILLER "Contract Law, Party...", numa visão crítica quanto ao binómio partes sofisticadas e partes não sofisticadas", v. pp. 348 e ss.

[412] Cfr. H. BEALE, "Inequality of Bargaining...", p. 130.

Escolhemos começar por nos referir à falta de informação (e também de sofisticação das partes[413]). Em primeiro lugar, e conforme já afirmámos, quando o contrato seja celebrado através de contratos de adesão ou de clausulados contratuais gerais, a parte que surge na posição de predisponente tem uma visão mais integrada e completa dos termos contratuais, uma vez que os elaborou ou os escolheu para utilizar[414-415]. Consequentemente, o aderente surge, em regra[416], numa posição necessariamente mais débil, dado que, em muitos dos casos, não tem experiência profissional na área, nem formação académica suficiente para compreender o que se acorda no contrato. O aderente nas mais das vezes não consegue, mesmo que faça um esforço nesse sentido, apreender ou atribuir sentido à linguagem utilizada nas cláusulas, dado que a formulação destas não recorre a uma formulação textual acessível e inteligível pela maioria dos sujeitos a que se destinam, lançando, em diversos casos, mão de jargão próprio[417] do meio empresarial e

[413] O conceito de sofisticação das partes é recorrentemente utilizado na doutrina norte-americana quanto aos contratos de adesão. De uma forma sintética, podemos afirmar que este conceito se relaciona com a "situação social e económica das partes – riqueza e educação são atributos comuns dos sujeitos considerados como sofisticados". Neste sentido, as partes consideradas como sofisticadas – seja uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva – presumem-se com tendo acesso a experiência, informações e ou recursos que lhes permitem moderar ou evitar o risco que resulta da celebração de um contrato por via de adesão a termos que não negociaram. V. M. R. MILLER "Contract Law, Party…", pp. 494 e ss. e da mesma autora "Party Sophistication and…", pp. 659-679, maxime pp. 663 e ss. Abordando igualmente o problema, B. E. HERMALIN E M. L. KATZ, "Judicial Modification of…", pp. 230-255, M. P. GERGEN, "A Defense of…", pp. 45-99, A. BLAIR, "A Matter of …", pp. 423-475, M. MARINA PAVLOVIĆ, "Contracting out of…", pp. 409 e ss.

[414] Daí o particular cuidado na consagração legal de deveres de comunicação e de informação, que incumbem ao predisponente, no domínio das cláusulas contratuais gerais. Cfr. arts. 5.º e 6.º do DL CCG. V. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, 5.ª Ed., pp. 115 e ss.

[415] Colocado perante a questão de qualificar o poder de superioridade que assiste ao predisponente, J. DE SOUSA RIBEIRO considera que "[o] poder de que o predisponente goza é de natureza específica, prende-se com a liberdade conformativa que ele proporciona. Com o apossamento, por uma das partes, da estrutura jurídica de comunicação do mercado, cria-se uma assimetria funcional quanto à utilização do contrato, que pode então ser manipulado e moldado para a satisfação exclusiva dos interesses de quem o redige", cfr. *O Problema do...*, p. 343.

[416] Sendo certo que muitas vezes as características da debilidade económica, informação insuficiente e ausência de poder negocial coexistam no mesmo sujeito, não é menos correto afirmar que também uma parte "muito sofisticada" e com poder económico (independentemente do grau do mesmo) pode ser prejudicada no âmbito de um contrato de adesão. O poder negocial pode, em bom rigor, surgir dissociado das outras características da parte contratual. Tal como afirma A. DONEFF, "no mundo dos negócios da actualidade, uma parte pode ser muito sofisticada e ainda assim ser prejudicada na negociação de contratos com cláusulas de arbitragem, em virtude de ter pouco ou nenhum poder negocial". Cfr. "Arbitration Clauses in…", p. 235.

[417] Tão intricado que "mesmo dos poucos que lêem, menos são aqueles que compreendem o que acabaram de ler", sobretudo em virtude do uso de jargão empresarial, bem como do volume de informação que ali se apresenta, cfr. A. KATZ, "Your Terms or...", p. 520.

jurídico[418], o qual é familiar ao predisponente, mas não à sua contraparte[419]. Por outro lado, o próprio contexto em que o aderente tem conhecimento das cláusulas pode obstar, a par da sua falta de conhecimentos naquele domínio, a que as compreenda plenamente, o que acaba por acentuar a sua situação de fragilidade[420].

Em segundo lugar, entre o aderente e o predisponente-proponente existe, normalmente, uma inequívoca assimetria que assenta numa disparidade de poder negocial, mas também de informação. Estes casos ocorrem quando a contraparte contratual é um consumidor[421], mas incluem, igualmente, a hipótese em que o predisponente das cláusulas é uma pequena ou média empresa, sem grande especialização ou tradição na área, tendo-se limitado a adotar as cláusulas que os seus congéneres aplicam nas suas negociações, sem que, no entanto, tenha cabal perceção das mesmas ou do seu alcance[422]. Um breve enquadramento é necessário, neste momento, quanto às pequenas e médias empresas. Os pequenos comerciantes, pese embora desempenhem uma atividade profissional tendente ao lucro, encontram-se, em virtude de um conjunto de fatores, estruturalmente mais próximos da posição de um consumidor do que daquela que tem uma grande empresa. Não dispõem de grandes recursos financeiros, dependendo,

[418] "A falta de familiaridade com os termos contratuais é uma categoria específica de assimetria informativa", cfr. S. I. BECHER, "Asymmetric Information in...", p. 12.

[419] Como resultado, "o cliente duvida da sua capacidade para compreender as fórmulas técnicas e complicadas em que as condições do contrato, muitas vezes, se oferecem.", v. C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", p. 122.

[420] C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", p. 122 e J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 345.

[421] É preciso destacar que o conceito de aderente – para efeitos de parte que aceita as cláusulas contratuais gerais ou que se vincula ao contrato de adesão – não se confunde com o conceito de consumidor. São realidades distintas, que podem ou não coincidir no mesmo sujeito. Neste contexto, podemos afirmar que no Direito nacional encontramos diversas noções de consumidor, umas mais abrangentes que outras. Cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...,* p. 24. Não obstante, entende o mencionado autor, com o qual concordamos, que a definição que assume mais relevo no nosso ordenamento jurídico é a constante no art. 2.º, n.º 1 da LDC, de acordo com o qual "[c]onsidera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.". Sobre o conceito de consumidor v., entre nós, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, pp. 24 e ss., C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 29, do mesmo autor *Os Direitos dos...*, pp. 203 e ss., J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do...*, pp. 45 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, "Da natureza civil...", pp. 637 e ss.

[422] De facto, nada obsta a que as cláusulas contratuais gerais sejam concebidas por um terceiro e que o proponente decida "utilizar formulários já elaborados por outrem ou no caso de as cláusulas serem inseridas pelo próprio terceiro no processo de formação do contrato (...) ou mesmo serem impostas por esse terceiro, no âmbito de uma relação mais alargada" (cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 111 e M. J. DE ALMEIDA COSTA E A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais...*, pp.19-20).

via de regra, de investidores ou de linhas de crédito, não têm ao seu dispor profissionais que os possam aconselhar ou guiar no âmbito das relações comerciais[423].

A parte contratual que coloca as cláusulas à disposição do seu contraente dispõe de um manancial de meios – físicos ou humanos – que lhe garante uma maior mestria na gestão do contrato[424], desde logo porque a própria atividade que prossegue lhe exige que celebre de forma reiterada contratos, o que lhe garante prática na utilização daqueles modelos contratuais[425]. Se focarmos a questão nas empresas que detêm um poder económico significativo, facilmente poderemos concluir que a elaboração daquelas cláusulas foi pensada ao pormenor e tendo em consideração os interesses da parte que as oferece, contando, muitas vezes, com o apoio de especialistas na elaboração e compreensão das mesmas[426]. Assim, é relativamente fácil compreender que o predisponente e o aderente não dispõem de um mesmo grau de informação[427] – e se se preferir o termo popular na doutrina e jurisprudência norte-americanas – de sofisticação, o que provoca um desequilíbrio nos pratos da balança. Se a um cabe o poder de conformar os termos da relação jurídica, adequando-os à prossecução e salvaguarda dos seus

[423] Cfr. L. T. GARVIN, "Small Business and…", p. 306. O autor rejeita um binómio simplista que divida a sociedade entre consumidores e empresários, englobando nesta última categoria todo um conjunto diverso de situações, algumas das quais nem registam pontos de contacto entre si. Desta feita, vem estabelecer um paralelo entre as pequenas e médias empresas e a posição dos consumidores, afirmando que "as empresas médias nos Estados Unidos da América – e não apenas as pequenas empresas - têm receitas brutas inferiores a meio milhão de dólares por ano. Segundo, a maioria das pequenas empresas está entrelaçada financeiramente com seus fundadores. Os fundadores normalmente gastam a maior parte do dinheiro para iniciar o negócio, tendo alguma combinação de património e dívida em troca. Para financiar os negócios, os fundadores costumam hipotecar suas casas, sacar as suas economias e usar seus cartões de crédito pessoais. Mesmo que a empresa peça emprestado a um banco, o banco geralmente exigirá que os fundadores garantam o empréstimo com seus bens pessoais. Em resumo, as pequenas empresas assemelham-se, de várias maneiras, aos consumidores (...)".

[424] J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 344.

[425] "A falta de familiaridade com os termos contratuais consubstancia uma categoria específica de informação assimétrica. Uma das partes, a que elabora o contracto (o vendedor), está bem informada sobre os termos do contrato; por seu turno, o aderente ao contrato (consumidor) encontra-se imperfeitamente informado.", cfr. S. I. BECHER, "Asymmetric Information in...", p. 12.

[426] O que se traduz na reunião de "pressupostos cognitivos, técnicos e jurídicos, de um antecipado tratamento uniforme das vicissitudes contratuais". Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 344. A este fator aliam-se a "as vantagens da sua qualidade de ente organizado", v. C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", p. 122.

[427] V. A. SCHWARTZ E L. L. WILDE, "Imperfect Information in...", pp. 1388 e ss., consideram que o facto de o consumidor dispor de informação imperfeita tem a suscetibilidade de afetar os termos contratuais de três formas diferentes: (i) os consumidores podem estar em erro ou desconhecer os riscos que derivam daqueles termos contratuais em concreto, (ii) os consumidores podem desconhecer a variedade de preços e termos que as empresas concorrentes podem oferecer e (iii) consumidores podem não conseguir compreender as consequências legais que resultam do contrato celebrado, pelo facto de não conseguirem compreender a linguagem utilizada."

interesses (compreendendo perfeitamente as vinculações que assume por força da celebração daquele contrato), ao outro o clausulado surge como um facto consumado, ao qual apenas pode aderir ou recusar, não influindo na sua composição e não compreendendo[428], em muitas hipóteses, a sua extensão ou significado[429]. É neste contexto que alguns autores consideram que uma determinada categoria de partes contratuais se pode considerar como mais débil, menos informada, menos sofisticada e com menor capacidade negocial[430].

II – Aliada à assimetria informativa surge um outro fator de desigualdade substancial e que se traduz na inexperiência de uma das partes em relação à sua contraparte. O conceito de inexperiência deve ser aqui entendido em relação com a noção de *repeat players*.

Na realidade, existem, no contexto das relações de mercado, sujeitos que nelas participam somente de forma ocasional ou esporádica. Em sentido oposto, existem atores que se encontram frequentemente envolvidos nesse tipo de transações[431], dispondo de recursos – materiais e humanos – que lhe permitem, inclusivamente, obter aconselhamento de modo a prosseguir os seus interesses, beneficiando a sua posição. O primeiro grupo é designado de *one shooters*, enquanto o segundo é designado de *repeat players*[432].

---

[428] E. A. DAUER, "Contracts of Adhesion...", p. 2, clarificando que em muitos casos a parte contractual "não compreende a natureza do sacrifício que assumiu ou qual o benefício que irá retirar".

[429] Não se descurando aqui o que já se explorou anteriormente sobre o facto de os aderentes não lerem os longos clausulados que acompanham os contratos que celebram. Remete-se para as considerações e referências apresentadas nesse momento.

[430] L. T. GARVIN, "Small Business and…", p. 296.

[431] M. R. MILLER "Contract Law, Party…", p. 532.

[432] Cfr. M. GALANTER, "Why the "Haves"….", p. 97. Esta tipologia de partes foi criada por referência ao estudo da litigância nos EUA, referindo-se, nessa medida, aos litigantes que utilizam recorrente e sistematicamente o sistema judicial (os chamados *repeat players*) por oposição àqueles que recorrem a estes mecanismos de forma esporádica, existindo, mesmo, quem apenas recorra, em toda a sua vida, apenas uma vez ao sistema judicial (os designados one shooters) e, regra geral, sempre com ações que têm um objeto similar. No entanto, o próprio autor admite que esta tipologia pode, para além do domínio na qual a pensou originalmente, ser transposta para outras áreas, dando como exemplo os processos regulativos ou de legislação. Por outro lado, deve registar-se que a própria qualificação comporta graus, existindo os *pure repeat players* e os *non-pure*. Cfr. *ibidem*, pp. 98 e ss. Contudo, pela sua essência, entendemos que podemos recorrer a esta estruturação para analisar as situações de desigualdade substancial entre as partes, dado que o problema é, na sua essência, idêntico: saber em que a medida o facto de uma parte desempenhar recorrentemente o mesmo papel e com recurso aos mesmos mecanismos lhe permite adquirir – ou solidificar – a sua posição de vantagem em relação à sua contraparte. Cfr., ainda, B. G. GARTH E M. CAPPELLETTI, "Access to Justice…", p. 193.Entre nós, v. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 327.

Os chamados *one shooters* são sujeitos cuja atuação não se caracteriza por um padrão de repetição, sendo, muito pelo contrário e tal como a própria qualificação indica, atores esporádicos. De facto, se considerarmos o exemplo do consumidor, pese embora celebre diversos contratos ao longo da sua vida, não assume como prática recorrente a elaboração ou redação dos mesmos. O mesmo é dizer que esta não se traduz na sua atividade comum ou frequente[433].

Os *repeat players*, por seu turno, são pessoas – singulares ou coletivas – que desempenham de forma recorrente e contínua a mesma atividade e que, nessa medida, adquirem uma experiência de contornos significativos no domínio da contratação num sector específico da economia. Neste contexto, construíram toda uma máquina de suporte à sua atividade, dispondo de recursos – financeiros e profissionais – que lhe garantem todo o conhecimento necessário para a elaboração e negociação das cláusulas contratuais gerais que compõem o seu contrato. Deste modo, conseguem aperfeiçoar as cláusulas até atingir os termos ideais[434] – ainda que de forma tendencial – para a prossecução dos seus interesses[435].

Pelo facto de desempenharem continuamente a mesma atividade económica, estes sujeitos podem investir recursos significativos de molde a garantir a maior eficácia possível na elaboração dos seus contratos, bem como no exercício da sua liberdade contratual[436]. Não poderemos esquecer que é esta parte contratual que determina o conteúdo do contrato e, nessa medida, estabelece os padrões da relação contratual. Neste

[433] Com uma posição idêntica encontramos S. I. BECHER, "Asymmetric Information in...", p. 6, quando afirma que "os consumidores, que geralmente não têm a oportunidade de redigir contratos e negociá-los com as empresas, são os clássicos "*one shooter*" legais. As empresas, por outro lado, têm inúmeras oportunidades para redigir, negociar e litigar contratos, e são, portanto, os clássicos "*repeat players*" no sistema jurídico. Alegadamente, esse traço enfatiza ainda mais o poder de negociação desigual que existe entre as empresas e os consumidores."

[434] Assim alguns autores consideram que, quando a relação jurídica dá origem a um litígio, "o tribunal deve estar ciente da vantagem significativa que o falso consenso oferece aos *repeat players* nas relações contratuais, procedendo à sua correcção", v. L. SOLAN, T. ROSENBLATT E D. OSHERSON, "False Consensus Bias...", p. 1297. Sobre as possíveis vantagens que resultam para repeat players, v., em geral, R. E. BARNETT, "The Sound of...", pp. 891 e ss.

[435] Cfr. M. R. MILLER "Contract Law, Party…", p. 532.

[436] Como refere R. E. BARNETT, utilizando como exemplo a litigância do Federal Express, "este tipo de *repeat player* consegue fazer um vasto investimento na obtenção de conhecimento especializado das normas aplicáveis, bem como nos procedimentos probatórios, pois poderá amortizar o mesmo ao longo de vários processos judiciais, ao passo que para o *one shooter* seria economicamente irracional contratar um advogado para analisar todo contexto que respeita à regulação da responsabilidade do Federal Express. Por outras palavras, é racional para muitas partes continuarem ignorantes", não investindo no aconselhamento jurídico, acrescentamos nós. Cfr. "The Sound of…", pp. 887-888.

sentido, a sua experiência permite-lhes estarem numa posição de superioridade em relação à sua contraparte, pois dispõem não só da possibilidade de ditarem os termos da relação contratual, como de anteciparem as consequências jurídicas resultantes do contrato celebrado[437].

Em suma, este elevado grau de familiaridade com a redação e utilização de contratos permite que o predisponente assuma uma posição de vantagem, a qual tem por efeito acentuar a sua desigualdade para com a sua contraparte.

Ainda assim, mesmo que uma parte possa ser qualificada como *repeat player* num determinado contexto, é preciso verificar se noutro cenário essa característica se mantém. Ou seja, só pelo facto de um sujeito deter experiência, conhecimento e recursos no contexto de uma relação [438] – ou conjunto de relações jurídicas – isso não garante nem que a mesma seja sofisticada ou detenha experiência em todas as transações[439].

III – Um terceiro fator de desigualdade substancial entre as partes concerne a um dos aspetos mais clássicos desta questão e que, pelo seu impacto, consegue irradiar efeitos para variados domínios: a debilidade ou fragilidade económica de uma das partes[440].

Quando ao longo do nosso texto nos referimos à liberdade contratual das partes, assumimos que um dos postulados para o correto funcionamento do mecanismo negocial assenta numa possibilidade real de todos os intervenientes na relação jurídica poderem

[437] Quanto a este aspeto há quem refira que os *repeat player* dispõem de "*advance intelligence*". *A contrario*, os consumidores – enquanto *one shooters* – "têm uma exposição muito limitada ao sistema judicial e às leis, um número relativamente alto de risco, recursos inferiores e nenhuma "inteligência avançada", cfr. B. HAMZEHZADEH, "Repeat Player vs....", p. 241.

[438] Cfr. M. R. MILLER, "Contract Law, Party…", p. 533.

[439] M. R. MILLER, "Contract Law, Party...", p. 533 sugere o seguinte exemplo: um advogado especialista em Direito Penal pode não ser considerado como uma parte sofisticada [ou como um *repeat player*, acrescentamos nós] para fins de negócios imobiliários.

[440] A influência deste critério no *bargaining power* das partes tem sido longamente reconhecida. Com efeito, já ADAM SMITH escrevia que "[n]ão é difícil antever qual das duas partes tem, normalmente, vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas. Os patrões, por serem menos numerosos, podem associar-se com maior facilidade; além disso, a lei autoriza ou pelo menos não os proíbe, ao passo que para os trabalhadores existe essa proibição. Não há leis do Parlamento que proíbam os patrões de acordar uma redução dos salários; muitas são, porém, as que proíbem o aumento dos salários. Em todas essas disputas, o empresário tem a capacidade de subsistir por muito mais tempo. Um proprietário rural, um agricultor ou um comerciante, mesmo sem empregar um trabalhador sequer, conseguiria, regra geral, viver um ano ou dois com o património já acumulado. Pelo contrário muitos trabalhadores não conseguiriam subsistir uma semana, poucos conseguiriam subsistir um mês e dificilmente algum conseguiria subsistir um ano, sem emprego. A longo prazo, o trabalhador pode ser tão necessário ao seu patrão, quanto este o é para o trabalhador; porém esta necessidade não é tão imediata." Cfr. *An Inquiry into…*, pp. 98-99.

influir no processo de negociação com vista a salvaguardarem os seus interesses, buscando adequar os termos da relação às suas necessidades. Não está aqui em causa uma plena igualdade entre as partes (de facto, a ideia de uma plena igualdade negocial entre as diversas partes de uma relação jurídica é, em certa medida, um "mito"), mas, isso sim, uma paridade ao nível da liberdade real[441].

Todavia, quando uma das partes se apresenta como economicamente mais frágil no âmbito da relação, dificilmente conseguirá ombrear[442] com o poder negocial da sua contraparte, quer por ter uma forte necessidade na celebração daquele contrato, quer por não dispor dos recursos que lhe permitam procurar uma alternativa negocial ou compreender os termos do negócio jurídico que se propõe a celebrar[443].

Podem existir diversas causas para esta fragilidade, as quais, na maioria dos casos, são do domínio do senso comum: parcos fundos económicos, situações de desemprego, casos de precaridade salarial, de excesso de endividamento, contextos familiares marcados por doença, entre outros. No entanto, a qualificação de uma parte como frágil no plano económico deverá sempre ser feita por referência a uma análise casuística e não por aplicação de um critério mecânico ou automático. Ou seja, pelo facto de um determinado sujeito se encontrar abrangido pelo conceito de consumidor ou se encontrar, a título de exemplo, numa situação de desemprego não se pode concluir, sem mais, que o mesmo é economicamente frágil. Procedamos a uma ilustração para clarificar o nosso raciocínio.

Já, por diversas vezes, recorremos neste texto ao exemplo do consumidor que necessita de celebrar um determinado negócio jurídico com vista a suprir uma necessidade do seu quotidiano, dando especial ênfase à onerosidade que pode resultar

[441] Se considerarmos a genética do mecanismo contratual, este postulado de igualdade entre as partes era o que hipoteticamente garantia o seu correto funcionamento. Assim, "na medida em que o contrato é o resultado da livre negociação entre partes, as quais foram reunidas pelo mercado e que se encontram numa posição de aproximada paridade social e económica, não se coloca o perigo de a liberdade contratual consubstanciar uma ameaça à a ordem social como um todo", cfr. F. KESSLER, "Contracts of Adhesion...", p. 630.

[442] Não se ignore que para que exista uma liberdade contratual efectiva é necessário que se protejam os princípios básicos da autodeterminação, cfr. H. RÖSLER, "Protection of the...", p. 733.

[443] É neste sentido que J. STIGLITZ, "Inequality and Economic...", p. 144 relaciona o decréscimo nos salários dos trabalhadores com a existência de um poder negocial dos sindicatos cada vez menor, afirmando que: "[a] maneira como a globalização foi conduzida levou a salários mais baixos, em parte porque o poder negocial dos trabalhadores foi eviscerado" pois a existência de "sindicatos fracos e de uma globalização assimétrica (...) contribuiu significativamente para a grande onda de desigualdade."

desse contrato quando se verifique uma situação de monopólio. Nesta situação, o consumidor surge como a parte mais débil da relação, mas isso nada nos diz quanto à sua situação financeira. Com efeito, quer um sujeito com uma fraca situação financeira, quer um indivíduo com uma situação financeira com património de valor considerável, tal como referimos a propósito da aceitação das condições de utilização da Google – exemplo referido anteriormente – se encontrariam, neste sentido, na posição de consumidores que, a título de exemplo, tinham como objetivo celebrar um contrato de fornecimento de água ou de energia elétrica. Ainda assim, e pese embora partilhassem a qualidade de consumidor, não estariam ambos abrangidos pelo rótulo de parte economicamente débil[444-445-446].

Concludentemente, a questão da natureza economicamente débil de um agente carece de ser analisada caso a caso, ainda que em determinados contextos exista uma suposição sobre a sua verificação.

Os impactos resultantes da debilidade económica são profundamente relevantes. Em primeiro lugar, têm a potencialidade de tolher a liberdade contratual do sujeito[447], na medida em que a existência dessa fragilidade tem a virtualidade de impedir que o sujeito

[444] Já A. PINTO MONTEIRO, a propósito da relação entre as cláusulas contratuais gerais e a proteção do consumidor, considerou que se veio fazendo uma equiparação ou identificação entre o aderente e o consumidor, o que, embora suceda na prática em certos casos, não pode ser tomado como toda a extensão do problema: há aderentes que não são consumidores e vice-versa. V. "El Problema de...", p. 80

[445] H. RÖSLER, "Protection of the...", pp. 744 e ss., apresenta um caso que foi submetido a um tribunal alemão e cujo um dos problemas consistia em saber se poderia ser qualificado como consumidor aquele que encomenda e compra um motor de um iate no valor total de EUR 125,000. Se atendermos ao ordenamento jurídico português, mormente à definição constante da LDC, em momento algum se exige a debilidade económica do sujeito como requisito para possa ser considerado consumidor.

[446] Não obstante ser comum que o consumidor seja, de facto, a parte mais débil no plano económico. Há, deste modo, autores que destacam que "não considerando o consumidor individualmente colocado numa situação concreta, podemos referir que, em regra, o consumidor se encontra numa posição economicamente mais frágil em relação aos fornecedores", cfr., entre outros, S. HAUPT, "An Economic Analysis...", p. 1137. Qualificando os consumidores como, em regra, "menos conhecedores e economicamente inferiores aos produtores e comerciantes", v. o mesmo autor p. 1137. Ainda sobre a matéria, S. WEATHERILL, *EU Consumer Law…*, pp. I e ss.
É, aliás, face a esta conjuntura que se considera que "a desigualdade estrutural de poder (*strukturelles Ungleichgewicht*) entre o consumidor e o profissional é, neste momento, constitucionalmente reconhecida como um fundamento para a revisão do conteúdo de um contrato", v. H.-W. MICKLITZ, "The New German…", p. 386. Focando o poder que as empresas podem exercer sobre os consumidores, cfr. J. KENNETH GALBRAITH, *American Capitalism – The...*, p. 7. Para uma análise da vulnerabilidade do consumidor no ordenamanto nacional, v. S. PASSINHAS, "O lugar da.…", p. 255.

[447] E. A. DAUER, "Contracts of Adhesion…", p. 36, citando Lord Chancellor Northington quando disse "[N]ecessitous men are not, truly speaking, free men".

possa despender tempo a analisar os termos contratuais ou sequer buscar outras alternativas. É certo que a análise dos mesmos ou a busca de alternativas envolve custos[448] e um investimento que nem todos podem assegurar.

Por outro lado, a fragilidade no plano económico impede que o sujeito possa rodear-se de profissionais que o possam aconselhar ou sequer representar em caso de litígio. Além do mais, as próprias custas judiciais ou arbitrais podem tornar-se insustentáveis para estes sujeitos[449].

Em algumas hipóteses é ainda possível que este fator surja aliado a outras causas de desigualdade estrutural, como por exemplo a falta de formação académica[450] que permita ao sujeito de direito compreender os termos contratuais a que se vincula.

[448] V., entre outros, G. DE GEEST, "The Signing-Without…", p. 214, R. A. HILLMAN E J. J. RACHLINSKI, "Standard-Form Contracting…", pp. 435-436. Por sua vez, E. A. DAUER, "Contracts of Adhesion...", pp. 15-16, considera que o "ónus de agir de modo a eliminar o risco de perda se apresenta completamente desproporcional" para o aderente se comparado com os ganhos que esta forma de contratação permite ao predisponente obter. O autor, de modo algo irónico, sustenta que a precaução adequada assentaria, deste modo, em dois pilares: (i) o aderente adquirir conhecimentos jurídicos, "educando-se nessa área do conhecimento" ou (ii) procurando aconselhamento especializado na matéria. A primeira via sucumbiria pelo tempo que implicava, a segunda pelos custos associados.

[449] A questão da insuficiência económica de uma ou mais partes vinculadas por uma convenção de arbitragem apresenta-se como profundamente complexa. A insuficiência pode ser "originária" ou "superveniente", consoante o sujeito já se encontrasse nessa situação aquando da celebração da referida convenção ou se a mesma surgiu já após este momento. Voltaremos ao tema no capítulo IV, §8, ponto 8.2, b).
Cfr. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between…", p. 16. Em Portugal e sobre o problema das custas no processo arbitral, cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 349 e ss.

[450] Ainda que seja de repudiar o preconceito de que uma parte mais débil no plano económico seja necessariamente menos "sofisticada" ou vice-versa.

§ 5.º RELAÇÕES DE DESIGUALDADE NO DOMÍNIO DESPORTIVO: A POSIÇÃO DE SUJEIÇÃO DO ATLETA

5.1. A existência de uma hierarquia na organização desportiva: contextualização[451]

I – O domínio desportivo e as relações que se estabelecem no seu seio não configuram fenómenos que se desenvolvem de forma desregulada ou desordenada[452]. Pelo contrário, estamos, no que ao domínio desportivo diz respeito, perante uma realidade que obedece a um verdadeiro modelo de organização[453] hierárquica, o qual convoca para o seu âmbito todos os agentes desportivos[454]. Tal modelo organizativo assume, no entanto, alguns traços particulares, os quais importam conhecer em virtude de terem um impacto direto na posição assumida pelos atletas neste domínio.

A estrutura organizativa do associativismo desportivo caracteriza-se, em primeiro lugar, pelo facto de assentar num modelo de autorregulação[455]. Com efeito, são os próprios entes que integram o universo do associativismo desportivo que, no âmbito de autonomia privada[456] que lhes é concedida pelo Estado[457] ou Estados, se constituem e estabelecem as suas formas de organização e regulação com vista a prosseguir a finalidade que adotam nos seus estatutos[458]. Não há, portanto, lugar ao estabelecimento de uma forma ou modelo organizativo específico e heterodeterminado, existindo, em sentido

[451] Para efeitos de delimitação do objeto da nossa análise, deve ter-se em consideração que o nosso estudo se foca somente no domínio do desporto profissional.
[452] Nas palavras de A. RIGOZZI, *L'arbitrage international...*, p. 33, "a atividade desportiva foi sempre altamente regulamentada".
[453] Tal como destaca G. SIMON, o domínio desportivo é profundamente marcado pela existência de regras, cfr, *Puissance Sportive et...*, p. 1.
[454] V. L. FREEBURN, *Regulating International…*, pp. 1 e ss.
[455] Também assim o reconhece P. GONÇALVES, quando se refere ao "pendor autonomista da regulação do desporto", cfr. *Entidades Privadas com...*, p. 840.
[456] Cfr. F. CRISCUOLO, *L'Autodisciplina. Autonomia...*, pp. 98 e ss.
[457] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 194. Este espaço autonómico pode, no entanto, assumir uma geografia variável, sendo maior ou menor em virtude da intervenção estadual no que concerne à regulação da realidade desportiva. Entre nós e explorando em detalhe os modelos de intervenção estadual no desporto, cfr. *ibidem*, p. 194.
[458] Cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international...*, p. 32, o qual se refere ao "carácter espontâneo no âmbito de um processo autonormativo".

contrário, uma ampla margem de liberdade de conformação por parte dos entes que integram este domínio na forma da sua estruturação.

II – Por outro lado, no âmbito da sua configuração jurídica e no exercício daquela liberdade que lhes é garantida, as federações desportivas assumem, de modo quase generalizado[459], a forma jurídica de uma pessoa coletiva de Direito Privado[460], mormente adotando a configuração de uma associação[461] sem fins lucrativos[462-463]. São, portanto, pessoas coletivas de natureza privada e que, nessa medida, e atendendo ao caso português, se constituem no âmbito das normas previstas no CC[464].

Esta opção pela forma associativa – por oposição à escolha de uma natureza fundacional ou societária – encontra a sua justificação num vasto conjunto de fatores, os quais se apresentam em seguida de forma sumária.

Em primeiro lugar, e à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico suíço[465], o ordenamento jurídico português estabelece um conjunto reduzido de exigências legais no que respeita à constituição de uma associação sem fins lucrativos. Tal como resulta dos arts. 167.º e ss. do CC, para que haja lugar à constituição de uma associação é necessária a existência de um ato de constituição desta, o qual se encontra

[459] Há, aliás, quem afirme que, no domínio desportivo, a escolha organizativa de outra forma social que não a associativa é "rara", cfr. M. BADDELEY, *L'association...*, p. 23. No mesmo sentido, G. SIMON, *Droit du...*, p. 20.

[460] Cfr. G. RABU, *L'organisation du...*, p. 49.

[461] É neste contexto que A. RIGOZZI afirma que "uma federação pode ser definida como uma associação de associações", cfr. *Arbitrage international en...*, p. 38.

[462] Considere-se, a título ilustrativo e sem pretensões de exaustividade, o art. 1.º, n.º 6 dos estatutos da ISU, o art. 1.º, n.º 1 dos estatutos da FIFA, o art. 1.º, n.º 1 da FIBA, o art. 1.º, n.º 1.2 dos estatutos da FIA, o art. C 2 dos estatutos da FINA, o art. 1.º, n.º 1 dos estatutos da FPF, o art. 2.º, n.º 1 dos estatutos da FPA, o art. 1.º dos estatutos da FAP.

[463] Contudo, não obstaria a que os entes desportivos, no que concerne a sua configuração jurídica, assumissem a forma de qualquer outra modalidade de pessoa coletiva, tal como uma sociedade comercial ou uma fundação. V. G. RABU, *L'organisation du…*, pp. 50 e ss.
Sobre as classificações e distinção das diversas modalidades de pessoas coletivas, v. L. DE CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do...*, Vol. I, pp. 491 e ss., bem como C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do...*, pp. 292 e ss.

[464] O mesmo sucede, a título de exemplo, na Suíça. Cfr., com longos desenvolvimentos sobre a matéria, M. BADDELEY, *L'association sportive...*, pp. 23 e ss., bem como da mesma autora "The extraordinary autonomy...", pp. 2 e ss.

[465] A menção ao ordenamento jurídico suíço explica-se pelo facto de grande parte das federações desportivas internacionais ter optado por se constituir e sediar na Suíça, motivo pelo qual é inescapável a referência a este ordenamento em concreto. Cfr. M. BADDELEY, "La résolution des...", p. 6, da mesma autora "The extraordinary autonomy…", p. 2, *L'association sportive...*, pp. 5-6, F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 431 e ss.
Qualificando a Suíça como a Meca das federações desportivas, cfr. J. ORTH, "Erdbeben in der...", p. 14.

sujeito a forma especial[466] e tem um conteúdo – mínimo – obrigatório[467] que deve constar do mesmo. Uma vez verificada a existência do mesmo e cumpridos os requisitos *ad substanciam* (não ignorando que também os estatutos da associação devem, à semelhança do ato constitutivo, constar na escritura pública), a associação tem-se por constituída. A natureza relativamente simples do procedimento tem por efeito a sua celeridade, mas também releva quanto ao facto de o processo não se apresentar como sendo particularmente oneroso do ponto de vista financeiro[468], o que torna esta opção bastante atrativa para as federações desportivas.

Em segundo lugar, a opção pela forma associativa garante às federações uma ampla margem de liberdade na elaboração das regras que regem a vida interna da associação, o que inclui, naturalmente, a possibilidade de elaboração de estatutos que se adequem às necessidades particulares daquele ente coletivo. Neste sentido, podem as federações optar por se estruturar de um modo mais básico ou mais complexo, podendo, igualmente, determinar em detalhe quais os direitos e deveres que assistem aos seus associados[469].

Em terceiro lugar, a opção pela forma associativa possibilita a inexistência de uma limitação do substrato pessoal daquele ente, o que significa, portanto, que inexiste uma limitação do número de potenciais associados que venha a integrar a associação. Desta feita, a forma jurídica em causa não tem por efeito impor uma qualquer restrição – presente ou futura – ao desenvolvimento da associação, podendo integrar esta última todos aqueles que se predisponham a prosseguir o fim comum da que configura o seu objeto social.[470]

---

[466] Nos termos do art. 168.º, n.º 1 do CC, o ato constitutivo deve revestir forma escrita e deve constar de escritura pública.

[467] V. L. DE CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do...*, Vol. I, p. 567.

[468] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 191.

[469] V. M. BADDELEY, *L'association sportive...*, pp. 23 e ss. e da mesma autora "The extraordinary autonomy...", pp. 2 e ss.

[470] Existe, entre nós, quem indique outros motivos que podem justificar a opção generalização das federações desportivas pela adoção da forma de associações de Direito Privado: por um lado, a independência que se verifica entre a associação e o seu substrato pessoal – o que permite que a pessoa coletiva se mantenha mesmo que os seus associados se modifiquem (como afirma L. CARVALHO FERNANDES, o substrato pessoal de uma associação "não é um corpo fechado", cfr. *Teoria Geral do..*, Vol. I, p. 630) – e, por outro lado, a inexistência de risco para o património dos associados, uma vez que pelas responsabilidades financeiras do ente associativo apenas responderá o património da mesma. O último motivo apresentado para fundar esta opção das federações reside no facto de a forma associativa possibilitar a existência de uma "base democrática mínima na formação da vontade da

III – De outra parte, e tal como já tivemos oportunidade de referir a propósito da temática da existência de relações especiais de poder no Direito Privado, a estruturação hierárquica do ordenamento desportivo assume, em regra[471], uma forma piramidal (quer no plano nacional, quer no domínio transnacional)[472].

Esta estruturação do movimento do associativismo desportivo, ao caracterizar-se pela adoção de um modelo hierárquico organizado de acordo com uma forma piramidal[473], tem por efeito levar a que, no seu âmbito, alguns agentes desportivos – *maxime* as federações desportivas – se encontrem numa "posição especial de poder" face a outros sujeitos integrantes deste domínio[474], precisamente em virtude de os agentes desportivos não se encontrarem numa posição de paridade ou igualdade, mas, pelo contrário, em patamares descendentes de poder, encontrando-se o ente mais poderoso da hierarquia desportiva no topo da estrutura piramidal.

Com efeito, o apelo a uma organização que assenta em patamares de *supra* ou *infra-ordenação* afasta, por um lado, uma ideia de igualdade de posições dos diversos sujeitos integrados naquele modelo organizativo[475]. Esta estruturação hierárquica convoca, ainda, a constatação de que cada modalidade desportiva conta com "uma cadeia entrelaçada de associações e organizações que são responsáveis pela regulação da modalidade", encontrando-se cada patamar ligado àquele que imediatamente o sucede[476].

associação", dado que todos os associados podem, através do voto, influenciar a vida da associação. Cfr., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 191.

[471] Embora esta seja a estruturação típica, não é necessariamente o modelo seguido em todas as modalidades e não configura uma estruturação obrigatória, v. K. PIJETLOVIC, *EU Sports Law...*, p. 36.

[472] A que J. J. GOMES CANOTILHO E ALEXANDRA PESSANHA se referem como "superconstelação normativa do direito do desporto", "Relações jurídicas jusfundamentais...", p. 358.

[473] No âmbito do nosso trabalho abordaremos a estruturação piramidal correspondente ao caso português, não aflorando ou discutindo as especificidades de outros ordenamentos jurídicos. Por outro lado, não ignoramos a complexidade do tema e não assumimos a pretensão de desenvolver um tratamento ou análise detalhados do mesmo. O que neste campo se pretende é proceder a uma contextualização, em traços gerais, sem prescindir do rigor, da estruturação hierárquica do associativismo desportivo, de modo que se consiga compreender a posição dos praticantes desportivos neste campo.

[474] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 186, bem como J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", pp. 31 e ss.

[475] Há neste campo lugar à existência de uma "relação especial de poder que se estabelece entre elas [as federações] e as entidades ou agentes integrados na sua organização", a qual, de acordo com o autor, se apresenta, "em qualquer caso, como 'uma relação de poder' ", cfr. P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 836.

[476] L. FREEBURN, *Regulating International…*, p. 8.

Na base da pirâmide encontramos o primeiro patamar da hierarquia, o qual é integrado pelos praticantes desportivos, os quais, por seu turno, se encontram ligados – por via contratual – aos clubes, os quais compõem o patamar seguinte[477]. Os clubes, por seu turno, são membros da respetiva associação territorial, a qual configura o terceiro degrau na cadeia hierárquica. Estas associações são, por sua vez, associadas da federação nacional respetiva, a qual representa o quarto nível da pirâmide. No topo encontra-se a federação internacional, a qual se como a entidade de cúpula no plano hierárquico[478].

IV – Uma primeira consideração que se deve extrair desta organização piramidal, no topo da qual se encontra a federação desportiva internacional, concerne às relações que se estabelecem entre os diversos agentes desportivos, bem como quanto às formas de vinculação que assumem entre si.

Como resulta da análise da estruturação hierárquica no plano desportivo, podemos afirmar que os praticantes desportivos não são, em regra, associados nem das federações desportivas internacionais, nem das federações desportivas nacionais[479]. No que concerne aos praticantes desportivos, os mesmos encontram-se ligados somente aos clubes por via do contrato de trabalho – ou de prestação de serviços – que venham a celebrar com estes, não detendo, desta forma, e em regra, a posição de associados de nenhuma das pessoas coletivas acima mencionadas.

Como bem refere um autor entre nós, os associados das federações desportivas internacionais são, em regra, as federações nacionais e os associados das federações desportivas nacionais são associações desportivas territoriais (e os clubes), sendo o mesmo perentório quanto ao facto de os atletas não partilharem a qualidade de associados de qualquer um daqueles entes (nacionais ou internacionais)[480].

---

[477] Como bem destaca LLOYD FREEBURN, *Regulating International…*, p. 7.
[478] L. FREEBURN, *Regulating International…*, p. 7.
[479] V. G. SIMON, *Droit du…*, p. 15.
[480] A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 265 e ss. Reconhece o autor que para se concluir sobre a posição de associado do praticante desportivo em relação à federação nacional é necessário que se proceda a uma análise casuística dos direitos e deveres atribuídos ao mesmo, sendo que apenas se poderá concluir pela sua posição de associados quando aos praticantes desportivos sejam consagrados "direitos e deveres materialmente idênticos, ou seja, segundo uma lógica de igualdade entre associados", cfr. *A Resolução de...*, p. 266. Logo, e na esteira do que sustenta, não será de admitir que diferentes membros da associação tenham direitos distintos e, ainda assim, partilhem a qualidade idêntica de associado, o que, na prática, se traduz na seguinte conclusão: se os diversos sujeitos não tiverem uma posição idêntica no plano associativo – designadamente no que aos direitos associativos concerne – não poderemos qualificar os atletas como associados da federação desportiva em causa.

Tal conclusão pode ainda ser sustentada pelo disposto no art. 26.º n.º 1 do RJFD, onde se determina que nas federações desportivas – das modalidades coletivas – os clubes e as sociedades desportivas se podem agrupar de acordo com dois tipos de associações. Ou seja, são aqueles dois tipos de entidades – os clubes e as sociedades desportivas – que tomam a posição de associados das federações, não se prevendo aqui a associação dos atletas[481]. Como tal, os atletas não são associados da federação desportiva responsável pela regulação da respetiva modalidade desportiva, o que, no plano jurídico, significa que os mesmos não partilham dos direitos e deveres atribuídos aos associados daqueles entes[482-483].

V – Não obstante o substrato pessoal daquelas associações – as federações – ser composto somente pelos clubes e pelas associações territoriais, é um facto que os praticantes desportivos se encontram submetidos à moldura hierárquica que regula a prática da sua modalidade desportiva, desde logo em virtude da sua inscrição no clube que é associado da federação desportiva nacional[484]. De facto, e como já tivemos oportunidade de afirmar, a posição do praticante desportivo não se reconduz à do típico associado, não tendo um estatuto que lhe consagre deveres e direitos – idênticos aos dos àqueles que têm a natureza de associados –, encontrando-se, pelo contrário, numa posição próxima daquela que se verifica nos casos de sujeição jurídica[485].

C. FERREIRA DE ALMEIDA, por seu turno, considera que, pese embora o funcionamento das associações não esteja "sujeito ao princípio democrático (...) nem nelas vigora uma estrita igualdade de tratamento", ainda assim não pode o funcionamento daqueles entes "contrariar os princípios da igualdade e da proibição de arbítrio", cfr. *Contratos III*, p. 95. Neste sentido, também aqui se chegaria, a nosso ver, à mesma conclusão: para os praticantes desportivos serem associados das federações, e sem existir lugar a uma violação do princípio da igualdade ou uma situação de arbítrio, devem partilhar dos mesmos direitos associativos atribuídos aos outros associados.

[481] Como bem refere A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos...,* p. 265 e ss., os associados das federações desportivas internacionais são as federações nacionais e os associados das federações desportivas nacionais são associações desportivas territoriais (e os clubes), sendo o autor perentório quanto ao facto de os atletas não partilharem a qualidade de associados de qualquer um daqueles entes (nacionais ou internacionais).

[482] Designadamente não dispõem da possibilidade de influir, em conjunto com os associados, na condução da vida da associação. Cfr. G. SIMON, *Droit du...*, pp. 15 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos...*, pp. 266 e ss.

[483] Considere-se, a título de exemplo, os estatutos da FPB, onde, no seu art. 7.º, se determina que são sócios ordinários da mesma: a) as associações de clubes e sociedades desportivas participantes nos quadros competitivos nacionais; b) as associações de clubes participantes em quadros competitivos regionais ou distritais; c) A associação representativa dos praticantes desportivos; d) a associação representativa dos juízes; e) a associação representativa dos treinadores. Daqui não resulta, em momento algum, que os praticantes desportivos adquiram a qualidade de associados.

[484] PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 840.

[485] Cfr. W. BECKER, *Grenzen der Vereinsautonomie...*, pp. 15-16.

Este contexto leva-nos à segunda particularidade resultante da organização piramidal: a identificação dos mecanismos de vinculação dos praticantes desportivos à normatividade – regulamentar e disciplinar – emanada pelas federações desportivas nacionais e transnacionais. A dúvida que a este propósito se levanta passa por saber como pode um determinado sujeito que não detém, em regra, a qualidade de associado ser abrangido e vinculado pelo poder normativo daquela federação desportiva, sobretudo atendendo ao facto de a mesma ter uma natureza de Direito Privado.

A organização da estrutura hierárquica no plano desportivo transnacional e, bem assim, no nacional assenta na combinação de um conjunto de vinculações, que sendo distintas entre si, se complementam, formando uma complexa teia hierárquica[486].

Por um lado, e num primeiro plano, existe o modelo de vinculação tradicional e que assenta na típica relação que se desenvolve entre uma associação e os seus associados[487]. Estamos, por conseguinte, a referir-nos a um modelo de vinculação imediata[488], a qual opera através do modelo da vinculação associativa e que, portanto, se desenvolve entre a federação desportiva transnacional e os seus associados[489] (ou seja, as federações desportivas nacionais), bem como entre a federação nacional e os seus membros (*v.g.*, clubes e associações territoriais). A vinculação à normatividade emanada pela federação surge, nesta hipótese, como indissociável da condição de associado, residindo aí a legitimidade e justificação para existência de uma posição hierárquica da associação em relação aos associados[490].

[486] A temática dos modelos de vinculação desportiva é uma das matérias mais difíceis no que respeita ao estudo da hierarquia desportiva, compreendendo uma extensão e uma complexidade que ultrapassam em larga escala o objeto da nossa dissertação. Neste sentido, o que aqui se pretende – dado a sua natureza instrumental para a compreensão da posição integrada do atleta nesta realidade – é tão-somente apresentar, em traços gerais a teia normativa que envolve e origina a posição do praticante desportivo no plano da estruturação organizativa e hierárquica desportiva.

[487] De acordo com a qualificação avançada por alguns autores franceses, ao invés de utilizarmos a designação de associados e não associados, seria, em bom rigor, de distinguir entre membros diretos – as entidades que compõem formalmente a associação – e membros indiretos – os sujeitos que não integram a categoria anterior e que, nessa medida, não são membros diretos da associação, mas que se encontram ligados à mesma por via de outro mecanismo, como, por exemplo, a outorga da licença desportiva, cfr. M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...*, pp. 151-152.

[488] A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 265 e ss.

[489] Ou membros imediatos de acordo com a expressão de F. LATTY, *La lex sportiva*, p. 150.

[490] Cfr. F. LATTY, *La lex sportiva*, p. 150, referindo-se ao âmbito *ratione personae* da normativadade das federações desportivas, afirma que as regras emanadas por estes entes associativos se destinam, em primeiro lugar, aos seus membros imediatos, ou seja, os associados. Contudo, existem outros agentes desportivos que, por intermédio de diversos mecanismos, também passam a integrar a ordem jurídica federativa.

VI – Contudo, a teia normativa dos entes federativos desportivos não se esgota neste modelo simplista de vinculação imediata em virtude da qualidade de associado de um determinado sujeito. Tal como referimos em momento anterior, pese embora os agentes desportivos – entre os quais se encontram os praticantes desportivos – não assumam a posição de associados quer das federações nacionais, quer das internacionais, em virtude da sua posição enquanto entidade de "cúpula de regulação desportiva", a federação desportiva transnacional tem a possibilidade de abranger, mesmo que indiretamente, na sua rede normativa agentes desportivos que não são seus associados. Quando assim seja, esta forma de submissão não consubstancia um modelo da vinculação imediata, mas, pelo contrário, assume-se como um modelo da vinculação mediata[491].

A relação que se estabelece entre os atletas e as federações nacionais configura um exemplo inequívoco de vinculação mediata[492], dado que não existe entre aqueles sujeitos e os referidos entes federativos uma qualquer relação jurídica de base contratual. Com efeito, e recuperando a ideia da estrutura piramidal, relembramos que a relação contratual que os desportistas desenvolvem – seja na modalidade de contrato de trabalho desportivo, quer de contrato de prestação de serviços – tem como contraparte os clubes ou sociedade desportivas.

Neste sentido, a relação entre os atletas e as federações desportivas nacionais desenvolve-se em moldes particulares e distintos da que tem lugar junto com os clubes. Os praticantes vinculam-se à federação desportiva por via de licenciamento[493]. De facto, no que respeita ao desporto profissional, os praticantes desportivos apenas podem desenvolver a sua modalidade desportiva se estiverem licenciados para tal pela federação

[491] Na esteira do que já vem sido defendido por outros, também nós rejeitamos a ideia de que todos os agentes desportivos, inclusivamente, os que não detém a qualidade de associados das federações desportivas se encontram, por mera decisão destes últimos entes, submetidos e vinculados à normatividade emanada pelas mesmas. A vinculação dos mesmos depende da existência de um título legitimador, ainda que de cariz indireto. Sobre a matéria, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 267 e ss., M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...*, pp. 152 e ss.,

[492] Esta ligação dos atletas às federações desportivas configura um tópico controverso junto da doutrina, designadamente quanto a saber qual a ligação jurídica que se estabelece entre aqueles dois agentes desportivos. Sobre a questão e para uma contextualização, cfr. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 46.

[493] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 266.

desportiva responsável[494]. Não há, portanto, lugar a uma participação, numa competição, de atletas não inscritos e licenciados pela federação que regula a modalidade em causa[495].

A outorga desta licença desportiva – que entre nós tem sido qualificada como um verdadeiro direito subjetivo[496] – reveste, no entanto, uma natureza híbrida, o que origina algumas dificuldades.

Em primeiro lugar, a licença para a participação na competição consubstancia um ato "administrativo autorizativo"[497-498] que permite ao atleta licenciado participar na competição. No nosso ordenamento jurídico, quando as federações desportivas obtenham o EUPD configuram um caso de entidades privadas que exercem poderes públicos. Ora, a regulação do acesso à competição – no qual se inclui a outorga da licença para participação na competição desportiva[499] – é precisamente uma das facetas da atuação na veste de poderes públicos, não sendo de questionar a natureza de ato administrativo da licença atribuída aos atletas.

Em segundo lugar, é por via deste ato de licenciamento que os praticantes desportivos se vinculam[500], de forma individual, à federação nacional e, por conseguinte, aos estatutos e restante normatividade emanada por aquele ente associativo. Esta outra

[494] De acordo com o art. 9º do RJFD, o desenvolvimento da atividade profissional por parte do atleta depende da sua inscrição na federação desportiva competente, a qual não pode, nos termos da lei, recusar a inscrição dos agentes desportivos "desde que os mesmos preencham as condições regulamentares de filiação definidas nos termos dos seus estatutos". A matéria da inscrição ou filiação dos agentes desportivos é regulada em detalhe por cada uma das federações nacionais responsável pela condução da modalidade desportiva.

[495] G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, p. 109.

[496] P.GONÇALVES qualifica-a como um direito subjetivo público, cfr. *Entidades Privadas com...*, p. 861 e A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 275 avança somente com a qualificação de direito subjetivo.

[497] A expressão é de A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 275. No mesmo sentido encontramos P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 861, quando afirma que o ato do licenciamento – sendo praticado por uma federação com EUPD – configura um ato praticado no exercício de poderes públicos e, nessa medida, no âmbito de uma relação jurídica administrativa. Também nos estatutos de algumas federações esta natureza administrativa do ato de licenciamento é assumida de forma expressa, cfr. o art. 2.º do Regulamento de Filiação de Agentes Desportivos da FPA.

[498] Na jurisprudência a mesma posição é defendida pelo ac. do STJ de 03/07/2003, bem como pela decisão do TCA Sul de 26/01/2006 e pela decisão do STA de 07/06/2006.

[499] Cfr. P. GONÇALVES, designadamente quando afirma que "são ainda praticados no exercício de um poder público os actos que se integrem no desempenho da tarefa estadual de organização do desporto confiada às federações: esta hipótese verifica-se, por ex., com os actos de inscrição (ou de recusa de inscrição) dos praticantes desportivos", *Entidades Privadas com...*, p. 861.

[500] A atribuição de uma licença a um praticante desportivo por parte da federação desportiva "permite formalizar a submissão do atleta (...) à regulamentação da federação internacional", cfr. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 49.

vertente do ato de licenciamento aproxima-se, no entanto, da vinculação contratual assumida por um associado[501], dado que é por esta via que o atleta, enquanto agente desportivo, se submete à hierarquia da federação nacional[502-503].

VII – Além do mais, é necessário considerar que nestas hipóteses em que as federações desportivas nacionais tenham requerido e logrado suceder na atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva (EUPD), passam, deste modo, a dispor de poderes de regulação[504] que lhes são atribuídos por delegação legal. Tal vem operar uma complexificação do quadro anteriormente descrito.

Nesta situação, os atletas encontram-se submetidos a um conjunto de regras que, pese embora emitidas por uma pessoa coletiva de Direito Privado[505] (a forma jurídica assumida por excelência pelas federações desportivas[506]) são normas de Direito Público – desde que exista a atribuição do EUPD – e que, nessa medida, os colocam numa situação idêntica à que se verifica nas suas relações com a Administração Pública no exercício do poder regulamentar, disciplinar, entre outros.

VIII – Sucede, porém, que esta aceitação das regras emanadas pelas federações nacionais não se esgota em si mesma. A posição cimeira que a federação desportiva ocupa

---

[501] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 275, bem como M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...,* p.153.

[502] V. G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 115 e ss., afirmando, inclusivamente, o autor que a "licença desportiva configura o passaporte simbólico do poder desportivo federal". V., igualmente, F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 150 e ss.

[503]V., por exemplo, o que se dispõe no art. 2.º, n.º 3.º, 6) dos Estatutos da FPF: esta federação, no contexto da sua filiação na FIFA, compromete-se a "[a]ssegurar que os seus Sócios, através dos seus Estatutos, licença, registo ou qualquer outro documento escrito, reconhecem e aceitam todas as obrigações dos Estatutos e dos Regulamentos da FPF".

[504] Encontram-se aqui abrangidos os poderes de regulação, fiscalização e disciplina.

[505] A questão da natureza jurídica das federações desportivas que exercem poderes públicos não é, na atualidade, muito controversa, pois a generalidade da doutrina nacional entende maioritariamente que as mesmas mantêm a sua natureza de entidade privada, mas à qual foram delegados poderes públicos de autoridade. Cfr., entre outros, P. OTERO, *Legalidade e Administração...*, p. 780, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 862, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 247, J. M. MEIRIM, *A Federação Desportiva...*, p. 532 e M. NOGUEIRA DE BRITO, *O Novo Regime...*, p. 20.
Também a jurisprudência parece partilhar este entendimento, v., entre outros, os acs. do STA de 29/03/2011, de 27/11/2014, de 30/10/2013; os acs. do TCASul de 26/09/2019, de 09/05/2019, de 06/12/2018, de 06/12/2017.

[506] Nos termos dos arts. 157.º e ss. do CC conjugados com o art. 2.º do RJFD, as federações desportivas assumem juridicamente a natureza de associações que não têm por finalidade a prossecução do lucro dos seus associados. Para que possam obter a qualificação de federações desportivas, nos termos do RJFD, as pessoas coletivas em causa devem preencher os requisitos previstos no RJFD, exigindo-se que as federações desportivas cumpram "um conjunto de objetivos estatutários mínimos", cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 246.

na organização piramidal da hierarquia desportiva permite-lhe, com base na relação jurídica de associação que detém com as federações nacionais, irradiar as suas próprias normas para a própria esfera jurídica dos praticantes desportivos, mesmo atendendo ao facto de estes, em regra, não estabelecerem qualquer relação jurídica com a federação transnacional que regula a modalidade desportiva[507].

Esta intrusão das regras federativas transnacionais na esfera jurídica dos atletas acontece em virtude da permeabilidade dos estatutos e regulamentos das federações desportivas nacionais[508] às regras emanadas pelas federações transnacionais de que são associadas[509].

Significa isto que, em virtude da sua posição de associada da sua congénere transnacional – a qual ocupa o lugar cimeiro na estrutura organizativa triangular – a federação nacional obriga-se a respeitar e a cumprir as regras aprovadas por aquela outra entidade, refletindo-as na sua própria regulação da modalidade[510]. Desta feita, ao aderir aos regulamentos e estatutos da federação nacional, o atleta acaba, em bom rigor, por se vincular, ainda que de forma indireta, ao feixe de normas emanado pela federação transnacional[511].

Paralelamente, é ainda possível que o praticante desportivo se venha a vincular à federação desportiva transnacional nos casos em que pretenda ser licenciado pela mesma com vista a participar numa competição desportiva especificamente organizada por aquela mesma federação.

IX – Finalmente, e para além da teia vinculativa anteriormente apresentada, os praticantes desportivos encontram-se ainda numa posição de subordinação jurídica em relação ao seu empregador, o qual tem um poder de direção e de subordinação dos seus trabalhadores. Exemplo máximo desta faceta subordinada do trabalhador traduz-se, como

---

[507] M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...*, p. 152, esclarece, a este propósito, que os agentes desportivos, não sendo membros ou associados das federações transnacionais, apenas podem ser abrangidos pelas regulações das mesmas em virtude "de um efeito de um raciocínio em cascata".

[508] F. BUY *et al., Droit du…*, pp. 178-179.

[509] Escolhe-se, a este propósito, não se abordar se estão aqui em causa cláusulas de receção dinâmica ou cláusulas de receção estática, bem como as consequências que derivam de umas ou outras, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 269 e ss.

[510] Esta realidade pode ser ilustrada com recurso ao art. 2º, n.º 3, 3) dos estatutos da FPF, onde se dispõe que a FPF se compromete a "[r]espeitar os Estatutos, Regulamentos, Directivas e Decisões da FIFA e da UEFA, incluindo o Código de Ética da FIFA, os quais constituem parte integrante dos presentes Estatutos".

[511] M. BADDELEY, *L'association sportive…*, p. 15.

é inequívoco na doutrina e na jurisprudência, no poder disciplinar que assiste ao seu empregador[512].

Em suma, a regulação da atividade desportiva é composta por um conjunto complexo de feixes de poderes distintos[513-514], mas igualmente poderosos[515] (e onerosos), que vinculam o atleta e que têm influência direta nos seus direitos fundamentais[516], designadamente em virtude de o mesmo se encontrar na base – registando, assim, uma posição infraordenada[517] por relação aos restantes sujeitos intervenientes – da estrutura hierárquica desportiva.

5.2. A natureza monopolística das federações desportivas

I – A posição de supremacia que as federações desportivas – transnacionais e nacionais – assumem no plano da hierarquia desportiva, bem como a posição de sujeição dos praticantes desportivos, encontra-se, ainda, ancorada no facto de, enquanto entidades de cúpula, as mesmas deterem uma posição monopolística no domínio da organização e regulação da modalidade desportiva.

O caráter monopolístico do poder das federações desportivas não é um aspeto questionado ou sequer colocado em causa por parte da doutrina[518.] Pelo contrário, esta

[512] Sobre o problema da subordinação jurídica em específico nos contratos de trabalho desportivo, entre nós, v. J. LEAL AMADO, *Vinculação versus...*, pp. 31 e ss., *maxime* pp. 69 e ss. Cfr., ainda do mesmo autor, *Contrato de Trabalho Desportivo* pp. 14 e ss.

[513] Como destacam J. J. GOMES CANOTILHO E A. PESSANHA, a posição infraordenada do praticante desportivo regista-se quer no plano jurídico, quer no plano de facto, encontrando a sua justificação em três ideias fundamentais: (i) em primeiro lugar, o domínio desportivo em geral – e a hierarquia desportiva em particular – toma como sujeitos centrais entidades responsáveis pela organização desportiva, sendo os praticantes desportivos os sujeitos principais dessas relações jurídicas; (ii) em segundo lugar, é também um resultado da construção de forma específica de hierarquização com traços particulares; (iii) o facto de os praticantes desportivos se encontrarem, enquanto sujeitos, vinculados a conjunto variado de vinculações desportivas, tais como as resultantes das federações desportivas – que incluem não só, mas também aspetos do foro disciplinar e do próprio acesso à competição – e também as decorrentes dos contratos de trabalho desportivo que tenham celebrado, cfr. "Relações jurídicas jusfundamentais...", pp. 358 e ss.

[514] Cfr., neste sentido, J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du...*, p. 3, designadamente quando afirma que identificar as origens das diversas normas que integram o Direito do desporto é "descobrir um universo de subordinação, de poderes variados com base em regulamentos geralmente densos e equipados com órgãos responsáveis por interpretar o conteúdo das normas promulgadas ou por sancionar a sua violação".

[515] Havendo mesmo quem identifique a similaridade existente entre o poder e as competências das federações e o poder estadual, cfr., entre tantos outros, K. PIJETLOVIC, *EU Sports Law...*, p. 9.

[516] Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", pp. 26 e ss.

[517] J. J. GOMES CANOTILHO E A. PESSANHA, "Relações jurídicas jusfundamentais...", pp. 358-359.

[518] Já assim se aceitava em 1949, cfr. J. H. TOPKIS, "Monopoly in Professional...", p. 695.

característica monopolística do poder federativo é, aliás, um traço incontornável[519] do quadro normativo da regulação desportiva[520], pois, na prática, permite a construção de um quadro normativo consistentemente aplicável a todos os agentes desportivos que se submetam à esfera de ação de uma dada federação desportiva[521].

Neste contexto, as federações desportivas – transnacionais e nacionais – apresentam-se, quanto à modalidade desportiva que regulam, como o único corpo "governativo" com autoridade para regular aquela modalidade e, bem assim, estabelecer as regras que se operam no âmbito da pirâmide hierárquica[522]. A existência de um monopólio neste campo é um garante da existência de unidade na regulação da modalidade desportiva, pois a ausência de um modelo governativo bifurcado ou trifurcado garante a concentração do poder desportivo numa única entidade associativa transnacional e nacional[523].

A existência de um estrutural piramidal que conflui o poder organizativo de uma modalidade para uma única federação desportiva conduz à existência de um monopólio, o qual se traduz na existência de um princípio da unicidade ou, na formulação alemã, de um *Ein-Platz-Princip*[524]. Neste sentido, existe somente uma federação transnacional por cada modalidade desportiva, sendo o modelo replicado no plano nacional[525].

Esta unicidade federativa na regulação deriva, e também se mantém por via, da existência de dois mecanismos de interdição, sob pena de aplicação de sanções disciplinares: (i) uma de acesso à competição e (ii) a interdição de os atletas poderem

[519] Cfr. G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, p. 56.
[520] V. L. FREEBURN, *Regulating International…*, p. 28.
[521] A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 186.
[522] Cfr. L. FREEBURN, *Regulating International…*, pp. 28 e ss.
[523] G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, p. 57.
[524] No *Livro Branco sobre o Desporto* (cfr. https://eur-lex.europa.eu/) afirma-se de forma inequívoca que, pese embora seja "irrealista tentar definir um modelo único de organização do desporto na Europa", é incontornável que a especificidade do desporto europeu assenta, entre outros fatores, na "especificidade das estruturas desportivas, nomeadamente (...) a estrutura piramidal das competições - desde o desporto de base até ao desporto de alto nível", cfr. pp. 13-14. Sobre esta questão do modelo europeu de desporto, cfr. I. S. BLACKSHAW, *International Sports Law...*, pp. 6 e ss.
[525] Conforme escreve V. MOREIRA quanto às associações públicas, raciocínio que podemos transpor para este domínio, associações de natureza marcada pela unicidade são "exclusivistas, monopolistas", cfr. p. *Administração Autónoma e...*, p. 444.

participar em outras competições concorrentes que não as autorizadas pela respetiva federação nacional[526].

No primeiro grupo encontramos o poder que a federação desportiva tem de regular o acesso à prática da modalidade – incluindo os treinos em determinados recintos[527] e restantes atividades conexas com a prática desportiva – e a possibilidade de os agentes desportivos poderem participar em determinadas competições desportivas[528]. Neste contexto, enquanto entidade de cúpula, as federações desportivas dispõem de um poder relevantíssimo: abrir ou fechar a entrada dos agentes desportivos na modalidade[529], ou seja, regulam a sua admissão por via da existência de um mecanismo de licenciamento[530].

Em segundo lugar, encontra-se na esfera da federação desportiva transnacional o poder de reconhecimento da federação desportiva nacional responsável pela regulação da modalidade na esfera nacional. Fala-se, a este respeito, de um princípio da unicidade na representação[531]: cabe à federação transnacional reconhecer a sua congénere nacional, afastando o reconhecimento de quaisquer outros entes associativos que se proponham a regular a modalidade no plano nacional. Por conseguinte, aos agentes desportivos que pretendam praticar aquela modalidade específica apenas assiste a hipótese de seguir as regras impostas pela federação reconhecida e, em igual medida, participar somente nas competições organizadas por esta, sob pena de aplicação de sanções disciplinares[532].

[526] V. G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 58 e ss., F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 140 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 187

[527] Cfr., por exemplo, art. 102.º, n.º 7 dos estatutos da ISU, nos termos dos quais não se permite que o atleta que seja qualificado como inelegível possa sequer desempenhar atividades conexas com a modalidade, entre as quais treinar nas pistas reconhecidas pela federação.

[528] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 187

[529] A título ilustrativo, considere-se o art. 1.º, n.º 3, o art. 6.º, n.º 9 dos estatutos da ISU, o art. 2.9 dos estatutos da FEI e os arts. 11.º dos estatutos da FIFA.

[530] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 187.

[531] V. G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 58.

[532] Considerem-se aqui os estatutos da ISU, onde se prevê no seu art. 7.º, n. º1, al. b), que os membros da ISU "têm a obrigação de, em todos os assuntos nacionais e internacionais, apoiar os objetos, as atividades e a unidade da ISU, *não devendo participar em quaisquer atividades,* nacionais ou internacionais, contra a integridade, papel e interesses exclusivos da ISU" (destaque nosso). Daqui resulta uma proibição direta de os associados poderem competir ou participar em outras competições que não as organizadas pela ISU, na medida em que esta tem um papel de exclusividade na organização das mesmas. Esta proibição é acompanhada da respetiva sanção, a qual está consagrada no art. 102.º, n.º 7 dos estatutos da ISU. Nos termos desta norma, um sujeito desportivo torna-se inelegível para participar em atividades e competições da ISU, entre outros fundamentos, "se participar como atleta ou como árbitro numa competição internacional não sancionada pela ISU, em qualquer uma das disciplinas desportivas da ISU". Este exercício do poder coercivo é mais um dos mecanismos federativos ao serviço da manutenção do seu monopólio de regulação da prática desportiva numa determinada modalidade.

Todas as outras competições ficam fora dos limites perfeitamente devidos e reconhecidos, sendo qualificadas como competições não reconhecidas[533].

Estes dois mecanismos permitem, assim, a manutenção da soberania federativa[534], bem como a garantia da consistência[535] no funcionamento do sistema. Traduz-se, no entanto, numa realidade pouco democrática e sem margem para a existência de concorrência[536].

II – Este monopólio federativo é, em primeiro lugar, um monopólio de facto ou natural[537]. Conforme se afirmou no *Helsinki Report on Sport*, "a estrutura piramidal da organização desportiva atribui às federações em monopólio de facto"[538], sendo que esta situação de monopólio é mantida pelas próprias federações, no sentido em que apenas existe uma por modalidade desportiva. Não há, assim, uma outra entidade que possa prestar um serviço em todo ou em parte semelhante[539].

III – No entanto, no plano nacional português este monopólio assume igualmente a vertente de monopólio de direito[540]. De acordo com o art. 10.º do RJFD, o EUPD "confere a uma federação desportiva a competência para o exercício, em exclusivo, por modalidade ou conjunto de modalidades, de poderes regulamentares, disciplinares e

Outros exemplos podem ser encontrados no art. 2.4. dos estautos da FEI, bem como no art. GR 4.1. da FINA.

533 Cfr. G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 60 e ss. O referido autor designa estas competições não autorizadas como "selvagens" ou "independentes", pp. 63 e ss. Sobre a matéria v., ainda, K. PIJETLOVIC, *EU Sports Law...*, pp. 47 e ss.

534 G. SIMON, *Puissance Sportive et...*, pp. 59.

535 A ausência de monopólio poderia, em teoria, aumentar o risco de conflitos na organização da modalidade, cfr. S. WEATHERILL, "Is the Pyramid...", p. 295.

536 A constatação da natureza monopolística da posição da federação desportiva transnacional tem, no entanto, suscitado dúvidas e dificuldades quanto à sua compatibilidade com o Direito da Concorrência, pois no âmbito das suas competências, cabe à referida federação reconhecer e autorizar as competições desportivas que terão lugar. A existência de um poder de regulação do acesso à competição, bem como a possibilidade de impedir a existência de competições concorrentes, tão concentrado numa única entidade tem suscitado questões da sua compatibilidade com as regras da concorrência. V., a este propósito, K. PIJETLOVIC, *EU Sports Law...*, pp. 47 e ss., tal como S. WEATHERILL, "Is the Pyramid…", pp. 295.

537 Tal como já avançámos anteriormente, o monopólio natural ou de facto verifica-se quando uma só empresa é entidade que vende ou disponibiliza um determinado produto ou serviço no mercado, não existindo substitutos próximos da mesma, cfr. R. A. POSNER, *Natural Monopoly and...,* pp. 1 e ss.

538 Cfr. o Relatório da Comissão para o Conselho Europeu, de 10/12/1999, designado por The Helsinki Report on Sport. Sobre este relatório, cfr. S. WEATHERILL, "The Helsinki Report…", pp. 163 e ss. Entre nós, e a propósito do caso particular da FIFA, F. XAREPE SILVEIRO, "O 'Empréstimo' internacional...", p. 112.

539 V. M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...*, p. 138, M. BADDELEY, *L'association sportive...*, p. 15.

540 Neste sentido da sua qualificação como monopólio jurídico – embora designando-o como "monopólio legal" – A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 203.

outros de natureza pública, bem como a titularidade dos direitos e deveres especialmente previstos na lei." Por outro lado, sob a epígrafe "princípio da unicidade federativa", determina o art. 15.º do RJFD que o EUPD é atribuído "a uma só pessoa coletiva, por modalidade desportiva ou conjunto de modalidades afins".

Daqui decorre que o próprio ordenamento jurídico nacional reconhece que o EUPD apenas pode ser atribuído a uma única federação desportiva, não havendo aqui, e à semelhança do que sucede com o monopólio de facto resultante do princípio da unicidade, lugar à possibilidade de existência de um ente federativo concorrente.

Por conseguinte, não existe para os praticantes desportivos uma verdadeira alternativa no que concerne à vinculação – e respetiva aceitação dos termos em que se processa a regulação e ordenação da modalidade desportiva – à federação responsável pela modalidade desportiva que pratica. O que significa, portanto, que além da sua inserção hierárquica no patamar inferior da pirâmide organizativa da sua modalidade desportiva, o que se traduz na sua submissão aos diversos feixes de poder normativos, também não existe, para estes sujeitos, uma opção que lhes permita escolher a entidade a que se vinculam.

5.3. A desigualdade estrutural na hierarquia desportiva: o atleta como a parte tendencialmente mais débil

I – A existência de uma estruturação hierárquica que assume uma forma piramidal – na qual o atleta se encontra na base desta estruturação normativa desportiva – tem por efeito que se possa qualificar este último como a parte mais débil da relação jurídica que se desenvolve com o associativismo desportivo nacional e transnacional[541]

Esta situação de debilidade é ainda acentuada, como já tivemos oportunidade de demonstrar, pela consagração – fáctica e jurídica – de um princípio da unicidade das federações desportivas, o qual possibilita e sedimenta a existência de uma posição monopolística das mesmas. As consequências que daí resultam configuram uma derivação lógica do contexto aplicável.

[541] Esta posição de parte tendencialmente mais débil, no âmbito da relação jurídica que estabelece com os restantes elementos integrantes do associativismo desportivo, vem a projetar efeitos também no que concerne à celebração da convenção de arbitragem. Este ponto será objeto de análise em momento posterior.

Ao existir somente uma federação por cada modalidade desportiva, o praticante desportivo, ao pretender exercer de modo profissional a sua modalidade desportiva, encontra-se, em bom rigor, limitado na sua atuação: para desenvolver a sua atividade desportiva de modo profissional deve vincular-se à federação competente, por via do seu licenciamento, para a regulação da prática dessa mesma modalidade. Dessa vinculação resulta, necessariamente, a submissão às normas impostas quer pela federação desportiva nacional, quer pela federação desportiva transnacional nos moldes que analisámos anteriormente que regulam essa modalidade[542].

Consequentemente, e ao contrário do que sucede em outros domínios, os praticantes desportivos embora possam, em teoria, escolher de entre diversos empregadores[543] – controlando, nesse sentido e em alguma medida, as relações contratuais que desenvolvem –, não podem furtar-se à sua vinculação junto da federação desportiva competente. Não existe neste contexto uma possibilidade de alternatividade: o monopólio impede a sua vinculação a outra federação[544].

II – A relação jurídica que se desenvolve no domínio do desporto profissional é pautada por um inequívoco desequilíbrio das partes envolvidas na mesma[545]. A relação jurídica – e mesmo a material – que se estabelece entre o praticante desportivo, o clube e

[542] Como afirmam A. RIGOZZI E F. ROBERT-TISSOT, "os atletas não têm outra escolha que não seja concordar com o que quer que esteja previsto nos estatutos ou regulamentos das federações desportivas", cfr. " 'Consent' in Sports...", p. 60. Logo, caso optem por não aceitar as regras impostas pelas federações, a única hipótese que lhes assiste é praticar a modalidade fora do âmbito federado, cfr. JENS ADOPHSEN, *Internationale Dopingstrafen*, p. 44. D.-REINER MARTENS fala, a este propósito, numa "subordinação de facto", v. "Disputes in...", p. 430, tal como L. FREEBURN, *Regulating International...*, p. 87.

[543] No entanto, também aqui se verifica uma compressão da liberdade contratual do praticante desportivo. No exercício da sua liberdade de escolher a sua contraparte contratual, os praticantes desportivos devem ter em conta o seguinte: atendendo ao monopólio que a federação detém de licenciamento dos seus membros, apenas poderão – caso pretendam desenvolver a sua atividade de forma profissional e não serem objeto de sanções disciplinares – celebrar um contrato de trabalho desportivo com um clube que tenha sido ele próprio licenciado pela própria federação desportiva. Quaisquer outros clubes ou sociedades desportivas que não tenham logrado em obter esse licenciamento não configuram potenciais parceiros contratuais. Cfr. D.-REINER MARTENS "Disputes in…", pp. 432 e ss.

[544] A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 202.

[545] A conceção de que um atleta profissional – sobretudo um que seja particularmente bem-sucedido – possa ser qualificado como a parte mais frágil da relação jurídica não se apresenta como inequívoca junto da doutrina nacional e internacional. Em diversas situações o atleta que reúna aquelas características é tido como sendo uma parte forte da relação contratual, não havendo lugar à verificação de um desequilíbrio de poder negocial em seu desfavor. Cfr., entre outros, T. NIEDERMAIER, "The Athlete as…", pp. 145 e ss.

a federação nacional e internacional, regista um forte pendor de fragilidade pelo lado do praticante, na medida em que o mesmo se encontra sujeito a um conjunto complexo – e intenso – de feixes de poder[546]. O praticante desportivo, com vista a poder desenvolver a sua atividade e encontrando-se na posição de sujeito da normatividade emitida por aquelas entidades, vê-se na contingência de aceitar as normas emanadas pelas mesmas, não tendo a possibilidade de optar por aceitar ou não aquele corpo de regras[547].

De facto, pese embora se encontre inserido no âmbito de uma relação contratual (com o clube) ou de uma relação associativa, o atleta tem, em bom rigor uma posição particular ou *sui generis* no seio daquelas relações, a qual colide com uma ideia de paridade dos intervenientes.

É neste contexto que, no plano das relações jurídico-desportivas, e pese embora se possa afirmar[548] que a adesão do praticante desportivo ao movimento associativo no plano desportivo assume – em teoria – um carácter voluntário, revestindo uma natureza contratual, após este momento inicial a relação transforma-se e assume uma outra natureza, a qual está mais próxima da relação de subordinação que se desenvolve entre o Estado e os indivíduos[549].

III – Tendo concluído que a relação que se estabelece entre o praticante desportivo e os restantes agentes desportivos que se encontram, por referência àquele, numa posição de supraordenação é marcada pela existência de um desequilíbrio profundo, resta

[546] Cfr., entre outros, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", pp. 26 e ss. Como bem destaca A. FLAMÍNIO DA SILVA, o facto de os poderes estarem concentrados nas federações desportivas – quer as nacionais quer internacionais – "em associação com a posição monopolística que ocupam na regulação desportiva" não possibilita que qualifiquemos a posição dos intervenientes na relação como iguais, denotando, pelo contrário, "uma evidente posição estruturalmente desigual", v. *A Resolução de...*, p. 196. Também B. HESS, destaca o facto de a organização piramidal do movimento associativo desportivo, em conjunto com o princípio da unicidade, ter por efeito a possibilidade de as federações desportivas internacionais terem a possibilidade de impor as suas regras às entidades que se encontrem num patamar hierarquicamente inferior, o que nega a ideia de igualdade entre as partes, cfr. *The private-public...*, pp. 163 e ss. Sobre esta questão ver também, L. FREEBURN, *Regulating International...*, pp. 28 e ss.

[547] M. BADDELEY, *L'association sportive...*, pp. 102 e ss. Recupere-se aqui a ideia de organização piramidal do movimento desportivo, encontrando-se na base daquela os praticantes desportivos, cfr. G. SIMON *et al., Droit du...,* pp. 14 e ss.

[548] V. M. BADDELEY, *L'association sportive...*, pp. 103 e ss.

[549] Esta situação é de tal ordem, que J. C. VIEIRA DE ANDRADE considera que os praticantes desportivos, sobretudo os que estão no plano profissional, se encontram inseridos no âmbito de uma relação especial de poder, no seio da qual se verificam limitações às liberdades e direitos do praticante e que têm origem nas exigências próprias das instituições que com aqueles se relacionam, cfr. "Os Direitos Fundamentais...", pp. 31 e ss.

determinar se a mesma preenche os requisitos – tendenciais – que apresentámos anteriormente como sendo caracterizadores de uma relação de desigualdade estrutural. A não resposta não pode deixar de ser positiva.

Com efeito, e em primeiro lugar, em resultado da estruturação piramidal que caracteriza a ordenação do desporto profissional, é inequívoco que se verifica, neste campo, a existência de um poder – em bom rigor, estamos a referir-nos a um feixe complexo de poderes, nos quais se integram competências de regulação, ordenação, organização e inclusivamente disciplinares – das federações desportivas – nacionais e transnacionais – sobre os praticantes desportivos[550].

De facto, ao recair sobre a própria federação a possibilidade de controlar o seu substrato pessoal, o que se manifesta no licenciamento e reconhecimento dos seus associados e das competições em que estes podem participar[551], esta realidade traduz-se na entrega de um poder de geometria inquestionavelmente ampla a uma das partes da relação jurídica.

A configuração do ordenamento desportivo profissional consubstancia, no que às federações desportivas diz respeito, uma ilustração clara da existência de um poder normativo privado de uma das partes da relação jurídica[552-553]. Não se verifica aqui uma relação entre duas partes que – embora com algumas assimetrias – se encontram numa posição de horizontalidade e que têm uma possibilidade de negociar os termos da sua relação.

---

[550] Como afirma W. D. SLAWSON, "Standard Form Contracts...", p. 553, estamos, nesta hipótese concreta, perante um verdadeiro caso de *lawmaking power*".

[551] Entre outros aspetos.

[552] Cfr., sobre o sentido de poder normativo privado, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 695.
W. C. SFORZA falava, a propósito das relações associativas desportivas, na existência de um direito dos privados da comunidade desportiva, cuja aplicação era garantida através das sanções disciplinares aplicadas pela associação aos seus associados. Cfr. "La teoria degli...", p. 1394.

[553] Consideramos que a existência deste poder normativo por partes das entidades privadas apenas se verifica quando as mesmas não se encontrem investidas de "poderes normativos de natureza pública" ou, quando ainda assim tenham essa natureza pública, o poder se dirija a matérias que se encontram fora dessa área de atuação. Mesmo quando detenham um EUPD, as federações desportivas não abandonam ou são despojadas da sua génese privada, continuando a ser associações de Direito Privada, mas que quanto a um conjunto de matérias detêm prerrogativas de Direito Público. Neste sentido quanto à natureza privada do ente associativo, cfr., entre outros, P. OTERO, *Legalidade e Administração...*, p. 780, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, p. 862, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 247.

Pelo contrário, as federações estão situadas num patamar superior da cadeia hierárquica, não havendo lugar a um fluxo dinâmico de poder, mas tão-somente a um processo de submissão dos níveis inferiores às orientações e decisões das entidades que se encontram numa posição de *supraordenação*[554]. Entidades estas das quais, relembre-se e tal como já afirmámos, não são associados, pelo que nem lhes assiste, em último lugar, a possibilidade de participarem na vida da associação. Por conseguinte, os praticantes desportivos surgem numa posição de sujeição decorrente da sua vinculação através do ato de licenciamento, ficando submetidos ao poder regulamentar, de organização das competições, bem como ao poder disciplinar da federação nacional (e indiretamente da federação transnacional). O praticante desportivo é, portanto, o destinatário primacial da normatividade federativa, mas não dispõe de um poder que lhe permita, em igual medida, impor a sua posição ou qualquer decisão sua àqueles entes federativos[555].

Em segundo lugar, recupere-se a ideia de que a federação desportiva assume uma posição monopolística no mercado que respeita à organização de uma modalidade desportiva em concreto. A existência de um monopólio – quer na modalidade de facto (inequívoco no plano transnacional) ou de Direito (situação que se verifica, pelo menos, nos termos do RJFD, no ordenamento jurídico português) – permite-nos concluir pelo preenchimento do segundo requisito que identificámos: a ausência da possibilidade de negociação ou sequer de escolha dos termos a que se vinculam ou da sua contraparte[556].

No que respeito à possibilidade de negociar os termos – ou a extensão – da sua vinculação ao ente federativo, podemos afirmar que tal hipótese não encontra uma correspondência prática na realidade do desporto.

[554] Há autores que avançam para a qualificação desta relação como deficientemente democrática (cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 574), dado que as partes que se encontram nos níveis inferiores da pirâmide não têm, em regra, a possibilidade influir na vida da associação ou na tomada de decisões da mesma.

[555] Como afirma A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 196, no plano desportivo verifica-se a existência de "uma limitação da auto-determinação da esfera jurídica daqueles que dependem de uma autorização competitiva da federação desportiva (nacional ou transnacional): existe aí uma evidente limitação do acesso à competição desportiva". O mesmo é afirmar que os mesmos se encontram numa posição de sujeição, desde logo no acesso à prática da sua atividade profissional, não sendo possível identificar uma qualquer paridade entre os intervenientes na relação jurídica.

[556] Para uma análise mais detalhada da relação entre a ausência da possibilidade negociação e a inexistência da possibilidade de escolha remetemos para o ponto 4.3.2. da nossa dissertação.

A vinculação – e o seu conteúdo em concreto – encontram-se fora do plano negocial, surgindo como um bloco de regras perfeitamente composto e fechado, sobre o qual o praticante desportivo não tem a hipótese de influir. Neste sentido, ao praticante apenas assiste a hipótese de se vincular àqueles termos, por meio do ato de licenciamento, e, desse modo, ser autorizado a praticar o seu desporto ou, noutra vertente, recusar a vinculação e, consequentemente, ficar privado do exercício da sua atividade profissional[557].

Sucede também que não existe, para o atleta, a hipótese de procurar vincular-se a uma outra federação desportiva: o princípio da unicidade obsta a isso mesmo[558]. Imaginemos a hipótese em concreto de um praticante de natação. Neste caso, a federação responsável a nível transnacional pela modalidade é a FINA e, no plano português, a FPN. Logo, caso pretenda desenvolver a prática profissional desta modalidade desportiva, ou (i) aceita os termos e condições oferecidos por aqueles entes ou (ii) não existe outra federação que lhe conceda o acesso à modalidade.

Da existência de um monopólio de facto – e também de um monopólio de direito– decorre que o praticante desportivo, enquanto parte mais débil, se encontra numa posição que não lhe permite procurar melhores termos contratuais, na medida em que não existe sequer essa possibilidade[559-560].

O domínio das relações de vinculação dos atletas às federações desportivas é, em virtude da análise que realizámos previamente das características que marcam as relações de desigualdade estrutural[561], um exemplo da existência de relações marcadamente desiguais, pois os desequilíbrios que nesta sede se verificam, pese embora surjam a

[557] Cfr. A. RIGOZZI E F. ROBERT-TISSOT, " 'Consent' in Sports…", p. 60.
[558] Assim afirma A. ROMBACH, "The "Pechstein-judgment"...", p. 109, quando escreve que "[n]a prática, os atletas simplesmente não dispõem de um poder negocial que lhes permita fazer uma escolha verdadeira em termos de um mecanismo de resolução de litígios apropriado, e geralmente tem que se submeter aos requisitos da federação, gostem ou não".
[559] F. KESSLER, "Contracts of Adhesion…", p. 1179. Entre nós, focando-se na posição do aderente face a cláusulas contratuais previamente determinadas, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, p. 748, destaca, precisamente, a amputação que sofre a liberdade contratual da parte mais fraca, a qual fica numa situação marcada por uma única decisão: aceitar ou rejeitar as mesmas.
[560] A. RIGOZZI e F. ROBERT-TISSOT, "'Consent' in Sports…", p. 59, qualificam, a este respeito, a posição do praticante desportivo como sendo um caso de escolha de Hobson, segundo a qual enfrentar uma situação de escolha de Hobson é não ter escolha alguma e, nesse sentido, ter de se limitar a aceitar os termos da federação desportiva caso queira praticar a sua modalidade.
[561] Cfr. §4 da nossa dissertação.

montante[562] da própria relação jurídica, acabam por afetar a mesma. Não estamos aqui perante um caso de mera assimetria das posições negociais dos contraentes: o que aqui se regista é (i) a centralização dos poderes relativos à organização e regulação de uma modalidade desportiva na respetiva federação[563] e (ii) a consagração de um monopólio de facto e de Direito desse mesmo ente, o que se traduz, no reverso da medalha, na posição de submissão do atleta a essa esfera de poder sob pena de não poder aceder à prática da modalidade. O licenciamento junto da federação desportiva, e a concomitante aceitação e submissão à normatividade desta, configura uma verdadeira condição *sine qua non* para o exercício da profissão destes agentes desportivos.

Esta situação de fragilidade tem sido também reconhecida na jurisprudência, sendo exemplo inequívoco disso o acórdão Cañas *vs.* ATP do TFS. Nesta decisão, em sede de anulação de uma decisão do TAS, e a propósito da discussão sobre a voluntariedade na celebração de uma convenção de arbitragem por parte dos praticantes desportivos, o TFS reconheceu de forma expressa que, em regra, "os atletas não têm muito poder sobre a federação e devem aderir aos seus requisitos, quer gostem ou não"[564].

O TFS afirmou na sua decisão, de modo inequívoco, que "o desporto profissional se caracteriza por ter uma estrutura extremamente hierarquizada, que no nível internacional, quer no nível nacional. Estabelecidas num eixo vertical, as relações que se estabelecem entre os atletas e as organizações que se ocupam de regular as diversas modalidades desportivas são distintas das relações horizontais que se estabelecem pelas partes inseridas numa relação contratual", concluindo que esta diferença estrutural tem por efeito afetar o processo volitivo na formação da vontade, uma vez que as partes não se encontram em posição de igualdade, existindo, pelo contrário, uma posição de hierarquia[565].

Também neste sentido caminhou a decisão do *Landgericht Munique I*[566]*,* onde se identificou que entre os atletas e a federação desportiva se regista uma desigualdade estrutural que resulta, de forma direta, da posição de monopólio que as federações

[562] Cfr. G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 78.
[563] Como afirma A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 265.
[564] Ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[565] Ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[566] O ac. do Landgericht, de 26/02/2014.

desportivas desempenham no plano desportivo[567]. O que na prática configura a seguinte equação para o atleta: aceitar e praticar ou rejeitar e não praticar a sua modalidade desportiva de forma competitiva. Nesta medida, podemos, em virtude dos traços particulares assumidos pela ordenação hierárquica do desporto profissional, concluir que a relação que se desenvolve entre os praticantes desportivos e as federações desportivas – transacionais e nacionais – configura uma relação de desigualdade estrutural entre as partes[568].

[567] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, "As posições contratuais de desigualdade...", p. 176.
[568] Neste sentido, Ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.

CAPÍTULO III

§ 6.º A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM EM CASOS DE DESIGUALDADE

6.1. A celebração de convenções de arbitragem – delimitação

As convenções de arbitragem, tal como referimos no primeiro capítulo deste trabalho, podem assumir uma de duas modalidades: compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Esta distinção, fundada na atualidade do litígio[569], pese embora tenha alguns reflexos a nível do conteúdo legalmente imperativo da convenção de arbitragem[570], nada acrescenta quanto ao modelo de celebração desta última. Assim, e à semelhança do que sucede com outros contratos, o modelo negocial que serve de base à celebração de uma convenção daquele género pode variar, assumindo uma configuração mais ou menos personalizada, com maior ou menor detalhe.

Por um lado, a convenção arbitral pode ser celebrada no decorrer do clássico processo (ou modelo) negocial típico do domínio do Direito Privado[571]. Nesta hipótese em concreto, a convenção de arbitragem – enquanto contrato – resulta do encontro de vontades de partes (em princípio) iguais que, no exercício da sua liberdade contratual, se juntam na decisão comum de celebrar aquela convenção. Há, assim, lugar a uma proposta, a uma eventual contraproposta e uma respetiva aceitação (assumindo as diversas variações que o *iter negotii* pode comportar), levando à celebração da convenção de arbitragem entre as partes[572]. Há, portanto, um pleno domínio do princípio da liberdade

[569] Cfr. ponto 2.2 do primeiro capítulo.
[570] V. art. 2.º, n.º 6 da LAV.
[571] O qual assenta num "paradigma de negociação efectiva e individual de todo o contrato", v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 125.
[572] Este é o cenário mais frequente no domínio do comércio internacional, sendo a celebração de cláusulas arbitrais operada através da inclusão das mesmas no texto do contrato celebrado ou celebrar, motivo pelo qual revestem, nestas hipóteses, a modalidade de cláusulas compromissórias, v., a este propósito, K. PETER BERGER, "The Arbitrator Dr....", p. 38, nomeadamente quando o autor afirma que são poucas as cláusulas da meia-noite em sentido estrito, ou seja, aquelas que são inseridas nos contratos e celebradas sem qualquer ponderação ou análise da sua adequação ao caso concreto. Uma vez integrando aquele texto, as cláusulas são objeto de negociação como qualquer outro elemento do contrato, pese embora exista quem continue a afirmar que as cláusulas relativas à resolução de

contratual das partes[573], comportando, em regra, o exercício da tríade de liberdades: a de escolha da contraparte, a de celebração do contrato e a de estipulação do seu conteúdo.

No entanto, se atendermos ao plano meramente nacional e alguns campos específicos do domínio transnacional especialmente caracterizados pelo fenómeno da contratação de massa, este modelo de negociação individual não é, na atualidade, o mais comum ou, pelo menos, o que mais se verifica na prática no que à celebração de convenções arbitrais concerne[574].

Consideremos a este respeito, e num registo meramente exemplificativo, somente o domínio das relações de consumo. Neste contexto, as cláusulas de resolução de litígios – quase na sua exclusividade cláusulas compromissórias – surgem incluídas em vastos clausulados que as partes, caso pretendam adquirir o bem ou o serviço, não podem rejeitar. Pense-se, assim, nas cláusulas de resolução de litígios que surgem nas licenças de utilização de software. Esta realidade é designada pela doutrina norte-americana essencialmente através de dois termos: (i) por *shrink-wrap* – quando as entidades fornecedoras dos bens ou serviços entendem que a aceitação do clausulado se deu com o simples ato de o consumidor "rasgar" o papel de celofane [o *shrink-wrap*] que envolve a caixa do software[575] e por (ii) *click wrap* – nos casos em que a aceitação das cláusulas se

conflitos consubstanciam a parte menos pensada e cuidada do contrato. São, neste contexto, comummente designadas por *midnight clauses*, cfr.. K. PETER BERGER, "The Arbitrator Dr….", p. 38, N.BLACKABY/ CONSTANTINE PARTASIDES/ A. REDFERN/ M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, pp. 72-73, P. A. GÉLINAS, "Arbitration Clauses: Achieving…", p. 50 e G.J. HORVATH, S. WILSKE, *et al*., *Guerrilla Tactics in…*, pp. 34-35. No panorama da doutrina nacional, v. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 149 e A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 135.

[573] Cfr. T. E. CARBONNEAU, "The Exercise of…", p. 1195.

[574] R. VENTURA afirmava, em 1986, que a experiência demonstrava que entre as condições gerais dos contratos surgiam, muitas vezes, convenções de arbitragem, cfr. "Convenção de Arbitragem...Gerais", p. 6. V., também, P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman…*, pp. 272.

[575] Tomando inspiração no texto de C. L. PITET, "The Problem with...", pp. 325 e ss., a situação pode, em termos fácticos, ser descrita do seguinte modo: um consumidor dirige-se a uma loja que vende, entre diversos outros produtos, software informático, tendo o objetivo de comprar um antivírus que possa utilizar nos seus dois computadores pessoais. Após uma breve análise dos produtos disponibilizados, escolhe um determinado programa, procede à sua compra e dirige-se a casa, de molde a instalar o mesmo no seu computador. Chegado a casa, descarta o invólucro de plástico que protege a embalagem e inicia o processo de instalação, seleccionando a hipótese "I Agree" em todas as caixas de diálogo que surgem durante a instalação, mas sem dedicar, efectivamente, tempo a analisar as informações que ali eram apresentadas. Somente quando já tem o programa instalado e decide arrumar a embalagem é que se apercebe que, dentro desta última, existe um documento designado de "User Guide/Termos de Utilização", o qual deveria ser lido previamente à instalação e, de acordo com

funda no simples ato de "clicar" num botão[576])[577]. Em ambas as hipóteses estamos perante contratos que se celebram sem que exista lugar a qualquer momento de negociação entre as partes, sendo ainda questionável se há, efetivamente e em bom rigor, consciência, por parte do consumidor, de que está a ser celebrado um contrato[578].

O mesmo sucede em outras situações em que as convenções de arbitragem são configuradas sob a forma de cláusulas contratuais gerais, ainda que não sejam pautadas ou caracterizadas por contornos tão extremos como os acima apresentados a propósito dos casos de cláusulas *shrink-wrap*[579]. Com efeito, o domínio da celebração de convenções arbitrais não se encontra vedado à utilização de contrato de adesão ou de cláusulas contratuais gerais, sendo até bastante comum a utilização simultânea destes instrumentos. No entanto, o facto de ser uma realidade comum não impede que continuem a verificar-se problemas, sobretudo no que concerne à validade destas cláusulas, quer pela

o qual, a remoção do papel de celofane e a utilização do software consubstanciam a aceitação dos termos contratuais ali apresentados. V., igualmente, B. GOODMAN, "Honey, I Shrink…", p. 319.

[576] Muitas vezes sobre a forma gráfica de "I Agree", "I Accept" ou "Ok". Esta é, na actualidade, a forma mais comum, dado que aquisição de software e outros serviços semelhantes acontece por via puramente digital. Cfr. B. GOODMAN, "Honey, I Shrink…", pp. 319, nota 1, bem como p. Z. M. HARRISON, "Just Click Here…", p. 908.

Deve destacar-se que, a par do *click-wrap*, existem, nos dias de hoje, diversas variantes do mesmo fenómeno, tais como *browsewraps* e outros "híbridos", que combinam traços de várias realidades, v. M. L. RUSTAD E M. VITTORIA ONUFRIO, "Reconceptualizing Consumer Terms...", pp. 1087 e ss.

[577] Sobre este problema, e numa perspetiva meramente ilustrativa dado a vasta bibliografia na matéria, cfr. S. C. BENNETT, "Click-wrap Arbitration…", pp. 397-409 e do mesm autor "Is Binding Arbitration…", pp. 121-135, C. A. ROGERS, "The Arrival of…", pp. 349 e ss. e 368 e ss., L. E. TRAKMAN, "The Boundaries of…", pp. 159-197, M. L. RUSTAD E M. VITTORIA ONUFRIO, "Reconceptualizing Consumer Terms…", pp. 1085-1190, C. B. PRESTON E E. W. MCCANN, "Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps…", pp. 1-35, J. P. TOMASZEWSKI, "The Enforceability of…", pp. 1-21.

[578] V. Z. M. HARRISON, "Just Click Here…", pp. 919 e ss.

[579] Focando-se exclusivamente no campo do comércio eletrónico M. E. SCHNEIDER E C. B. KUNER, "Dispute Resolution in...", pp. 7. e ss., apresentam três grandes grupos, no domínio do comércio eletrónico, no âmbito dos quais os contratos incluem convenções de arbitragem: (i) o primeiro grupo engloba os contratos relativos às infraestruturas de telecomunicações para o comércio eletrónico, designadamente os contratos entre empresas que operam essa infraestrutura e aquelas que desejam usá-la para oferecer serviços diferentes ou concorrentes a terceiros; (ii) no segundo grupo encontram-se os contratos celebrados entre o utilizadores da Information Highway e as empresas que garantem o acesso à mesma; (iii) a terceira e última categoria que referem engloba os contratos que são celebrados entre os diversos profissionais no domínio do comércio eletrónico entre si ou aqueles que têm lugar entre os consumidores e os profissionais naquele âmbito.

sua onerosidade para com a parte mais fraca ou débil da relação contratual[580], quer por questões relativas ao consentimento das partes[581].

As convenções de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, podem ainda encontrar-se inseridas nos estatutos de uma pessoa coletiva – por exemplo, uma associação[582] ou uma sociedade comercial[583] – vinculando, em princípio, os seus membros. Esta realidade, pese embora comum, não recolhe posições unânimes junto da doutrina[584], suscitando diversas dúvidas e problemas práticos. De entre as diversas perguntas que surgem a propósito da inserção de convenções de arbitragem nos estatutos de uma pessoa coletiva, o âmbito da vinculação subjetiva destas cláusulas é um dos aspetos mais controvertidos, designadamente saber se a vinculação se opera quanto a todos os sócios (mesmo os que votaram vencidos ou que nem participaram na votação). Esta questão compreende, em bom rigor, dois problemas distintos.

Em primeiro lugar, e começando pela questão menos controversa, a determinação dos sócios vinculados à convenção de arbitragem. O substrato pessoal da pessoa coletiva pode sofrer modificações ao longo da vida daquela primeira, designadamente havendo lugar à entrada de novos sócios na sociedade. Ora, não tendo estes participado na votação que deu lugar à inclusão da cláusula arbitral nos estatutos da sociedade – quer a mesma seja originária ou superveniente – poderia suscitar-se a dúvida sobre se os mesmos ficariam ou não adstritos à convenção de arbitragem[585]. A posição que tem vingado junto da nossa doutrina sustenta que com a aquisição da participação social, o sócio passa a

[580] V. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 996.
[581] Cfr., no ordenamento jurídico nacional, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 128 e ss., A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 149 e ss.
[582] Como sucede nos estatutos das federações desportivas, os quais, na maior das vezes, incluem uma cláusula compromissória que vincula quer a própria pessoa coletiva, quer as pessoas singulares que estejam em litígio com a mesma, por exemplo os atletas ou os clubes. Estas convenções de arbitragem insertas em estatutos têm suscitado diversas questões, sobretudo junto da doutrina, na medida em que se questiona a legitimidade (e a legalidade) da vinculação das partes às mesmas, cfr. G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 119.
[583] V. A. SAMPAIO CARAMELO, "Arbitragem de litígios...", pp. 12-13, bem como R. PEREIRA DIAS "Alguns problemas práticos...", pp. 291-304, do mesmo autor "Cláusulas compromissórias estatutárias...", p. 74-94, A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Brevíssima introdução à...", p. 474-476 e P. A. BATISTA MARTINS, "Cláusula Arbitral Estatutária...", pp. 211-222.
[584] Ainda assim, P. A. BATISTA MARTINS, a propósito da introdução de deste tipo de convenções nos estatutos de uma sociedade comercial, afirma não compreender a razão "de tanto temer para a inclusão de cláusula compromissória nos estatutos ou contratos sociais", cfr. "A Cláusula Compromissória...", p. 32.
[585] R. PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos...", p. 293.

estar vinculado pela cláusula, independentemente de não ter participado na deliberação que antecedeu a inclusão da mesma[586]. A mesma conclusão não seria possível caso a convenção arbitral não estivesse incluída nos estatutos. Efetivamente, nas situações em que a cláusula compromissória se encontre incluída num acordo parassocial, a mesma só obriga os subscritores desse acordo – presentes ou futuros – e quanto às matérias no mesmo reguladas."[587].

Em segundo lugar, coloca-se a questão de saber o que sucede quando a introdução da cláusula é superveniente à aprovação dos estatutos e um ou mais sócios votam em sentido oposto à sua introdução. Também aqui é possível identificar dois pontos particularmente sensíveis que suscitam dúvida junto da doutrina[588]. Por um lado, determinar qual o quórum necessário para a introdução de uma cláusula desta natureza nos estatutos de uma pessoa coletiva, designadamente quando a mesma seja uma sociedade comercial[589]. Por outro, e para aqueles que consideram ser possível aprovar a introdução de uma convenção de arbitragem sem unanimidade, importa saber qual a posição dos sócios que votaram vencidos, nomeadamente no sentido de saber se os mesmos se encontram vinculados à convenção de arbitragem ou, se pelo contrário, se encontram fora do âmbito substantivo da mesma[590].

---

[586] Em bom rigor, não sendo um sócio originário, o sujeito que adquire a participação social para integrar a pessoa coletiva não participou em nenhuma das deliberações que se desenvolveram antes da sua entrada.
Defendendo esta posição, cfr. P. MAIA, "Arbitragem Societária: presente...", p. 60.

[587] V. A. SAMPAIO CARAMELO, "Arbitragem de litígios...", p. 13, bem como P. MAIA, "Arbitragem Societária: presente...", p. 44.

[588] Pese embora não integrem o objeto da nossa dissertação, uma vez que nos focamos no problema particular da arbitragem desportiva, não queríamos deixar de dar nota dos dois principais problemas que se identificam a este respeito.

[589] Existe quem defenda que bastaria uma maioria simples, v. P. A. BATISTA MARTINS, "A Cláusula Compromissória...", p. 32. Outros autores consideram ser necessária a concordância de todos os sócios para que se possa proceder a essa alteração superveniente, cfr. P. MAIA, "Arbitragem Societária: presente...", p. 60. É esta também a posição de R. PEREIRA DIAS, designadamente quando afirma que "à partida e na ausência de uma construção adequada, não vejo como validamente vincular o sócio à cláusula compromissória estatutária geral no que toca à tutela jurisdicional dos seus direitos especiais, se este sócio tiver votado desfavoravelmente a sua introdução nos estatutos.", cfr. "Alguns problemas práticos...", p. 300

[590] A. SAMPAIO CARAMELO, "Arbitragem de litígios...", p. 13 considera que uma cláusula compromissória inserida nos estatutos de uma sociedade – e que seja formulada nos termos corretos, ou seja, incluindo todos os litígios que se suscitem entre os sócios e que resultem das relações regidas pelos estatutos – abrange todos os sócios da mesma, incluindo os que tenham votado contra a sua inclusão. Sobre esta questão, v. R. PEREIRA DIAS, "Cláusulas compromissórias estatutárias...", pp. 74-94, bem como A. SCARPA, "Consent in Corporate...", pp. 197 e ss.

De entre as diversas formas de celebração das convenções de arbitragem existem dois casos particulares que reclamam uma maior atenção da nossa parte, especialmente pelo facto de serem aquelas que apresentam maior possibilidade de assumirem um potencial lesivo para a parte mais débil da relação contratual: (i) as convenções de arbitragem que surgem sob a forma de uma cláusula contratual geral ou contrato de adesão e (ii) as cláusulas compromissórias estatutárias.

Neste sentido, iremos neste momento, analisar com maior detalhe as convenções de arbitragem que surjam sob a forma de cláusula contratual geral. Um exemplo de cláusulas compromissórias estatutárias será analisado a propósito da relação jurídica desportiva.

6.2. Convenções de arbitragem enquanto contrato de adesão ou como cláusulas contratuais gerais

A convenção de arbitragem pode, tal como já referimos, surgir na forma de uma cláusula contratual geral ou de um contrato de adesão. Existem, a nosso ver, neste contexto de celebração de convenções arbitrais alguns pontos particularmente sensíveis e que se prendem com um potencial perigo do aderente[591] se encontrar numa das seguintes situações[592]: (i) não se aperceber da existência de uma convenção de arbitragem naquele clausulado[593], (ii) pese embora tenha conhecimento da inserção da mesma no contrato, não compreende o seu real alcance e consequências jurídicas[594]. Por conseguinte, o cerne essencial do problema passa pela determinação do meio mais adequado para acautelar a posição da parte aderente, aquando da celebração de uma convenção de arbitragem, nos casos em que não tem liberdade de estipulação e apenas se limita a aderir a um clausulado contratual.

[591] A parte tendencialmente mais débil da relação jurídica.
[592] Sendo que aquelas não se apresentam como excludentes, podendo o mesmo sujeito estar submetido a vários daqueles "perigos" em simultâneo.
[593] Esta situação é agravada, em muitos casos, pelo facto de não existir uma concentração espácio-temporal das declarações contratuais, mas, pelo contrário, "a sua frequente dispersão no espaço e no tempo, com a agravante de, por vezes, a autoria não pertencer a nenhum dos contraentes", v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 125.
[594] Cfr. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 996.

6.3. Configurações possíveis e regime jurídico aplicável

No que respeita à celebração de convenções de arbitragem com recurso a cláusulas contratuais gerais deve-se, em primeiro lugar, destacar que a regulamentação da questão é conseguida através da aplicação das regras constantes do DL CCG[595-596] em conjunto com as soluções constantes da LAV. Assim, todo o processo de inclusão da referida cláusula, bem como a conformidade da mesma com as normas imperativas sobre a matéria aferem-se de acordo com os diplomas referidos. Esta opção do legislador nacional pode ser objeto de crítica. De facto, em virtude dos efeitos que a convenção de arbitragem produz ou é suscetível de produzir na esfera jurídica dos seus contraentes, a sua celebração por adesão a cláusulas contratuais gerais deve, face à compressão que a liberdade contratual do aderente sofre neste contexto e à tendencial assimetria informativa e de experiência que existe entre o mesmo e o proponente da cláusula, ser submetida a

[595] Importa esclarecer que não se ignora a existência de dois artigos em concreto do DL CCG que requerem uma abordagem um pouco mais concretizada. Referimo-nos aqui aos arts. 19.º, al. g) e 21.º, al. h).

[596] Cfr. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 997, designadamente quando destaca que a LAV não estabelece nenhum requisito especial para "acautelar o consentimento do aderente relativamente a uma convenção de arbitragem incluída em contrato de adesão", bem como R.VENTURA, "Convenção de Arbitragem...Gerais", p. 36 e J. MORAIS CARVALHO E M. FRANÇA GOUVEIA, "Arbitragens complexas: Questões...", p. 142, nota 76.
No plano da jurisprudência e com a mesma orientação encontramos o ac. do STJ, de 09/07/2015, quando afirma, a propósito de uma convenção de arbitragem que consubstanciava uma cláusula contratual geral, que "[a]s cláusulas inseridas em contratos individualizados, incluída a cláusula compromissória, estão sujeitas ao regime das cláusulas contratuais gerais que consta do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar". No mesmo sentido, e embora sem o afirmar em termos semelhantes aos que se verificaram no ac. acima mencionado, encontramos os seguintes acs. do STJ que procedem à aplicação das regras gerais constantes do DL CCG às cláusulas compromissórias que consubstanciem uma cláusula contratual geral: decisão de 21/06/2016, decisão de 28/05/2015, entre outras.

uma maior cautela, desde logo em função do potencial uso abusivo que pode ser feito das mesmas[597-598].

A celebração de uma convenção de arbitragem por adesão a uma cláusula contratual geral não dispensa que o requisito de forma exigido para o negócio jurídico em questão seja cumprido. O mesmo é afirmar que, ainda que configure uma cláusula daquela natureza, a convenção de arbitragem continuará a ter de assumir forma escrita, tal como previsto no art. 2.º, n.º 1 da LAV, ainda que o *contrato principal* ao qual a convenção se refere seja meramente oral[599]. Por outro lado, daquela exigência legal resulta ainda que a aceitação daquelas cláusulas contratuais gerais deve revestir a forma legal exigida na LAV e, portanto, ser feita por escrito. Esta não é uma mera formalidade *ad probationem*, mas *ad substantiam*, pelo que o desrespeito da mesma tem por efeito a nulidade da convenção de arbitragem.

A cláusula compromissória celebrada por via de adesão pode surgir de dois modos diferentes. Numa primeira hipótese, pode constar do próprio documento em que se encontra o *contrato principal*, sendo meramente uma cláusula do mesmo. Quando assim

[597] Tal como sucede, aliás, em outros ordenamentos jurídicos, no âmbito dos quais se exigem maiores requisitos para a eficácia das referidas cláusulas. É o que se verifica, a título de exemplo, com a lei de arbitragem brasileira, a qual estabelece no seu art. 4.º §2 "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula". Exige-se, neste contexto, uma aceitação específica pelo aderente daquela cláusula em particular, cfr., a título exemplificativo, D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 997, P. NALIN E FELIPE HASSON, "Existência e validade...", pp. 11-37, F. SCALETSCKY, "Arbitragem e "Parte Fraca...", pp. 68-99, C. E. DE VASCONCELOS, "Cláusula Compromissória, Contratos...", pp. 7-31.

[598] Conforme se destaca no preâmbulo do DL CCG, "[a]s cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. (...) A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes".

[599] Remete-se, neste ponto, para o que já dissemos em momento anterior no Capítulo I. Adiante-se, no entanto, que o problema que RAÚL VENTURA identificava em 1986, ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, e que respeitava a saber se uma convenção de arbitragem, ao ter que ser reduzida a escrito, podia ser celebrada por troca de cartas e, portanto, consubstanciando "dois escritos", já se encontra resolvido. A redação do art. 2.º, n.º 3 da LAV já acautela essa situação, considerando que se encontra preenchido aquele requisito nos casos em que a convenção: (i) conste de documento escrito assinado pelas partes, (ii) troca de cartas, (iii) telegramas, telefaxes ou (iv) outros meios de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação. Cfr. R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem...Gerais", pp. 27 e ss.

seja, dificilmente se levantariam dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos de forma por parte da convenção arbitral conquanto os mesmos houvessem sido respeitados pelo contrato em que a cláusula se encontra inserida. É possível, no entanto, que se verifique uma outra hipótese, regra geral designada incorporação por remissão e que se encontra prevista no art. 2.º, n.º 4 da LAV[600]. Aqui a convenção arbitral não se encontra "fisicamente" inserida no mesmo documento em que se encontra o contrato celebrado pelas partes, pelo que o que se verifica na prática é uma remissão, por via de previsão contratual, para outro documento ou conjunto de documentos nos quais existe uma convenção de arbitragem. Esta remissão pode, de acordo com a LAV, ser feita de um modo genérico, englobando todo o contrato ou somente para a convenção de arbitragem[601]. Quando as partes optem pela remissão genérica, todo este corpo documental se tem por inserido no contrato celebrado pelas partes por via da remissão operada por estas[602].

Sucede, porém, que a LAV consagra dois requisitos cumulativos de molde a considerar que a convenção arbitral foi celebrada por remissão. Em primeiro lugar, é necessário que o contrato para o qual se remete tenha forma escrita, dando cumprimento à forma exigida para a convenção de arbitragem. Em segundo lugar, importa que os termos da remissão sejam feitos de modo a cláusula arbitral passe a ser parte integrante do mesmo, não existindo, desse modo, dúvidas quanto ao âmbito da mesma ou quanto às pessoas que se encontram vinculadas por aquela. Assim, em termos práticos, é necessário que exista uma remissão para um contrato ou somente para a convenção arbitral de modo inequívoco e claro, devendo ainda respeitar a forma escrita[603]. É, todavia, necessário clarificar que, para efeitos da nossa dissertação, apenas nos referimos à celebração de convenções de arbitragem por remissão nos casos em que essa questão se coloca em simultâneo com a celebração de convenções de arbitragem através de cláusulas

[600] Aqui se dispõe que "vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória", desde que verificados alguns requisitos cumulativos.
[601] V. J. MORAIS CARVALHO E M. FRANÇA GOUVEIA, "Arbitragens complexas: Questões...", p. 137.
[602] A remissão pode ser operada para "um contrato-tipo elaborado por determinada associação empresarial, para um contrato anteriormente celebrado entre as mesmas partes ou para um contrato celebrado por uma das partes com um terceiro", v. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 999.
[603] A solução da lei portuguesa colhe, desta feita, forte inspiração no art. 7.º, n.º 6 da Lei-Modelo, tal como denuncia D. MOURA VICENTE, "Artigo 1.º", p. 35. Cfr., também, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 107.

contratuais gerais[604]. Todas as outras situações, designadamente no que respeita às dificuldades interpretativas do consentimento das partes para a inclusão daquelas cláusulas já transcendem o escopo do nosso estudo, pese embora não se ignore a complexidade que esta matéria importa.

6.4. Validade da convenção de arbitragem inserida numa cláusula contratual geral e princípio *kompetenz-kompetenz – breve referência*

I – Uma outra questão que se encontra em estreita relação com o problema que temos vindo a analisar – a celebração de convenções de arbitragem com a natureza de cláusulas contratuais gerais – respeita à análise da validade da convenção de arbitragem quando a mesma seja uma cláusula contratual geral[605].

De facto, e tal como já analisámos, existem situações em que uma determinada cláusula contratual geral é sancionada como o vício da nulidade – é o que sucede, por exemplo, com as cláusulas absolutamente proibidas – e outros casos em que as mesmas se consideram excluídas dos contratos em que se encontravam inseridas, como sucede nos casos tipificados no art. 8.º do DL CCG. Neste contexto, pode suceder que as dúvidas sobre a nulidade ou sobre a exclusão da cláusula do texto do contrato tenham por objecto a própria convenção de arbitragem, na medida em que esta seja uma cláusula contratual geral. Nos casos em que assim suceda suscita-se a questão de determinar qual a jurisdição competente para analisar a existência ou validade da referida cláusula.

A apreciação da existência, validade ou inclusão de uma cláusula contratual geral não suscita, em regra[606], dificuldades de maior quanto ao tribunal competente: ou são competentes os tribunais comuns ou, em alguns casos, podem existir pactos de aforamento, convenções de arbitragem, bem como o recurso a Julgados de Paz. Todavia, nas hipóteses em que esteja em causa uma apreciação sobre a validade e existência de uma convenção de arbitragem, o problema surge em termos distintos em virtude da

[604] Cfr. J. MORAIS CARVALHO E M. FRANÇA GOUVEIA, "Arbitragens complexas: Questões...", p. 142.
[605] Como relembra C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV*, nota 34, p. 22, a validade destas cláusulas "depende naturalmente da devida inserção" das mesmas.
[606] Não tomando aqui em consideração as maiores ou menores dificuldades que as partes venham a enfrentar no plano do domínio probatório.

consagração legal do efeito negativo da convenção de arbitragem e do princípio *Kompetenz-Kompetenz* ou competência da competência.

Com a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes decidem submeter à jurisdição de um tribunal privado – o arbitral – a decisão sobre um conjunto de litígios. Uma vez nascido o litígio e colocando-se a questão da existência ou validade da causa, importa determinar como se deve comportar o tribunal estadual[607]. Ou seja, imagine-se que o demandante, em violação da convenção de arbitragem celebrada, decide propor a ação num tribunal estadual, não promovendo a constituição do tribunal arbitral. Ora, nessa sede o demandando tem a possibilidade – não se configura como um dever ou uma obrigação, mas sim como um ónus – de se defender invocando a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário[608]. Sendo confrontado com a alegação de tal exceção[609], o tribunal estadual deve, como regra e em obediência ao art. 5.º, n.º 1, primeira parte, da LAV, absolver o réu da instância[610] e, dessa forma, extinguir a instância. Nesta sequência, com vista a compor aquele litígio em particular, devem as partes proceder à nomeação dos árbitros de modo a prosseguir com a constituição do tribunal e consequente desenvolvimento do processo arbitral[611].

[607] Num primeiro cenário, e na hipótese de o demandante iniciar o processo com a notificação da sua contraparte para a constituição do tribunal arbitral, caso se coloque alguma questão sobre a validade da cláusula compromissória enquanto cláusula contratual geral, a mesma será apreciada pelo tribunal arbitral em sede de análise da sua competência. V. art. 18.º da LAV, nos termos do qual o tribunal arbitral pode, em sede de apreciação da sua competência, analisar a "validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção". Nos termos do n.º 8 do referido artigo, o tribunal arbitral pode tomar uma decisão sobre a sua competência através de uma decisão interlocutória ou, numa outra hipótese, na sentença sobre o fundo da causa. Sobre esta matéria, cfr., entre outros, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 187 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 121 e ss., P. SIZA VIEIRA E N. FERREIRA LOUSA, "Artigo 18.º", pp. 81 e ss.

[608] A voluntariedade na alegação da existência da convenção de arbitragem, configurando-se juridicamente como um ónus e não um dever ou obrigação, está em conformidade com "a livre revogabilidade da convenção de arbitragem", v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, p. 90. Com entendimento em tudo convergente encontramos J. L. LOPES DOS REIS, "A excepção da...", p. 1124.

[609] A qual não é de conhecimento oficioso, dependendo sempre de invocação pelo demandado. V. arts. 97.º, n.º 1 e 578.º do CPC.

[610] Este é, como já tivemos oportunidade de dizer, "o resultado natural decorrente da consagração do efeito negativo da convenção de arbitragem", v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 186.

[611] Outra questão conexa com a preterição de tribunal arbitral voluntário, prende-se com a vinculação do tribunal arbitral à decisão de absolvição da instância proferida pelo tribunal estadual. Num cenário de violação da convenção de arbitragem, sendo excecionada pelo réu a existência da mesma e decidida a absolvição do réu da instância, importa perceber em que medida o tribunal arbitral fica vinculado àquela decisão do tribunal estadual. A decisão proferida pelo tribunal judicial configura uma "decisão

É este o efeito do tradicionalmente designado princípio *Kompetenz-Kompetenz* ou competência da competência: pertence ao tribunal arbitral a competência para analisar e aferir da sua própria jurisdição. Esta é uma prerrogativa sua, devendo poder pronunciar-se, em primeiro lugar, sobre a existência ou inexistência da sua competência[612]. Não só

negativa sobre a competência do tribunal judicial" (v. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o...*, p. 134), o que na prática se traduz na abstenção do tribunal estadual conhecer e decidir sobre o mérito da causa. Neste sentido, a questão que se suscita é saber se a decisão do tribunal estadual corresponde a uma vinculação do tribunal arbitral a reconhecer-se como competente para a decisão do caso s*ub judice*. Este é um problema particularmente delicado, uma vez que se encontra intimamente relacionado com o princípio da competência-competência do tribunal arbitral, dado que se admitirmos que este último fica, em virtude da decisão do tribunal judicial, vinculado a reconhecer-se como competente, tal resultado implicará uma compressão daquela competência. De acordo com M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o...*, pp. 134-135 (texto escrito ainda ao abrigo da LAV86), o tribunal arbitral, em caso de decisão do tribunal estadual no sentido da absolvição da instância do réu, fica vinculado a esta decisão, ou seja, fica "vinculado a aceitar a competência que a decisão do tribunal judicial lhe reconheceu". Assim, considera este autor, que apenas este entendimento permite evitar que existam duas decisões negativas sobre a competência para a apreciação do litígio, levando a que nenhum dos tribunais (estadual ou arbitral) se considerasse competente. Sustenta, portanto, que numa hipótese como a acima descrita, o tribunal arbitral fica vinculado à decisão proferida pelo tribunal estadual. No mesmo sentido, afirma o mesmo autor que o tribunal estadual "reconhece a validade da convenção de arbitragem e, portanto, a competência desse tribunal arbitral para apreciar aquele mesmo objecto", cfr. *A Competência Declarativa...*, p. 135.

Discordamos, com o devido respeito, da posição sufragada pelo referido autor. Entendemos que a decorrência prática da consagração do princípio da competência-competência em conjunto com o efeito negativo da convenção de arbitragem, se traduz no seguinte: em todos os casos em que "os valores negativos da convenção de arbitragem" (D. MOURA VICENTE, "Artigo 5.º", p. 43) não se apresentem de forma manifesta, e sendo invocada a existência de convenção de arbitragem sobre o objeto do litígio, o tribunal estadual deve absolver o réu da instância. Em seguida, caberá às partes iniciar o processo arbitral e, nesta sede, o tribunal arbitral mantém incólume a sua liberdade de decisão (sem qualquer tipo de restrições). Ou seja, da absolvição da instância em sede de processo judicial não decorre ou resulta nem uma competência "automática" do tribunal arbitral para apreciar o caso *sub judice*, nem uma obrigação de o tribunal arbitral se declarar competente para julgar a causa. Pelo contrário, tudo se processa como se não tivesse tido lugar um processo judicial prévio. Logo, o tribunal arbitral continua a ter competência plena para apreciar a sua competência ou, num sentido lato, a sua jurisdição, o que na prática se pode vir a traduzir numa decisão de incompetência do tribunal arbitral (cfr. no mesmo sentido, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 182.). Caso assim suceda, devem as partes recorrer, novamente ao tribunal judicial para a apreciação do caso (a lei consagra a absolvição da instância e não do pedido, motivo pelo qual pode ser proposta uma nova ação com o mesmo objeto, cfr. art. 279.º, n.º 1 do CPC), existindo, neste caso, já uma decisão do tribunal arbitral que se declara como incompetente. Ora, tendo este prioridade na apreciação da sua competência, ficará o tribunal estadual vinculado a esta decisão. Só assim se cumprirá plenamente o disposto nos arts. 5.º e 18.º da LAV. Esta tem sido a posição que já sufragámos anteriormente, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...,* p. 190. Em sentido contrário, cfr. o ac. do TRP, de 08/03/2016, onde se afirmou que "Subsistindo porém a questão da amplitude do caso julgado formado na acção em que se discutiu a excepção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal arbitral deve ficar vinculado a aceitar a competência que o tribunal judicial lhe reconheceu, sob pena de nenhum dos tribunais, nem o tribunal judicial, nem o tribunal arbitral, se considerar competente para a apreciação de um mesmo objecto".

[612] Considerando a proteção que confere à jurisdição do tribunal arbitral, não permitindo um fácil desaforamento da mesma (v. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 135) através da

os árbitros têm competência para determinar a sua jurisdição, como também têm prioridade nessa análise[613].

É aqui patente a vertente de proteção da jurisdição arbitral[614] que resulta deste princípio[615], a qual, combinada, com os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem possibilita que uma das partes – em regra o demandado – não se exima à jurisdição do tribunal arbitral[616].

II – Sucede, porém, que a regra geral não se apresenta sem que no final da norma se consagre uma exceção. Neste contexto, dispõe o art. 5.º, n.º 1, *in fine*, da LAV, que o tribunal estadual, mesmo perante a invocação da existência de uma convenção de arbitragem, não deverá proceder à absolvição do réu da instância se verificar *de forma manifesta* que a convenção arbitral em causa é nula, se tornou ineficaz ou é inexequível. Consequentemente, podemos afirmar que a exceção à decisão de absolvição do réu da instância, perante a alegação de preterição de tribunal arbitral, depende da reunião de três requisitos cumulativos: (i) da invocação oportuna pelo réu da existência de uma convenção de arbitragem sobre o objeto do litígio, (ii) da verificação de que a referida convenção seja nula, ineficaz ou inexequível e (iii) de que dos vícios atrás referidos sejam manifestos (a lei utiliza a expressão "a menos que verifique que, manifestamente").

---

invocação da inexistência da convenção de arbitragem pelo demandante, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* assume-se como "um dos principais esteios da arbitragem, quer no plano nacional, quer no plano internacional", v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 187.
A este propósito ver, entre outros, M. PIERS E D. DE MEULEMEESTER, "The New Arbitration...", p. 172, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS ET AL., *Comparative International Commercial...*, pp. 331-332 e W. HABSCHEID, "Zur Kompetenz-Kompetenz...", pp. 247 e ss.

[613] P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman…*, p. 40l. Entre nós e neste sentido, v. M. FRANÇA GOUVEIA E JORGE MORAIS CARVALHO, "Convenção de arbitragem...", p. 44, A. SAMPAIO CARAMELO, "A reforma da...", pp. 14-15 e do mesmo autor "A 'autonomia' da cláusula...", p. 367

[614] E necessariamente também protege a eficácia e a vinculatividade da convenção de arbitragem celebrada pelas partes.

[615] P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman...*, p. 40l, o princípio competência-competência compreende dois efeitos reflexos: um positivo e um negativo. O positivo respeita ao facto de o próprio tribunal arbitral ter competência para aferir e decidir sobre a sua competência. O efeito negativo, por seu turno, refere-se ao facto de os árbitros terem prioridade cronológica na apreciação da sua competência: não só são competentes para decidir sobre essa matéria, como têm prioridade na decisão da mesma sobre qualquer tribunal estadual. No mesmo sentido, encontramos o ac. do STJ, de 06/10/2011, no qual se afirma que o princípio *Kompetenz-Kompetenz* "na sua acepção negativa, impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua própria competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral".

[616] V. J. L. LOPES DOS REIS, "A excepção de...", p. 1120.

Deste enquadramento resulta que a parte final do art. 5.º, n.º 1 da LAV, não atribui um espaço de atuação completamente amplo e arbitrário ao juiz estadual, pois que a sua decisão quanto à apreciação da convenção de arbitragem é, neste domínio, devidamente parametrizada pela expressão "manifestamente", ainda que a mesma seja, por si, naturalmente flexível.

Consequentemente, quando haja lugar à alegação de existência de uma convenção de arbitragem sobre o objeto do litígio, o tribunal estadual deve nortear a sua atuação pelo disposto no art. 5.º, n.º 1 da LAV[617] e apenas absolver o réu da instância quando a convenção de arbitragem seja manifestamente nula, ineficaz ou inexequível. É nesta sede que, contudo, têm surgido as maiores dúvidas, designadamente quanto ao sentido a atribuir à locução "manifestamente", bem como no que respeita aos limites da atuação do juiz na apreciação da convenção de arbitragem.

III – No que concerne à delimitação dos poderes do juiz face à alegação da existência de uma convenção de arbitragem em virtude da exigência legal do estado manifesto da nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção, tem a doutrina avançado com a indicação de vários patamares possíveis de atuação do juiz, discutindo-se, no essencial, se este deve limitar-se a absolver o réu da instância – abstendo-se de procurar verificar se existe alguma questão suscetível de comprometer a competência do tribunal arbitral – ou, se pelo contrário, deve analisar a validade, existência ou eficácia da referida convenção[618].

O art. 5.º, n.º 1 da LAV dispõe que face à alegação da existência de uma convenção de arbitragem, o tribunal estadual deve, em regra, proceder à absolvição do réu da instância, dado que aqueles litígios estão subtraídos à sua jurisdição[619]. Contudo, nos

[617] A questão foi particularmente problemática na vigência da LAV86, encontrando-se ultrapassada com a entrada em vigor da atual LAV, sobretudo em virtude da consagração legal do efeito negativo da convenção de arbitragem no art. 5.º desta lei. A referida norma dispõe que, face à alegação da existência de uma convenção de arbitragem que tenha por objeto o litígio em causa, o tribunal estadual deve, em regra, proceder à absolvição do réu da instância. A existência de uma convenção de arbitragem funciona assim como "uma fronteira estabelecida ao poder do juiz", cfr. J. L. LOPES DOS REIS, "A excepção da...", p. 1123.

[618] Para uma análise mais detalhada da questão, designadamente os problemas que se colocavam na vigência da LAV86, cfr., na doutrina nacional, M. FRANÇA GOUVEIA E J. MORAIS CARVALHO, "Convenção de arbitragem...", pp. 41 e ss.

[619] Neste sentido encontramos diversos acs. dos tribunais superiores portugueses. V., numa listagem meramente exemplificativa, os acs. do TRP de 08/03/2016, de 07/05/2019; os acs. do TRG de 30/01/2014, de 09/07/2015 e de 27/02/2020, bem como os acs. do TRL de 13/09/2018, de 16/11/2017, de 26/06/2017, de 12/10/2016, de 22/09/2015 e de 22/11/2012.

casos em que se verifique a exceção prevista no art. 5.º, n.º 1 da LAV, o juiz deve prosseguir com a instância, não absolvendo o réu da mesma. O que nos conduz à necessidade de compreender qual o sentido do advérbio "manifestamente"[620].

De acordo com a doutrina, para que o tribunal judicial proceda à absolvição do réu da instância, isto é, para que considere como procedente à alegação da exceção de tribunal arbitral voluntário basta que se verifique a existência "meramente factual, material" de uma convenção de arbitragem[621]. Remete-se o tribunal estadual somente para a possibilidade de avaliação dos elementos externos[622-623] – percetíveis quase de forma imediata pelo juiz – relacionados com a validade da convenção de arbitragem, sendo que essa análise deve ser desenvolvida de modo sumário[624] e só para confirmar que a convenção reúne os requisitos mínimos[625].

Nesta medida, só configuram casos de vícios – adotando uma designação genérica que abranja a nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção – manifestos aqueles em que os mesmos tenham uma aparência tão palmar que permita ao juiz estadual, num primeiro olhar, verificar a existência dos mesmos[626]. Estes são os casos em que a natureza manifesta do vício é tão evidente que dispensa que seja produzida mais prova para que o juiz estadual possa decidir pela verificação da mesma[627]. Pense-se, a título de exemplo, na alegação da existência de uma convenção de arbitragem sobre uma matéria inarbitrável

[620] No plano internacional, cfr. P. MAYER, "L'autonomie de...", p. 346 e ss.
[621] Cfr. J. L. LOPES DOS REIS, "A excepção da...", p. 1024.
[622] Cfr. M. FRANÇA GOUVEIA E J. MORAIS CARVALHO, "Convenção de arbitragem...", p. 44.
[623] O ac. do TRG de 27/02/2020, assim o afirma expressamente, qualificando como requisitos externos a forma da convenção ou a arbitrabilidade do seu objeto.
[624] E com base num "decorrente de um juízo perfunctório", cfr. ac. do TRL de 22-09-2015.
[625] Já defendia A. SAMPAIO CARAMELO, "A reforma da...", pp. 16-17. De acordo com este autor, a introdução da locução "manifestamente" no texto da LAV teve por função limitar a atuação do tribunal estadual precisamente em função da consagração do princípio competência-competência, garantindo, assim, que "o tribunal estadual só possa fazer uma verificação *prima facie* da existência, validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem que seja invocada pelo demandado na ação proposta perante aquele tribunal, cabendo ao tribunal arbitral apreciar aprofundadamente e decidir, em primeiro lugar, sobre tal questão". A. SAMPAIO CARAMELO, *idem*, p. 17.
[626] Perfilhando esta orientação quanto ao conceito de "manifestamente nula" encontramos o ac. do TRG, de 09/07/2015, onde se decidiu que "nulidade manifesta é a invalidade que não necessita de mais prova para ser apreciada, recaindo apenas na consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitrabilidade. E mesmo nestes casos, quando existam dúvidas sobre a validade da convenção, o tribunal judicial deve optar pela procedência da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário".
[627] V. M. FRANÇA GOUVEIA E J. MORAIS CARVALHO, "Convenção de arbitragem...", p. 44, bem como A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 121, designadamente quando afirma "diz-se manifesta quando seja constatável independentemente da produção complementar de prova. A ser necessária tal prova, ela deverá ser produzida perante o próprio tribunal arbitral".

ou sem preenchimento da forma escrita. Desta feita, da categoria delimitada pela expressão "manifestamente" ficam excluídas todas as situações que sendo suscetíveis de impactar na validade ou eficácia da convenção de arbitragem careçam de diligências probatórias para que se conclua ou não pela sua existência.

Existem, naturalmente, casos que se situam no limite entre o vício manifesto e o não manifesto. Considere-se, a título exemplificativo e ainda que na LAV atual tenha uma expressão reduzida, a aferição da natureza disponível ou indisponível de um direito quando esse seja, no caso concreto, o critério de arbitrabilidade aplicável. Quando assim seja, a nulidade manifesta apenas poderá ser considerada nos casos em que a natureza indisponível daqueles direitos "esteja fora de discussão doutrinária"[628]. Consequentemente, em todas as hipóteses em que a natureza disponível do direito – enquanto fundamento da sua inarbitrabilidade – for objeto de debate doutrinário[629], não se apresentando como inequívoca, o tribunal judicial deve considerar a exceção como procedente e absolver o réu da instância. Nos casos de dúvida deve ser o tribunal arbitral a analisar a questão e a decidir sobre a sua competência.

Logo, para afastar, neste primeiro momento, a jurisdição do tribunal estadual sobre a matéria hipoteticamente objeto da convenção de arbitragem, basta que exista ou se verifique a suscetibilidade[630] de a mesma vincular as partes contratantes[631].

A questão reside em saber como compatibilizar a exigência da natureza manifesta do vício que afeta a convenção com o regime do DL CCG. Ou seja, com os casos em que a parte alega: (i) a inexistência de uma convenção de arbitragem em virtude de a mesma consubstanciar uma cláusula contratual geral não comunicada, (ii) ter existido uma violação do dever de informação pelo predisponente ou (iii) a convenção de arbitragem consubstanciar uma cláusula absolutamente proibida.

Parece existir entre a doutrina e a jurisprudência uma convergência quanto ao significado a atribuir à exigência de o vício que afeta a convenção de arbitragem ser manifesto. Por outro lado, tem-se identificado essa natureza manifesta com as hipóteses

[628] V. ac. do TRG, de 09/07/2015, o qual adopta – citando – um ac. do mesmo tribunal de 30/01/2014.
[629] Ou seja, quando a natureza do mesmo não for incontroversa, v. o ac. do TRL de 22/09/2015 e do mesmo tribunal a decisão de 13/09/2018. Considere-se, ainda, os acs. do STJ de 20/01/2011, de 20/03/2018, de 21/06/2016.
[630] Ou, na formulação do TRL, que a convenção de arbitragem tenha um "mínimo de plausibilidade", cfr. ac. de 22/11/2012. Em sentido concordante temos o ac. do TRL de 20/06/2017.
[631] Com esta posição, v. o ac. do TRL de 05/06/2007.

em que uma mera análise perfunctória permite a identificação ou da falta de forma ou da inarbitrabilidade do litígio. Neste contexto, parece-nos que quaisquer das questões que acima referimos necessitam, regra geral, que o juiz estadual proceda a uma apreciação mais profunda, não se bastando com uma visão sumária.

O mesmo é afirmar que os vícios relacionados com a celebração de convenções de arbitragem através de cláusulas contratuais gerais dificilmente poderão surgir como incontroversos ou manifestos[632], sendo, na maior parte dos casos ou mesmo em todos eles, questões dependentes de apresentação de prova e debate[633-634]. Consequentemente, a invocação da exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário será, em regra, procedente.

6.5. A celebração de convenções de arbitragem e o artigo 21.º, al. h) do DL CCG

I – No ordenamento jurídico português, a questão da celebração de convenções de arbitragem por via de cláusulas contratuais gerais é particularmente interessante no domínio do consumo. De facto, é por referência às relações com consumidores que existe uma previsão expressa no DL CCG sobre convenções arbitrais que assumam a natureza

[632] Foi esta, aliás, a orientação adotada pelo STJ no seu ac. de 21/06/2016, a propósito da alegação pela recorrente da nulidade manifesta da convenção de arbitragem em virtude da violação do dever de comunicação estabelecido no art. 5.º do DL CCG. Em reposta a este argumento afirma-se na referida decisão que "a nulidade propugnada pela recorrente não pode, de modo algum, ser havida como patente, manifesta, evidente e desprovida de qualquer controvérsia séria, porquanto não emerge, inapelavelmente e sem necessidade de produção de correspondente e complementar prova, de evidente inobservância de requisitos externos de forma, não caindo, por outro lado, no campo da inarbitrabilidade a matéria abrangida pela estipulada cláusula compromissória mencionada". Com a mesma posição encontramos o ac. do STJ de 28/05/2015.

[633] É possível até, segundo nos parece, fazer aqui um paralelismo com o que sucede quando esteja em causa a interpretação das declarações de vontade das partes. Nestes casos, tem entendido o STJ que "[m]anifesta inexistência (nulidade, ineficácia ou inexequibilidade) é aquela que não necessita de mais prova para ser apreciada, afastando, à partida, qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato e deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitrabilidade", cfr. decisão de 21/06/2016.

[634] Ainda que a propósito de outra factualidade, recuperem-se aqui as palavras do STJ no ac. de 12/11/2019, quando afirma: "[d]este modo, o tribunal estadual só deve intervir, fixando a sua competência, quando for manifesto e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia e a inexequibilidade da convenção de arbitragem, sendo que manifesta é aquela que não necessita de mais prova para ser apreciada, isto é, quando é constatável independentemente da produção complementar de prova".

de cláusulas contratuais gerais. Referimo-nos, neste contexto, ao art. 21.º, al. h) do DL CCG[635].

Daquela norma resulta, de forma inequívoca, que são absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais que tenham por efeito: (i) limitar, de antemão, a possibilidade de requerer tutela judicial para os conflitos que venham a surgir entre os contratantes ou (ii) estabelecer modalidades de arbitragem que não respeitem as garantias de procedimento estabelecidas na lei[636]. Consequentemente por conjugação do art. 12.º com o art. 21.º, h), ambos do DL CCG, as cláusulas proibidas – neste caso concreto são absolutamente proibidas – são sancionadas com o vício da nulidade.

No entanto, o significado útil da norma é algo complexo de apreender[637]. Por um lado, se atendermos à sua teleologia, parece resultar que este preceito legal tem por objecto, essencialmente, as convenções arbitrais que surjam sob a forma de cláusulas contratuais gerais e que insiram no âmbito das relações jurídicas desenvolvidas com consumidores[638]. Nesta medida, poderia colocar-se a dúvida se daquela norma resulta

[635] Deve, desde já, esclarecer-se que não ignoramos que o mesmo diploma, no âmbito das relações entre empresários ou entidades equiparadas, tem uma outra norma que merece o nosso interesse. Assim, no art. 19.º, al. g) consideram-se como relativamente proibidas as cláusulas que "estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem". Contudo, para efeitos do nosso trabalho, focaremos a nossa atenção somente na norma que regula as relações com consumidores, pois é neste campo que se regista tendencialmente um forte pendor de debilidade e desequilíbrio entre os sujeitos.
Destaque-se, no entanto, que nos termos do art. 20.º do DL CCG, as proibições da secção III e das secções anteriores são aplicáveis "nas relações com os consumidores finais e*, genericamente, em todas as não abrangidas pelo artigo 17*.º" (destaque nosso).

[636] J. M. DE ARAÚJO BARROS considera que desta norma do DL CCG resulta "uma animosidade para com as instâncias arbitrais", cfr. *Cláusulas Contratuais...*, p. 338.

[637] Ainda que exista entre nós quem qualifique a discussão como teórica (cfr. J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da...", p. 5), consideramos que a mesma não deve deixar de ser abordada, precisamente em virtude da situação de desigualdade estrutural que existe entre o consumidor e o profissional, não focando, desse modo, a nossa atenção no facto de a mesma se verificar ou não de forma recorrente nas relações entre consumidor e profissional. Ademais, e sufragando a afirmação feita por M. FRANÇA GOUVEIA, não ignoramos que a arbitrabilidade dos litígios de consumo não se apresenta como um assunto problemático entre nós. V. *Curso de Resolução...*, p. 129.

[638] É esta, aliás, a posição regra geral sufragada pela nossa doutrina. Cfr., a este propósito, D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 998, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 128, L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, p. 91, bem como A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 151.
Deste modo, ficam fora do escopo da sua proibição cláusulas contratuais gerais que remetam para outros meios de resolução alternativa de litígios, como seja, por exemplo, convenções de mediação ou cláusulas *multi-step* nas quais se convencione o recurso a outros meios que não a arbitragem. Em sentido contrário, considerando que a discussão pode englobar também as cláusulas de mediação, J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da...", p. 5.

uma proibição de celebração de convenções de arbitragem por via de cláusulas contratuais gerais no âmbito de relações com consumidores. Em virtude da redação atual da norma e sem avançarmos no campo do que deveria ser, entende, a maioria da doutrina nacional[639] que deste artigo não parece resultar, de modo algum, uma proibição[640] de celebração de convenções de arbitragem no domínio do Direito do Consumo.

A proibição decorrente do art. 21.º, h) dirige-se a dois grupos de situações, as quais se encontram interlaçadas: hipóteses em que, em virtude da celebração de uma convenção de arbitragem, uma das partes – o consumidor – vê o seu direito de acesso à justiça comprimido, seja (i) por via do afastamento da competência dos tribunais comuns, (ii) seja em virtude de consagrarem modalidades de arbitragem que não contemplem as garantias processuais legalmente estabelecidas.

Uma primeira consideração respeita aos casos abrangidos pela primeira parte da norma: cláusulas contratuais gerais que afastam a competência dos tribunais comuns. A celebração de uma convenção de arbitragem comporta, tal como já referimos, dois efeitos reflexos. Por um lado, a atribuição do direito potestativo de uma das partes constituir o tribunal arbitral para resolver os conflitos que se encontrem submetidos à jurisdição daquele[641] (o chamado efeito positivo) e, por outro lado, a correspondente impossibilidade de um dos contraentes[642] da convenção de arbitragem poder, quanto a um conflito abrangido por aquela, obter tutela dos tribunais estaduais[643] (o designado efeito negativo).

Nesta medida, da celebração de uma convenção de arbitragem resulta, naturalmente, a substituição da jurisdição estadual pela arbitral em virtude da decisão

[639] V. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 998, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 128, L. DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, p. 9.
[640] Ou, se se preferir a expressão, não existe uma proibição genérica de existência de arbitragem no domínio do Direito do Consumo, v. D. MOURA VICENTE, "A manifestação do ...", p. 998 e do mesmo autor, "Arbitragem de conflitos de consumo", p. 81, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 151.
[641] Cfr., por todos na doutrina nacional, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 184, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 181, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", p. 93, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 119 e ss.
[642] Referimo-nos somente à impossibilidade de um dos contraentes poder obter tutela junto dos tribunais estaduais porque nada impede que, de comum acordo, todas as partes contratantes da convenção de arbitragem possam proceder à revogação da mesma nos termos do art. 4.º, n.ºs 1 e 2 da LAV.
[643] A que corresponde, na prática, a possibilidade de o réu poder, no momento da apresentação do seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, invocar a exceção de preterição de tribunal arbitral, o que, processualmente, se traduz na incompetência absoluta do tribunal estadual para apreciar a causa.

partes. Por outro lado, se a convenção assumir a forma de cláusula compromissória a limitação do direito de ação judicial tem lugar sempre num momento prévio ao litígio ou, na formulação da norma, verifica-se uma exclusão ou limitação "de antemão" do mesmo.

Assim sendo, entendemos que se suscita a dúvida sobre como interpretar o art. 21.º, h), procurando responder, de forma sucessiva, a três dúvidas essenciais: (i) se existe ou não uma proibição da celebração de convenções de arbitragem por intermédio de cláusulas contratuais gerais no domínio das relações jurídicas de consumo; (ii) se apenas se proíbe a celebração de cláusulas compromissórias ou (iii) se aquilo que se permite é a existência de convenções de arbitragem somente optativas para o consumidor.

Quanto à primeira questão e na esteira do que vem sendo a posição da maioria da doutrina portuguesa, também nós não consideramos que se pode retirar daquele preceito uma proibição *tout court*[644] da celebração de convenções de arbitragem no âmbito de uma relação jurídica de consumo.

Esta tem sido a posição que já temos vindo a sufragar e que mantemos[645]: no DL CCG não há uma proibição genérica de celebração de convenções de arbitragem nas relações com consumidores. Uma tal interpretação não encontra abrigo quer no texto da lei, quer no próprio espírito do sistema. O problema que aqui se aborda não se prende com a determinação da admissibilidade da arbitragem de litígios de consumo. De facto, do que aqui se trata é de determinar quais os limites que a arbitragem pode assumir naquele domínio.

Assim e no que concerne à segunda questão que enunciámos, o que ali se proíbe são cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de tutela judicial e já não a celebração absoluta de celebração de cláusulas compromissórias, em particular, ou convenções de arbitragem, em geral. Nesta medida, e considerando que a segunda parte da norma admite expressamente a possibilidade de resolução arbitral de conflitos resultantes de uma relação jurídica de consumo – apenas se exige que as modalidades de arbitragem respeitem as garantias previstas na lei – importa compatibilizar os dois segmentos da alínea h) do art. 21.º[646]. Neste exercício interpretativo é necessário atender

[644] Cfr., entre outros, D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 998, bem como M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de...*, pp. 128-129.
[645] V. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 151.
[646] Neste sentido, M. JOSÉ CAPELO, "A Lei de...", p. 114.

à razão que subjaz a esta norma, bem como ao seu enquadramento sistemático no ordenamento jurídico português.

Como bem se assinala na nossa doutrina[647], o objetivo que se pretende alcançar funda-se na existência de uma profunda desigualdade (estrutural) entre o consumidor e o profissional, a qual, nessa medida, poderia conduzir a uma eventual sujeição do contraente mais débil à aceitação de uma cláusula contratual geral que afastaria a competência do tribunal judicial. Logo, o que esta norma visa é salvaguardar a posição do consumidor na eventualidade de um conflito que emerja no âmbito da relação jurídica, prevenindo – através da sua proibição[648] – renúncias prévias à tutela judicial[649].

Conjugando a redação da norma com a sua finalidade, parece poder concluir-se – e tem sido este o caminho interpretativo trilhado pela maioria da nossa doutrina – que, deste modo, serão permitidas as convenções de arbitragem que assumam a natureza de cláusulas contratuais gerais (mesmo que na modalidade de cláusulas compromissórias) sempre que as mesmas consagrem uma competência concorrente entre o tribunal arbitral e os tribunais judiciais[650]. O mesmo é dizer que a tónica da questão reside na natureza concorrencial da jurisdição arbitral que as mesmas têm de consagrar: os tribunais arbitrais não teriam, neste caso em concreto, uma competência exclusiva sob os conflitos abrangidos pela convenção de arbitragem. A alternatividade apresenta-se, desta forma, como uma condição da validade da referida cláusula[651].

Porém, atendendo à lógica de proteção da parte mais fraca que subjaz a adoção desta norma, esta alternatividade não opera de forma bilateral, beneficiando ambas as partes signatárias da convenção. Assim, uma vez celebrada a convenção arbitral e

[647] V. M. JOSÉ CAPELO, "A Lei de...", p. 114.
[648] E consequente nulidade da cláusula caso, ainda assim, venha a ser inserida no contrato celebrado pelas partes.
[649] Apesar das vantagens que os meios de resolução alternativa de litígios podem comportar para o consumidor no âmbito de um conflito no âmbito de uma relação jurídica de consumo (a este propósito, A. MENEZES CORDEIRO, "A Arbitragem de...", pp. 70-71), não podemos ignorar, sobretudo quando esteja em causa um meio de composição de conflitos vinculativo, o "desequilíbrio dos sujeitos na relação de consumo e (...) a debilidade do consumidor, sujeito leigo, profano, menos informado e sem preparação técnica." V. A. PINTO MONTEIRO, "Resolução Alternativa de...", p. 10.
[650] Com esta posição, v., entre nós, D. MOURA VICENTE, "A manifestação do...", p. 998, bem como M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 129-130, M. JOSÉ CAPELO, "A Lei de...", p. 115, I. OLIVEIRA, "A Arbitragem de...", p. 387, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 152, J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da...", pp. 5-6.
[651] Já assim defendia M. JOSÉ CAPELO, "A Lei de...", p. 115.

surgindo um litígio, a decisão de optar pela jurisdição arbitral ou pelos tribunais judiciais caberia de forma exclusiva ao consumidor, ficando a sua contraparte (o profissional) vinculada à decisão daquele[652].

Desta feita, em caso de conflito emergente de uma relação jurídica de consumo, o profissional não poderia forçar o consumidor a buscar tutela junto de um tribunal arbitral, invocando, para tal e caso o consumidor iniciasse uma ação judicial, a exceção de preterição de tribunal arbitral. Ao consumidor assiste o direito potestativo de constituição do tribunal arbitral[653], mas também o direito potestativo de propor uma ação judicial[654]. O profissional, situando-se no outro extremo da relação jurídica, encontra-se numa pura posição de sujeição, ficando adstrito a seguir a via que o consumidor escolha[655].

II – A admissibilidade de convenções de arbitragem optativas ou não exclusivas[656] era já referida na nossa doutrina[657-658].De acordo com RAÚL VENTURA, o efeito negativo

---

[652] A. PRATA tem, no entanto, uma posição discordante. De acordo com a autora, esta alínea do art. 21.º tem uma natureza equívoca que resulta da al. q) do anexo da Directiva 93/13/CEE, nos termos da qual podem ser consideradas como abusivas as cláusulas contratuais gerais que tenham como objetivo ou como efeito a supressão ou entravamento "da possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante". Entende, portanto, que do art. 21.º, h) do DL CCG não se pode retirar a consagração de uma natureza alternativa – para o consumidor – da convenção de arbitragem celebrada no âmbito de uma relação de consumo, ou seja, no sentido de o consumidor não ser forçado a recorrer a um tribunal arbitral para resolver o seu conflito. V. *Contratos de Adesão...*, p. 518.
Considera a Autora que melhor teria sido uma opção clara pela proibição de celebração de convenções de arbitragem e especialmente de cláusulas compromissórias no domínio dos contratos de adesão "em geral ou, pelo menos, naqueles em que o aderente seja consumidor ou equiparado...", cfr. A. PRATA, *ibidem*, p. 519.

[653] Mantemos a posição que já sustentávamos: "sempre que exista uma convenção de arbitragem celebrada com consumidores através de cláusulas contratuais gerais, a mesma não se apresenta como obrigatória para o consumidor, cabendo-lhe a escolha sobre a jurisdição a que pretende submeter a resolução do seu litígio. Esta é a única solução que permite, numa matéria tão sensível como é a da renúncia à jurisdição dos tribunais judiciais, proteger a parte tendencialmente mais débil que não participa na elaboração dos clausulados contratuais", v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 152.

[654] No mesmo sentido, J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da...", p. 6, bem como M. J. CAPELO, "A Lei de...", p. 115.

[655] Posição que já defendemos anteriormente em A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 151-152.

[656] Na designação de M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* p. 129.

[657] Cfr. R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", p. 386. Na atualidade e no mesmo sentido, cfr. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* pp. 129-130.

[658] A questão das convenções de arbitragem optativas ou não exclusivas não é, também, desconhecida da jurisprudência. Numa decisão do STJ de 20/01/2011, afirma-se que "é pacificamente admitido que

da convenção de arbitragem não integra o conteúdo da mesma. É, tal como o nome indica, um efeito decorrente da mesma, pois, segundo diz, a vontade das partes é constituir um tribunal arbitral e não afastar a competência do judicial. Esta última verifica-se por efeito das normas legais – no caso o art. 96.º do CPC (que determina que a preterição de tribunal arbitral gera a incompetência absoluta do tribunal) em conjugação com o art. 5.º da LAV – que assim estabelecem em consonância com a atuação das partes.

Ora, nesta medida, entendia o Autor [659] que poder-se-ia conceber que o demandante pudesse, até um determinado momento limitado no tempo, optar pela jurisdição – arbitral ou estadual – a que pretendia submeter a apreciação do seu conflito. Esta opção de escolha assentaria precisamente no facto de as jurisdições surgirem como concorrentes, cabendo a escolha à parte que iniciasse o processo[660]. No mesmo sentido, se pode afirmar que, no âmbito da sua liberdade contratual, as partes podem atribuir a competência a um tribunal por via convencional, quer de forma alternativa, quer de modo concorrente. Esta liberdade assiste-lhes quanto aos pactos atributivos de jurisdição, mas também no que concerne às convenções de arbitragem[661].

Em bom rigor, se as partes têm a faculdade de subtrair um conjunto de litígios à jurisdição dos tribunais estaduais naturalmente competentes para a apreciação das mesmas e atribuir a outros (estaduais ou arbitrais), não existe qualquer óbice a que as mesmas possam, em sede de celebração de uma convenção de arbitragem, determinar que a competência do tribunal arbitral se apresenta como concorrente com a dos tribunais

a competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente", no mesmo sentido encontram-se o ac. do STJ de 12/11/2019, bem como os acs. do TRL de 06/10/2011, de 28/10/2010, e de 30/06/2015.

[659] Nas palavras do autor é "concebível que, até certo momento, seja permitido ao interessado escolher entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estadual, ou, por outras palavras, que as duas jurisdições sejam concorrentes, sujeitas a uma escolha das partes", v. R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", p. 386.

[660] J. LEBRE DE FREITAS aborda a questão da perspetiva da inexistência de obrigações (para as partes) resultantes da celebração de uma convenção de arbitragem. Ou seja, perante a existência de uma convenção de arbitragem celebrada entre si, os contraentes da mesma podem – enquanto demandantes – escolher recorrer aos tribunais estaduais ou – na posição de demandados – optar por deduzir ou não a exceção de preterição de tribunal arbitral. O mesmo é afirmar que a incompetência dos tribunais estaduais não opera de forma automática face à celebração de uma convenção daquela natureza, sendo sempre necessária a intervenção de uma das partes nesse sentido: não se dispensa a invocação da mesma pelo réu ou demandado. V. "Algumas implicações da...", p. 565.

[661] V. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa...*, p. 102.

estaduais[662]. Desta feita, cabe, na prática, ao autor determinar qual a via pela qual será operada a resolução do litígio: se arbitral ou judicial[663-664].

Problema distinto é saber que efeitos produz esta escolha do demandante na esfera do demandado, designadamente se caso o mesmo opte por propor a ação no tribunal estadual, o demandado pode defender-se invocando uma exceção de preterição de tribunal arbitral, em virtude da existência de uma convenção de arbitragem válida. Ou seja, nesta situação, suscita-se a dúvida se terá lugar a possibilidade de fazer operar o efeito negativo da convenção de arbitragem. Entendemos que a resposta a esta questão dependerá sempre, em termos concretos, da redação da convenção de arbitragem e da configuração que seja atribuída à alternatividade escolhida pelas partes[665].

---

[662] Assim defende M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa...*, p. 102, pese embora refira que a formulação de convenções de arbitragem que consagrem uma competência alternativa com os tribunais estaduais não é muito comum.

[663] Na formulação dada pelo ac. do TRL de 30/06/2015, "uma tal convenção permite à parte, na hora de acionar a outra em razão do contrato celebrado, escolher o tipo de jurisdição que reputa mais adequado para a resolução do litígio em concreto...".

[664] As convenções de arbitragem alternativas não se confundem com a figura das cláusulas escalonadas (cláusulas multinível ou *multi-step*), dado que são realidades distintas. Estas últimas são cláusulas que combinam diversos meios de resolução de conflitos e são concebidas, tal como o próprio nome indica, por níveis ou patamares. Deste modo, e numa progressão ascendente de complexidade e gravidade do meio utilizado, as partes recorrem de forma sucessiva às etapas consagradas nas cláusulas, ficando a possibilidade de início de um processo arbitral ou de um processo judicial como a última hipótese desse percurso. Sobre esta matéria, cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 137 e ss., T. ARNTZ, "Die missglückte...", pp. 237-244, S. CHAPMAN, "Multi-tiered Dispute...", pp. 89-98. K. PETER BERGER, "Law and practice...", pp. 1-18, J. C. SOARES MACHADO, "Cláusulas arbitrais escalonadas...", pp. 89-108.

[665] Na jurisprudência têm-se verificado diversas dúvidas sobre a interpretação a fazer das cláusulas contratuais que estabelecem a submissão de litígios a tribunais arbitrais quando as mesmas são elaboradas numa lógica de alternatividade. Em regra, existe um problema essencial neste domínio: determinar se a cláusula configurada pelas partes prevê uma competência alternativa entre os tribunais estaduais e os arbitrais ou se, pelo contrário, é somente uma questão de redação menos conseguida da cláusula.

A título de exemplo, considere-se o ac. do TRL de 30/06/2015, no qual, em sede de recurso, se discutia se a cláusula celebrada pelas partes tinha ou não consagrado uma natureza alternativa da competência do tribunal arbitral em relação ao tribunal estadual. A cláusula em questão tinha a seguinte formulação: "20.2. Caso não seja possível a composição amigável do litígio, nos termos do número anterior, cada um dos Grupos outorgantes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos previstos nos números subsequentes (…)". A dúvida residia, portanto, em determinar o sentido a atribuir ao verbo "poderá", no sentido de perceber se o mesmo é utilizado como a apresentação de uma via alternativa ou exclusiva. Entendeu o TRL que estaríamos perante uma competência alternativa, pois que "as partes contraentes estabeleceram uma mera faculdade de recurso ao Tribunal arbitral e não uma obrigatoriedade (autovinculação) a tal recurso, daí terem utilizado o verbo "poder". (...). Assim, teremos de concluir que o lançar mão do Tribunal arbitral se trata de uma de mera faculdade. Encontramos o tempo verbal "poderá". Trata-se de uma situação bem diferente de "têm". Se os outorgantes entendessem que tinham que recorrer a Tribunal Arbitral, em vez de terem optado pela

Se as partes contratantes entenderam configurar uma alternatividade plena no recurso a qualquer uma das vias de resolução do litígio, entendemos que, nessa hipótese, admitir que o demandado possa, face à escolha pelos tribunais estaduais, invocar a preterição de tribunal arbitral, configura perante uma atitude abusiva por parte do demandado[666]. Em todo o caso, e tal como já referimos, a conclusão dependerá sempre da interpretação do próprio negócio jurídico[667] – a convenção de arbitragem – e da vontade das partes[668]. Existe, no entanto, uma particularidade no campo do Direito do Consumo, a qual se analisa de seguida.

III – A problemática das convenções de arbitragem celebradas no domínio das relações de consumo, pese embora o texto do DL CCG se mantenha nos mesmos termos que temos vindo a analisar, veio a sofrer alterações recentes no ordenamento jurídico português. Com efeito, a Lei n.º 144/2015 veio transpor para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva 2013/11/EU relativa aos meios de resolução de conflitos de consumo, regulando, para os efeitos que nos interessam, no seu art. 13.º[669] os efeitos resultantes da

expressão "podem", teriam dito, por exemplo, que "os conflitos surgidos serão resolvidos por via arbitral".

[666] No ac. do TRL de 30/06/2015, considera-se que numa situação deste tipo, de competência concorrente entre os tribunais arbitrais e os judiciais, "(...) a parte demandada perante o Tribunal estadual não poderá arguir a excepção de convenção de arbitragem ou de preterição de tribunal arbitral. As partes convencionaram que a jurisdição estadual e o tribunal arbitral serão concorrentes, podendo ser accionados em alternativa."

[667] Que opera nos termos do art. 236.º, n.º 1 do CC, em conjugação com o art. 238.º. Esta é a posição partilhada na doutrina nacional, a qual pode ser ilustrada por J. CALVÃO DA SILVA, "Convenção de arbitragem...", p. 541.

[668] Neste sentido, cfr. o ac. do STJ de 12/11/2019, onde se lê: "A convenção de arbitragem está submetida às regras gerais de interpretação do negócio jurídico. A convenção vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; e, sendo um negócio formal, não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento". Com igual posição, cfr. o ac. do TRP de 13/03/2012.

É, no entanto, necessária prudência na redação de tais cláusulas, na medida em que a alternatividade, se mal expressada, poderá originar uma convenção patológica, isto é, uma convenção que embora válida, sofre de algum tipo de erro ou imprecisões que impedem a regular produção dos seus efeitos ou decurso do processo. Sobre o conceito de convenções patológicas, v. M. RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration…*, 2ª Ed., p. 214, P. A. KARRER, "Pathological Arbitration Clauses...", p. 109 e ss., B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic...*, p. 166.

[669] Com a epígrafe "Efeitos da celebração de acordo prévio". O artigo da Diretiva em questão tem a epígrafe "Liberdade", ou na versão inglesa "Liberty", e dispõe 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." Neste contexto, é fácil verificar que, pese embora a transposição daquela norma da Diretiva tenha sido feita de forma muito próxima ao texto adotado na

celebração de um acordo prévio, entre o consumidor e o profissional[670], com vista ao recurso às estruturas de resolução alternativa de litígios.

O art. 13.º, n.º 1, vem consagrar de forma expressa aquela que já era a posição sustentada pela maioria da doutrina[671] e que se cifra na introdução de um princípio de liberdade ou voluntariedade destes acordos[672]. Desta feita, os acordos relativos à resolução de litígios, que sejam celebrados entre consumidores e profissionais, de forma prévia ao surgimento do litígio, não podem privar aqueles de buscar a tutela do tribunal judicial para a resolução do mesmo.

Consequentemente, e num afastamento da regra geral do *pacta sunt servanda*, o consumidor não fica obrigado a recorrer às estruturas previstas na referida cláusula[673], podendo escolher qual a via que pretende seguir. Distinta é, no entanto, a posição do prestador do serviço ou fornecedor dos bens, na medida em que a natureza alternativa da cláusula apenas beneficia o consumidor. Logo, o profissional fica vinculado à cláusula que tinha sido celebrada previamente. Encontra-se, portanto, numa situação de sujeição por referência à escolha que venha a ser operada pelo consumidor uma vez verificado o litígio[674].

mesma, existe uma diferença fundamental no âmbito do art. 13.º da Lei n.º 144/2015: a norma portuguesa tem um escopo mais amplo do que adotado na Diretiva. É nesta medida que o artigo nacional se refere a "tribunais judiciais" (excluindo, claro está, os tribunais arbitrais), ao passo que o texto da Diretiva se limita a referir "tribunal".
Esta opção parece ter em vista sanar as dúvidas que se colocavam a propósito da problemática das cláusulas compromissórias que tinham a natureza de cláusulas contratuais gerais, dando consagração legal à teoria que já era defendida pela doutrina maioritária: a não vinculação dos consumidores a estas cláusulas. Também assim considera J. P. PINTO-FERREIRA, "A Resolução Alternativa...", pp. 324-325.

[670] Incluindo nesta designação genérica quer os fornecedores de bens ou prestadores de serviços.

[671] A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 152.

[672] V. S. PASSINHAS, "Alterações Recentes no...", p. 374.

[673] A solução abrange as cláusulas de mediação, as convenções de arbitragem ou mesmo cláusulas mistas. Neste sentido, cfr. J. CAMPOS CARVALHO E J. MORAIS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da...", p. 6, dos mesmos autores "Especificidades da Arbitragem...", p. 78, S. PASSINHAS, "Alterações Recentes no...", pp. 374-375,

[674] A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 152, bem como J. MORAIS CARVALHO, J. P. PINTO-FERREIRA E J. CAMPOS Carvalho, *Manual de...*, p. 105.

§ 7.º A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM NO DOMÍNIO DESPORTIVO

7.1. Modelos de celebração de convenções de arbitragem no desporto

7.1.1. O modelo de celebração clássico

I – À semelhança do que se verifica em outras áreas, o campo da arbitragem desportiva admite a possibilidade de diversos modelos de celebração de convenções de arbitragem. Neste sentido, e pese embora a submissão de litígios desportivos a arbitragem surja, via de regra, sob a forma de uma cláusula compromissória inserida nos estatutos federativos ou acoplada ao licenciamento do praticante desportivo, o modelo clássico de celebração de convenções de arbitragem – assente numa proposta e respetiva aceitação no âmbito de um procedimento negocial, radicando, nessa medida, na vontade das partes em celebrar esse contrato – não é totalmente desconhecido do plano desportivo[675]. Nada impede, de facto, que este modelo seja adotado, mas, na prática não é muito comum que assim suceda.

Em bom rigor, este modelo clássico de raiz puramente voluntária assume um "papel marginal"[676] no campo dos litígios desportivos, na medida em que, conforme dissemos, o recurso à arbitragem resulta, nesta área em particular, da existência de uma cláusula compromissória estatutária ou acoplada a uma licença[677].

---

[675] Bem como a celebração de compromissos arbitrais ao invés de cláusulas compromissórias, não obstante as segundas serem, em virtude do modelo de celebração de convenções de arbitragem mais comum no domínio desportivo, mais frequentes que os primeiros.

[676] Cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en...* p. 247.

[677] V. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en…*, p. 247, bem como, mais recentemente, J. LINDHOLM, *The Court of...*, p. 35.

Por outro lado, e apesar de não existirem estudos estatísticos ou sociológicos nesse sentido, é seguro afirmar que a maioria dos litígios que são apresentados junto do TAS têm por base uma cláusula compromissória estatutária e, numa percentagem residual, uma cláusula compromissória acoplada à licença desportiva. A esta situação acresce o facto de a maioria dos litígios submetidos à jurisdição do TAS derivarem de decisões das federações desportivas e, nessa medida, os praticantes desportivos acionam o mecanismo arbitral com fundamento na existência daquela cláusula compromissória. Sobre os litígios submetidos ao TAS, v. J. LINDHOLM, *The Court of...*, p. 35, bem como M. REEB, "Le Tribunal Arbitral...", pp. xxiv e ss.

O mesmo se verifica no plano nacional junto do TAD: se excluirmos da nossa análise os litígios legalmente submetidos a arbitragem necessária – onde a questão não se coloca – os processos em sede de arbitragem voluntária concernem a questões laborais desportivas, as quais são submetidas ao TAD

A reduzida expressão do modelo típico de celebração de convenções de arbitragem radica na própria especificidade que subjaz à arbitragem desportiva, designadamente quanto às relações jurídicas que se desenvolvem entre as partes contratantes da convenção de arbitragem. Em regra, se considerarmos as relações contratuais no âmbito das quais terá lugar uma arbitragem comercial internacional – ou mesmo uma arbitragem de natureza nacional – estamos perante dois contraentes que, registando ou não assimetrias de poder negocial, se encontram numa situação de relativa igualdade negocial. Neste contexto, inexistindo um verdadeiro poder – privado – de um sobre o outro, aqueles contraentes são livres de, no exercício da sua liberdade contratual, decidir, quanto a uma relação jurídica particular ou um conjunto de litígios, celebrar uma convenção de arbitragem, escolhendo a sua contraparte e os termos em que se vinculam[678]. Este não é, de todo, o caso que verifica quanto à arbitragem desportiva.

7.1.2. Os modelos típicos da arbitragem desportiva: as cláusulas estatutárias e convenções de arbitragem por remissão

I – A realidade da arbitragem desportiva caracteriza-se por manifestar, em regra, uma especificidade própria que a aproxima mais da arbitragem laboral[679] ou de litígios de

em virtude da previsão de recurso à arbitragem que constava do anterior CCT entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol (o atual não contempla qualquer previsão de atribuição de competência àquele centro arbitral) ou da inclusão de uma cláusula compromissória no próprio contrato de trabalho desportivo.

[678] A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and*…, p. 333.

[679] Pese embora o interesse que a matéria em causa suscita, não nos foi possível tratar a mesma de forma aprofundada na nossa dissertação, dado que a inclusão de tal objeto de estudo ultrapassaria, em muito, os limites a que a mesma se submete. Ainda assim, e pese embora a celebração de uma convenção de arbitragem neste domínio surja no âmbito de uma relação marcada pela desigualdade estrutural dos intervenientes, a arbitragem – individual – de conflitos de trabalho tem, em Portugal, um tratamento distinto daquela que se ocupa dos conflitos desportivos. De todo o modo, e sem pretender adiantar uma matéria que será objeto de tratamento próprio em momento posterior, o critério da arbitrabilidade destes litígios não é o critério geral previsto no art. 1.º, n.º 1 da LAV – a patrimonialidade do litígio –, mas sim o consagrado no art. 4.º, n.º 4 da LAV, ou seja, o da disponibilidade dos litígios. Neste sentido, já se verifica no ordenamento jurídico português uma preocupação em procurar limitar o espectro de conflitos laborais que podem ser submetidos a arbitragem, o que permite, em certa medida, proteger a parte mais fraca daquelas relações jurídicas (o trabalhador.)

Com vista ao enquadramento do problema da arbitrabilidade dos litígios laborais no ordenamento jurídico português, cfr. D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de conflitos individuais...", pp. 36 e ss. e do

consumo[680] do que, propriamente, da arbitragem típica do comércio internacional: a arbitragem desportiva caracteriza-se pela existência de uma desigualdade estrutural entre as partes[681]. Quer no plano dos conflitos laborais, quer no que concerne aos conflitos de consumo, verificamos que existe entre as partes uma situação de desigualdade estrutural, a qual se traduz na debilidade de uma delas por relação à sua contraparte. O mesmo se verifica nas relações que se estabelecem entre o praticante desportivo e a federação nacional e a federação internacional[682].

Tal como já tivemos oportunidade de destacar[683], em virtude do esquema de organização piramidal que caracteriza a organização desportiva[684] o atleta posiciona-se na base desta estruturação normativa desportiva, sendo, inequivocamente, a parte mais débil da relação[685].

Neste contexto, de entre a normatividade desportiva a que se vincula, encontra-se, na maioria dos casos, uma convenção de arbitragem[686], regra geral sob a forma de cláusula compromissória, que atribui competência a um tribunal arbitral para a resolução dos litígios que venham a surgir no âmbito do desenvolvimento da sua atividade[687].

mesmo autor "Arbitragem de conflitos colectivos...", pp. 249 e ss., R. VENTURA, "A arbitragem voluntária...", pp. 187 e ss., P. ROMANO MARTINEZ, "Soluções alternativas de...", pp. 867 e ss. e do mesmo autor "Mediação e Arbitragem...", pp. 7 e ss., D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 14 e ss., bem como A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 172 e ss.

[680] Bem como das hipóteses em que a convenção de arbitragem surge incluída num contrato de adesão ou sob a forma de cláusula contratual geral, pois nestes casos também não assiste ao aderente – tal como a própria qualificação indica, o mesmo limita-se a aceitar um clausulado previamente elaborado por outrem – a possibilidade de formular os termos a que se vincula, não influindo na escolha dos mesmos. Sobre a celebração de convenções de arbitragem com recurso a cláusulas contratuais gerais, cfr. § 6, 6.2.

[681] Cfr. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 179.

[682] Considere-se o §5 da nossa dissertação, onde apresentamos a organização hierárquica do desporto profissional, identificando a posição de submissão dos praticantes desportivos por referência aos entes federativos.

[683] V. §5 da nossa dissertação.

[684] Cfr. F. BUY *et al*., *Droit du...*, 67.

[685] Sobre a posição do praticante desportista como trabalhador, cfr. J. LEAL AMADO, *Vinculação versus...*, pp. 30 e ss.

[686] No ponto seguinte analisaremos com mais detalhe, exemplificando com normas de estatutos de federações desportivas, os termos em que a questão se coloca na prática.

[687] Cfr. L. REILLY, "Introduction to the…", p. 67, M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des…*, p.192, A. PINNA, "Les vicissitudes du…", p. 38. Sobre a celebração de convenções de arbitragem em matéria desportiva, D. MAVROMATI, "Arbitration clause in...", pp. 1 e ss.

A arbitragem desportiva surge, deste modo, como "imperativamente prevista" pelos regulamentos emanados pelas federações desportivas[688-689-690]. Um exemplo ilustrativo desta realidade pode ser encontrado nos estatutos das federações desportivas nacionais e transnacionais[691].

De acordo com o previsto no art. 57.º, n.º 1 dos estatutos da FIFA, esta federação reconhece o TAS como jurisdição competente para decidir os litígios que se venham a registar entre a FIFA, as associações-membro da mesma, as confederações, as ligas, os clubes, os desportistas, bem como entre os outros agentes desportivos. Em virtude da organização piramidal da regulação e organização desportiva, a FPF, federação nacional associada da FIFA, incorporou nos seus estatutos aquelas normas[692]. Assim, entre nós, e a título ilustrativo, encontramos os estatutos da FPF, os quais, no seu art. 2.º, n.º 3, 4) determinam que a FPF, em virtude da sua filiação na FIFA, "se compromete a reconhecer a jurisdição do Tribunal Arbitral do Desporto (TAS), em todos os litígios que assumam

[688] V. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 179.

[689] A previsão estatutária de uma cláusula compromissória é, de acordo com alguns autores, uns dos pontos comuns dos estatutos das diversas federações desportivas transnacionais, cfr. J.-C. LAPOUBLE, *Droit du...*, p. 91. Já não acompanhamos, no entanto, o raciocínio do autor quando o mesmo afirma que todas essas cláusulas compromissórias elegem como centro de arbitragem o TAS. Sendo certo que o TAS assume uma posição de relevo – e quase centralidade – no que concerne à resolução de litígios no plano transnacional (cfr. G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 39 e ss. e D.-REINER MARTENS, "An Innovative System...", p. 54), não podemos ignorar que existem outros centros arbitrais nesse domínio. Este é o caso do BAT, que pese embora seja mais recente que o TAS, pois entrou em funcionamento em 2007, tem vindo a afirmar a sua posição enquanto instância competente para conhecer e decidir os litígios resultantes dessa modalidade desportiva. Cfr. D.-REINER MARTENS, "An Innovative System...", pp. 54 e ss., E. HASLER, "The Basketball Arbitral...", pp. 111 e ss., H. RADKE, "Basketball Arbitral Tribunal...", pp. 59 e ss.

[690] Por conseguinte, para efeitos da nossa dissertação iremos focar-nos nos casos em que a cláusula compromissória consubstancia uma cláusula estatutária ou surge como ligada ao ato de licenciamento do praticante desportivo, dado serem estas as realidades mais comuns. Ainda assim, esclareça-se, desde já, que os problemas identificados nestas hipóteses, bem como as soluções que se avancem, são transversais a todos os casos de arbitragem desportiva que sejam marcados por uma desigualdade estrutural das partes. Interessam-nos, portanto, os casos em que um modelo de arbitragem que, em teoria, seria qualificado como voluntário, no fundo se desenvolve por relação à existência de um monopólio dos entes federativos e, necessariamente, num contexto de ausência de opção de escolha para os atletas.

[691] Cfr. G. SIMON, "L'arbitrage des...", p. 196, afirma que o sucesso da arbitragem desportiva resultou, em larga medida, do comprometimento das federações desportivas nessa missão, sobretudo pela adoção de clausulas arbitrais estatutárias pelas mesmas, o que se traduziu, acrescentamos nós, num paulatino abandono do modelo tradicional de celebração das mesmas.

[692] Alguns autores consideram que tal cláusula pode ser encarada como uma proposta de convenção de arbitragem, à qual os praticantes vêm aderir. V. D. MAVROMATI, "Arbitration clause in...", pp. 11 e ss., bem como D. MAVROMATI E MATTHIEU REEB, *The Code of...*, pp. 34 e ss.

uma dimensão transfronteiriça"[693]. Por outro lado, no art. 10.º, n.º 3, 5) dos referidos estatutos, determina-se que os agentes desportivos no "acto da sua inscrição (...) subscreverão declaração de reconhecimento do Tribunal Arbitral da FPF e do Tribunal Arbitral do Desporto, como sendo os tribunais competentes para dirimir os litígios internos e internacionais nos termos destes Estatutos"[694-695].

Conforme resulta das disposições estatutárias acima identificadas, no âmbito da celebração destas convenções de arbitragem não há lugar a um processo negocial – marcado por uma dialética que se desenvolve entre as partes contratantes – tendente à obtenção de acordo com vista à celebração da convenção de arbitragem. Estamos, pelo contrário, perante um caso inequívoco de uma cláusula compromissória estatutária, o que significa que a mesma se encontra prevista nos estatutos da federação desportiva[696-697].

Deste contexto podem retirar-se duas conclusões. Em primeiro lugar, nas relações entre a federação desportiva transnacional e os seus associados – as federações desportivas nacionais – existe uma cláusula compromissória que vincula ambas as partes, na medida em que se encontra inserida nos estatutos do ente associativo a que as federações desportivas nacionais se vinculam. Nesta medida, ao integrarem o substrato pessoal da associação, estes sujeitos ficam vinculados à normatividade emanada por aquele ente, de entre a qual consta a cláusula compromissória em causa.

---

[693] Cfr. estatutos da FPF, art. 2.º, n.º 3, 4).

[694] Para além das disposições referidas, determinam os estatutos da FPF no seu art. 13.º, n.º 2, que os sócios da FPF, devem, ainda, "adoptar uma cláusula estatutária que especifique que qualquer litígio que envolva o próprio Sócio ou algum dos seus sócios, e esteja relacionado com os Estatutos, regulamentos, directivas e decisões da FIFA, da UEFA, da FPF ou da LPFP, só pode ser remetida em última instância para o Tribunal Arbitral do Desporto se a disputa ou litígio for de natureza transfronteiriça, nos termos dos Estatutos da FIFA e da UEFA, ou para o Tribunal Arbitral da FPF, se a disputa ou litigio for de dimensão nacional relativamente a questões estritamente desportivas, caso não caiba na jurisdição de outro órgão ou lhe esteja vedada por imperativos legais". Existe, portanto, um dever de adoção de cláusulas compromissórias que atribuem competência ao TAS – no plano transnacional – e que escapam à vontade das partes, antes sendo impostas às mesmas por via regulamentar.

[695] O cuidado das federações nacionais em fazer uma menção expressa à competência do TAS nos seus estatutos resulta do facto de este centro arbitral ter vindo a considerar, de forma consistente na sua jurisprudência, que para se assumir como jurisdição competente não basta a existência de uma mera menção nos estatutos das federações transnacionais. É, além disso, necessário que os estatutos das federações nacionais incorporem essa regra de forma explícita. A este respeito v. na doutrina, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 419, nota 1316 e D. MAVROMATI, "Jurisprudence of the...", pp. 43 e ss.

[696] Cfr. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 249.

[697] Esta forma de celebração de convenções de arbitragem encontra-se intimamente ligada "ao caráter profundamente institucional das relações que se desenvolvem dentro do associativismo desportivo", cfr. G. SIMON, "L'arbitrage des...", p. 197.

Em segundo lugar, no plano nacional as federações nacionais ao incorporarem a normatividade da federação transnacional nos seus próprios regulamentos, vinculam-se a si e aos seus membros à jurisdição do tribunal arbitral em causa. Estas convenções de arbitragem são, via de regra, celebradas por via de remissão[698], pois as federações nacionais limitam-se a incluir nos seus estatutos uma regra de acordo com a qual, em virtude da sua condição de associadas da federação transnacional, se obrigam a cumprir as obrigações e as respeitar as vinculações que naqueles se determinem[699].

II – Não obstante, a posição dos praticantes desportivos pode, e em regra assim sucede, surgir em moldes relativamente distintos do que sucede com as federações desportivas nacionais quando as mesmas se encontram nas suas vestes de associadas de uma federação transnacional. Tal como havíamos referido, os atletas, em norma, não assumem a qualidade de associados das federações desportivas nacionais e, menos ainda, das transnacionais[700]. Neste sentido, tornar-se-ia complexo sustentar a vinculação jurídica daqueles sujeitos a uma convenção de arbitragem que integra uns estatutos sociais aos quais os mesmos não se encontram vinculados[701].

É neste contexto que a vinculação dos mesmos tem vindo a ser operada, como já referimos, através do seu licenciamento junto da federação desportiva competente. Podemos, portanto, afirmar que a "institucionalização das relações"[702] tem lugar por via da adesão aos estatutos e regulamentos de federações nacionais e internacionais, a qual se materializa na forma de uma licença emitida para o praticante desportivo poder

[698] Sobre as cláusulas de arbitragem celebradas por remissão, V. VAN HOUTTE, "Consent to Arbitration...", pp. 5 e ss., P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman…*, pp. 272 e ss. Para uma análise da questão de acordo com o Direito português, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 133 e ss.

[699] A. RIGOZZI, *Arbitrage international em matière de sport*, p. 415. G. SIMON, "L'arbitrage des...", p. 196, considera que, embora existam fragilidades resultantes deste sistema de adoção de cláusulas compromissórias, não deixa de ser verdade que foi precisamente a adoção generalizada das mesmas que facilitou, em grande escala, a submissão destes litígios a arbitragem.

[700] Cfr. A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 417, A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and…*, p. 336.

[701] A par da dificuldade em encontrar um fundamento jurídico para a vinculação dos não associados à normatividade das federações desportivas, não deixa de se reconhecer na doutrina que o poder federativo se assume, na sua essência e na realidade, como um exercício de um *poder de facto*, o qual assume uma intensidade muito superior à de que qualquer norma jurídica. É, aliás, este *poder de facto* que se encontra na génese dos atos de vinculação dos praticantes desportivos às federações desportivas: mais do que um produto de vontade, estamos perante um ato de subordinação em virtude do monopólio que assiste àqueles entes associativos. Cfr. L. FREEBURN, *Regulating International…*, pp. 104 e ss.

[702] Cfr. G. SIMON, "L'arbitrage des…", p. 197.

desempenhar a sua atividade. Neste processo de autorização do atleta para poder praticar a sua atividade desportiva, a federação nacional exige que aquele se vincule à sua normatividade, a qual inclui, naturalmente, a cláusula compromissória para o TAS (ou outro tribunal arbitral). Esta vinculação pode ser operada através de uma remissão genérica para os estatutos da federação ou, pelo contrário, pode consubstanciar a assinatura de um documento individual no qual o praticante reconhece a jurisdição daquele tribunal[703].

Em ambas as hipóteses, a convenção de arbitragem é apresentada ao praticante desportivo como um verdadeiro contrato de adesão: um verdadeiro formulário pré-elaborado pela contraparte, ao qual o atleta apenas tem a possibilidade de aderir – e beneficiar da vantagem que dele resulta – ou rejeitar e assim ficar privado do proveito que pretendia obter[704].

Nas hipóteses em que a vinculação se opera mediante a inclusão de convenções de arbitragem no ato do licenciamento desportivo, seja no próprio documento da licença, seja num documento anexo, não existirão, em princípio, problemas com o preenchimento de requisito de forma da convenção de arbitragem. As principais questões que se têm colocado no plano internacional concernem a remissões genéricas – um reenvio global – para os estatutos da federação desportiva em causa, sem qualquer menção expressão quanto à convenção de arbitragem que constem dos mesmos[705]. O mesmo se pode afirmar quanto à vinculação que tem lugar aquando da inscrição, pois determina-se que a "declaração de reconhecimento" do TAS é subscrita nesse momento.

III – Por conseguinte, em qualquer uma das hipóteses acima apresentadas, a celebração da convenção de arbitragem pelos praticantes desportivos não repousa num processo negocial no âmbito do qual os mesmos possam, sem qualquer desvantagem

[703] A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and*…, pp. 336 e ss. Como explica A. RIGOZZI, *Arbitrage international en...*, p. 419-420, com vista a ultrapassar potenciais dificuldades quanto à vinculação dos atletas à cláusula compromissória, as federações desportivas têm vindo a optar por, cada vez mais, incluir convenções de arbitragem de forma expressa nos formulários de inscrição das competições ou mesmo nas licenças federativas.

[704] Remete-se, neste ponto, para o que já se disse sobre as convenções de arbitragem que assumam a na natureza de cláusula contratual geral ou contrato de adesão.

[705] Neste domínio, o exemplo que apresentámos da norma estatutária da FPF não apresenta essa dificuldade. O mesmo se pode afirmar quanto à vinculação que tem lugar aquando da inscrição, pois se determina que a "declaração de reconhecimento" do TAS é subscrita nesse momento. Já algumas dificuldades podem resultar da designação de "declaração de reconhecimento", designadamente quanto à sua compreensão, atendendo à bitola do bom pai de família, pelo atleta.

gravosa, decidir não celebrar a mesma. O atleta surge, neste contexto, numa posição semelhante à do consumidor quando colocado perante um contrato de adesão respeitante, por exemplo, ao fornecimento de um bem essencial: o seu poder negocial não existe ou encontra-se profundamente limitado, pois os termos da cláusula em questão não estão abertos a modificações[706]. Esta será sempre uma operação que não comporta a obtenção de um acordo ou equilíbrio entre os contraentes: a hipótese reduz-se a celebrar ou não celebrar.

Nesta medida, de tal desigualdade – que o TFS designou como "diferença estrutural"[707] – resulta um impacto direto no processo volitivo que se encontra na base da celebração da convenção de arbitragem, o que permite questionar a natureza consensual ou voluntária da celebração daquele negócio jurídico[708]. Neste contexto, existe quem na doutrina considere que a submissão dos atletas a tal clausulado é voluntária[709]; no entanto, existem vozes discordantes, de acordo com as quais não se verifica neste domínio qualquer espectro de vontade por parte do atleta[710], sobretudo em virtude da posição monopolística assumida pelas federações desportivas.

7.2. A posição monopolística das federações e o consentimento do atleta na celebração da convenção de arbitragem

[706] A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and*…, pp. 339 e ss.

[707] Cfr. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2. Também a decisão de 26/02/2014 do Tribunal Regional de Munique II, no caso Pechstein, pese embora não tenha dado provimento à pretensão da demandante, veio reconhecer que, devido à situação de monopólio da ISU na regulação da modalidade desportiva em causa, se reúnem as condições para a existência de uma heterodeterminação da parte mais fraca, isto é, a praticante desportiva. Voltaremos ao ponto adiante. Também na doutrina esta designação veio a vingar, cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage internatinal en...*, p. 179.

[708] G. MACHADO DRAY, "Breves Notas sobre...", p. 79, afirma, quanto a este desequilíbrio entre as partes, que "nem sempre o contrato consubstancia o resultado de um livre debate e de uma livre estipulação", muitas das vezes devido a fatores externos à própria celebração do mesmo.

[709] Neste sentido, O. DIALLO para quem a arbitragem desportiva demonstra uma "real possibilidade de escolha", cfr. *Le consentement des...*, p. 57.

[710] F. KNOEPFLER E P. SCHWEIZER consideram que o "argumento da submissão voluntária dos desportistas às instituições instituídas pelas federações não se apresenta como convincente: se os desportistas não quiserem praticar o seu desporto de forma marginal, sem concorrência ou parceiros, no seu jardim, os atletas não têm simplesmente escolha", cfr. *Arbitrage Internacional*, p. 137. No mesmo sentido, A. RIGOZZI e F. ROBERT-TISSOT, "'Consent' in Sports…", p. 60. Contra, G. RABU, *L'organisation du...*, pp. 57 e ss.

I – As federações desportivas dispõem – no plano interno e no transnacional –, tal como já tivemos oportunidade de referir anteriormente[711], de uma posição monopolística no que concerne à organização e regulação da sua modalidade desportiva. Como tal, são estas mesmas entidades que – numa relação de verdadeira estruturação hierárquica – regulam a modalidade, adotando as regras que entendam como mais adequadas ao funcionamento das federações desportivas, o que inclui, necessariamente, as normas relativas à composição dos eventuais litígios que venham a surgir em resultado da sua atividade ou com ela relacionados. Dispõem, deste feita, de um poder privado, o qual se desenvolve e opera, em relação aos sujeitos desportivos, em verdadeiros termos de subordinação[712].

Neste sentido, e negando a existência de um qualquer paradigma de igualdade entre os sujeitos desportivos as federações desportivas, ao contrário do que sucede no caso da arbitragem internacional, na qual se encontram partes com um poder negocial idêntico ou equiparado e que, nessa medida, podem decidir celebrar a convenção de arbitragem e os termos que integram a mesma, no plano do desporto a situação desenvolve-se de modo distinto[713].

Quando um praticante desportivo pretenda desenvolver a sua atividade de modo profissional, e em virtude da situação de monopólio existente na regulação desportiva, vê-se na contingência de aceitar os estatutos e os regulamentos de uma federação desportiva em particular: aquela que regula a modalidade praticada pelo atleta. Ora, tal como já tivemos oportunidade de demonstrar, de entre as diversas normas que compõem os estatutos da mesma, encontra-se, via de regra, uma cláusula compromissória[714].

---

[711] Cfr. §5 da nossa dissertação.

[712] L. FREEBURN, *Regulating International...*, pp. 104 e ss. Na jurisprudência encontramos, inclusivamente, uma decisão do TFS onde se afirma, de forma clara, que as relações que se estabelecem entre os praticantes desportivos e a federação desportiva mundial partilham diversos traços comuns com as relações que se desenvolvem entre os indivíduos e o Estado, sobretudo em virtude da forte estrutura hierárquica que caracteriza este domínio. V. a decisão do TFS de 25/08/2020. Entre nós, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 200-201, afirma que, em virtude de as federações terem a prerrogativa de aplicar a própria normatividade desportiva (não se limitando a "produzir comandos normativos de cariz geral e abstracto"), então, a atividade administrativa destes entes é "em tudo idêntica a uma actividade administrativa estadual".

[713] V. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.

[714] Cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage internatinal en...*, p. 179. Nesta situação, quer na hipótese em que as convenções de arbitragem sejam celebradas por remissão (*v.g.* quando constam dos estatutos ou regulamentos que o praticante desportivo se obriga a cumprir e a aceitar), quer quando estão integradas nas licenças atribuídas aos atletas (por exemplo, no formulário que os mesmos aceitam e assinam para poderem praticar no âmbito dos Jogos Olímpicos), o praticante desportivo presta o seu "consentimento

Consequentemente, a aceitação da cláusula compromissória apresenta-se como uma pré-condição ou um requisito necessário que o atleta deve preencher de modo a poder participar na competição desportiva organizada pela respetiva federação ou pelo próprio Comité Olímpico. Pelo que, como se afirma no acórdão Cañas, "um atleta que pretenda participar numa competição organizada sob os auspícios de uma federação desportiva cujos regulamentos incluam uma cláusula compromissória, *não tem outra opção que não seja aceitar essa mesma cláusula, particularmente através da adesão aos estatutos da federação desportiva, nos quais consta a cláusula*[715]". Mantendo a mesma linha argumentativa, vem ainda a ler-se na decisão que esta situação de fragilidade é particularmente verdadeira para os atletas profissionais, os quais são colocados perante um dilema real: "concordar com a arbitragem ou praticar a sua modalidade somente como amadores"[716].

Esta necessidade de aceitação do ordenamento desportivo criado pelas federações desportivas[717], que se traduz na prática numa imposição da jurisdição arbitral aos praticantes desportivos, cria dificuldades, no plano desportivo, de compreensão da instituição da arbitragem como tendo uma natureza voluntária, pois que esta modalidade

de forma facticamente constrangida", cfr. M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des...*, pp. 292 e ss. Com posição idêntica, A. PINNA, "Les vicissitudes du...", p. 38, F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 536 e ss. Devemos, a este propósito, deixar uma breve nota explicativa sobre a natureza das licenças atribuídas aos atletas no nosso ordenamento jurídico. A licença assume-se como um instrumento que reúne uma dupla finalidade. Por um lado, é a via através da qual os atletas se submetem à normatividade desportiva das federações desportivas. Por outro lado, é o meio jurídico que permite que os atletas participem na competição desportiva, exercendo a sua atividade (existe, entre nós, quem a defina como "um instrumento jurídico que garante uma determinada posição – a autorização de participação na competição – do desportista em relação à federação desportiva que o emite", cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 272). Neste contexto, a licença assume uma "natureza híbrida": é um ato administrativo que autoriza o atleta a participar na competição, mas, em simultâneo, é um mecanismo vinculativo entre o praticante desportivo e a federação desportiva. Com vastos desenvolvimentos sobre o tema, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 275 e ss.

[715] Destaque nosso.

[716] Cfr. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2. O TFS é ainda mais ilustrativo na sua argumentação, lançando mão das metáforas de F. KNOEPFLER E P. SCHWEIZER, *Arbitrage international*, p. 137, afirmando que o atleta se não aceitar a cláusula compromissória pode praticar a "modalidade no seu jardim" ou assistir às competições desportivas "na televisão".
De acordo com U. HAAS, "International sports arbitration…", pp. 135, da natureza monopolística da estrutura desportiva resulta uma ausência de escolha para o atleta, pois a hipótese que lhe assiste se não aceitar a jurisdição arbitral é praticar sua modalidade de forma lúdica, meramente enquanto passatempo.

[717] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit...*, p. 67, destaca a impossibilidade de uma adesão ser verdadeiramente livre nos casos em que se verifica um monopólio.

de composição de litígios surge como imposta aos participantes desportivos[718]. Em termos práticos, a adesão de um praticante desportivo à normatividade da federação desportiva por via do seu licenciamento não lhe permite optar por determinar o âmbito material da mesma, o que significa que ao ser licenciado para a prática da sua atividade, o atleta aceita submeter-se, na íntegra, ao bloco de regras emanadas pela própria federação[719].

Em primeiro lugar[720], não há uma qualquer possibilidade de negociação com vista a uma aceitação parcial dos estatutos ou regulamentos da federação desportiva em causa[721]: existe, pelo contrário, uma imposição da cláusula compromissória ao atleta, que ou se submete àquela normatividade – com todos os aspetos que ela contém – ou rejeita a sua submissão e, nesse sentido, renuncia a participar nas competições organizadas por aquelas entidades[722]. O licenciamento junto da federação desportiva, e a concomitante aceitação e submissão à normatividade desta, configura uma verdadeira condição *sine qua non* para o exercício da profissão destes agentes desportivos[723].

Em segundo lugar, mesmo nos casos em que uma das partes seja um atleta de renome e prestígio mundial[724], não é possível conciliar a prática da modalidade a alto nível, e consequentemente a participação numa competição organizada por aquelas entidades, com a recusa à adesão das regras e estatutos emanados por aquelas[725].

II – Neste contexto, poder-se-ia buscar a génese voluntária da celebração da cláusula compromissória nesta decisão do atleta se vincular à federação desportiva em causa.

---

[718] J. PAULSSON considera que falar de um processo consensual aquando da celebração destas convenções de arbitragem configura "um abuso de linguagem", cfr. "Arbitration of International…", p. 361.
[719] J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du…*, p. 61.
[720] Aderindo, deste modo, à proposta explicativa de M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des Litiges...*, pp. 292 e ss.
[721] V. A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and...*, p. 333, sendo que o autor afirma ainda que esta força impositiva utilizada pelas associações que integram a "ordem jurídica desportiva representa o equivalente funcional da ordem jurídica estadual".
[722] Como afirma F. LATTY, *La lex sportiva*, p. 537, "o espaço de liberdade deixado aos atletas limita-se a consentir a arbitragem ou não concorrer".
[723] Neste sentido, cfr. U. HAAS, "International sports arbitration…", pp. 135 e do mesmo autor, "Role and Application...", pp.44 e ss. Nas palavras do autor, "as federações desportivas (internacionais) estabelecem como condição de participação do atleta nas competições por si organizadas que o mesmo assine a cláusula compromissória".
[724] Cfr. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[725] V. M. MAISONNEUVE, *L'Arbitrage des Litiges…*, p. 202.

Contudo, consideramos que nas hipóteses em que os praticantes não têm outra escolha que não seja submeterem-se aos regulamentos das federações desportivas com vista a obterem o licenciamento que lhes permita praticar a sua atividade – bem como todos os atos conexos com a mesma, *v.g.* treinar –, não devemos confundir a sua conduta de submissão ao poder privado federativo com aquele que seria o seu consentimento ou a sua vontade quanto a esse estado de coisas. Esta situação é particularmente evidente nos casos em que existe um monopólio na regulação da modalidade. Do resultado da atuação, ou seja, da assinatura da cláusula compromissória não se pode retirar inequivocamente a existência de uma génese voluntária do comportamento[726]. Este é, aliás, um dos pontos essenciais quanto a esta questão: atendendo ao contexto fáctico que rodeia a organização desportiva, dificilmente se pode afirmar que estamos perante a prestação de um consentimento livre de facto – mesmo que seja livre do ponto de vista do ordenamento jurídico – por parte do atleta, pois para que tal fosse verdade, era necessário que ao mesmo assistisse a possibilidade de atuar de forma distinta, quer podendo buscar outros termos que lhe fossem mais favoráveis, quer existindo uma outra federação desportiva a que se pudesse vincular com vista a exercer a sua atividade profissional[727].

A esta conclusão não se contraponha o argumento de que o praticante desportivo, caso não pretenda celebrar a convenção de arbitragem, pode praticar o seu desporto de forma lúdica ou, por outro lado, pode optar pelo exercício de outra profissão. A equação não se pode colocar nesses termos, na medida, em que entendemos que a liberdade de autorregulação da associação – no sentido de estabelecer os seus termos de funcionamento interno – não pode prevalecer, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, perante o direito fundamental que assiste ao praticante desportivo nos termos do art. 47.º da CRP. De facto, de acordo com a nossa lei fundamental, a todos assiste o "direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho", o qual, na sua dimensão

[726] L. FREEBURN, *Regulating International…*, pp. 105 e ss.

[727] I. BLACKSHAW, em 2010, escrevia, a propósito da obrigação de celebração de uma cláusula compromissória para a divisão *ad hoc* do TAS que se impunha a todos os atletas que pretendessem participar nos Jogos Olímpicos, que estávamos, neste caso, perante uma imposição de facto de celebração daquele contrato, pelo que o consentimento dos atletas estaria viciado. Não se poderia, portanto, a este respeito falar da existência de uma vontade livre na celebração daquele contrato. Cfr. "Are Athletes Obliged...", pp. 149-150. Sobre a natureza "obrigatória" da celebração das convenções de arbitragem como condição de participação nos Jogos Olímpicos, cfr. J. GUBI, "The olympic binding...", pp. 997 e ss., *maxime* pp. 1016. Ainda sobre a matéria, M. J. MITTEN E T. DAVIS, "Athlete Eligibility Requirements…", pp. 71 e ss., M. J. MITTEN, "Judicial Review of…", pp. 51 e ss.

positiva, compreende o direito "a escolher livremente, sem impedimentos, nem discriminações, qualquer profissão[728]. Por conseguinte, perante o direito fundamental do praticante desportivo, seremos forçados a concluir que a esfera de liberdade da federação desportiva se deve comprimir, na medida do necessário, para não colocar em perigo aquele mesmo direito.

Neste contexto, a existência de um monopólio de facto – e, no plano nacional português, de direito – tem por efeito afastar a centralidade do consentimento do atleta na celebração da convenção de arbitragem. A aceitação desta última configura um requisito indispensável para o exercício da sua profissão, pelo que a sua submissão a esta cláusula resulta de um constrangimento de facto. A sua vontade não é materialmente livre[729].

7.3. A ausência de voluntariedade na celebração da convenção de arbitragem: a existência de uma arbitragem forçada ou imposta?

I – Tendo concluído no ponto anterior pela inexistência de um consentimento materialmente livre, somos colocados perante a necessidade de qualificar a natureza jurídica da arbitragem desportiva, ou seja, se pese embora exista uma convenção de arbitragem com forma escrita, continuamos perante uma arbitragem voluntária ou, se pelo contrário, esta se afigura como uma arbitragem necessária.

Segundo entendemos, a raiz consensual[730] em que radica a arbitragem voluntária pressupõe e reclama o consentimento das partes aquando da celebração da convenção de arbitragem, pelo que uma figura como a arbitragem necessária se encontra nos "antípodas"[731] da arbitragem como a entendemos no plano do comércio internacional. Tal como afirmámos no início da nossa dissertação, entendemos que a arbitragem consubstancia um meio de resolução alternativa de litígios, de natureza voluntária, no âmbito da qual as partes atribuem a terceiros – os árbitros – o poder para a composição

[728] Cfr. J. MIRANDA E R. MEDEIROS, "Artigo 47.º", p 700. Este é um direito fundamental "complexo", sendo integrado por diversas facetas, entras as quais se identificam (i) a impossibilidade de ser forçado a exercer uma profissão e (ii) não ser impedido de decidir exercer uma determinada profissão "para a qual se tenham os necessários requisitos". V. J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 653.
[729] Cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage internatinal en...*, pp. 250 e ss., bem como 419 e ss.
[730] Cfr., a propósito da essencialidade da origem contratual na arbitragem, o capítulo I da nossa dissertação, § 2, ponto 2.3.1.
[731] Cfr. A. PINNA "Réflexions sur l'arbitrage…", pp. 14–16.

do seu litígio através do proferimento de uma sentença, a qual tem natureza idêntica a uma sentença judicial[732]. Esta definição é composta por diversos elementos, os quais entendemos serem de verificação cumulativa para que se possa considerar que uma determinada realidade se reconduz ao conceito de arbitragem voluntária.

Ora, a arbitragem no plano desportivo surge, em virtude da situação de sujeição que o praticante desportivo assume perante as federações desportivas, como qualitativamente distinta da arbitragem comercial[733], na medida em que a importância da autonomia das partes no plano da celebração da convenção de arbitragem é questionável no plano da arbitragem desportiva[734].

II – Esta "falta de liberdade"[735] de uma das partes na celebração da convenção de arbitragem aproxima a realidade do plano desportivo da figura da arbitragem necessária[736], pois existindo uma situação de monopólio no plano da regulação da prática da atividade, dificilmente se poderá sustentar que a adesão do praticante à convenção de arbitragem – entre as diversas regras – se deve qualificar como livre[737].

Este problema já foi, entre nós, identificado por PAULA COSTA E SILVA, qualificando a Autora este modelo de arbitragem, que se funda em "cláusulas integradas em acordos mais vastos e que a parte não tem possibilidade de rejeitar", como arbitragem putativamente voluntária[738]. De acordo com a Autora, o ponto central do problema está – tal como já identificámos ao longo da nossa dissertação – no facto de a vontade do signatário da cláusula aquando da celebração da mesma não consubstanciar uma vontade livre. O que se verifica na prática é que o sujeito se encontra na condicionante e aceitar e se submeter à jurisdição arbitral com vista a poder "integrar" a associação.[739]

---

[732] Cfr. capítulo I da nossa dissertação.

[733] Na medida em que a relação subjacente à convenção de arbitragem se caracteriza pela forte desigualdade estrutural dos seus protagonistas, v. A. RIGOZZI, *L'arbitrage internatinal en...*, p. 179. Aderindo à mesma conclusão, A. M. STEINGRUBER, *Notion, Nature and…*, p. 332.

[734] Situam-se fora do nosso âmbito de análise as questões relacionadas com a arbitragem necessária, pois essa é uma realidade distinta daquela que nos propomos aqui analisar. Logo, as menções a arbitragem desportiva devem, salvo menção expressa em contrário, entender-se por referentes à arbitragem voluntária.

[735] V. F. LATTY, *La lex sportiva*, pp. 535 e ss.

[736] Remete-se, neste ponto, para o conceito de arbitragem necessária apresentado no primeiro capítulo da nossa dissertação.

[737] Já assim defendia E. GAILLARD, *in Le pouvoir en...*, p. 67.

[738] Cfr. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face da...*, p. 114.

[739] V. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face da...*, p. 114.

É certo que quando colocados perante a necessidade de fundar a legitimidade do TAS, existe quem na doutrina tenha vindo a afirmar que no plano arbitral desportivo continua a verificar-se, tal como como sucede no conceito clássico de arbitragem, uma vontade das partes que se assume como fundante para a jurisdição do tribunal arbitral. Nesta senda, afirmam que ao escolherem aderir aos estatutos e às regras das federações desportivas que organizam e disciplinam a modalidade, os atletas celebram, com a sua contraparte, uma convenção de arbitragem, pelo que a génese da jurisdição daquele tribunal se mantém inalterada: estamos perante um tribunal arbitral voluntário[740] que nasce da vontade das partes. Procura-se, pois, estabelecer uma ligação – ainda que ténue – entre a voluntariedade do ato de inscrição na federação desportiva e a celebração de convenção de arbitragem, como se a natureza hipoteticamente voluntária do primeiro pudesse emprestar – ou reforçar – a natureza livre ao negócio jurídico que é a convenção[741]. No entanto, e não abordando já o problema da qualificação da convenção, no nosso ordenamento jurídico, como uma conduta renunciante ao exercício de um direito fundamental[742], podemos, desde já, afirmar que este raciocínio não se pode apresentar em termos tão lineares. Efetivamente, em função da posição monopolística das federações desportivas na regulação e organização da modalidade, não podemos entender que exista para o atleta "uma verdadeira escolha entre integrar ou não essa associação"[743].

É neste sentido que esta busca por uma justificação contratual da jurisdição do TAS tem sido qualificada como o "mito do consentimento" da arbitragem desportiva[744], na medida em que se pretende forçar a identificação de um elemento proveniente de uma vontade livre (materialmente e no plano jurídico) das partes quanto à celebração de uma convenção de arbitragem, pese embora essa conceção não encontre qualquer correspondência com o que se verifica na prática[745].

[740] V. M. MITTEN E H. OPIE, "Sports Law: Implications…", p. 285.
[741] Cfr. R. H. MCLAREN, "The Court of Arbitration…", p. 382, bem como L. REILLY, "Introduction to the…", p. 66. Esta génese contractual é identificada pela doutrina inclusivamente nos casos em que a cláusula compromissória não consta de um contrato, mas de uma licença para competir, consubstanciando, neste exemplo, um requisito para a obtenção da licença. V. J. PAULSSON, "Arbitration of International…", p. 369. Em sentido contrário, S. NETZLE, "Sports Arbitration", p. 29.
[742] Cfr. § 9, 9.2.
[743] Cfr. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face da...*, p. 115.
[744] A. DUVAL, "Not in My...", p. 172, A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", pp. 247 e ss., L. FREEBURN, *Regulating International…*, pp. 120 e ss.
[745] É um facto que o art. 27.º do RTAS exige que entre as partes tenha sido celebrada uma convenção de arbitragem. Contudo, para que considerem que esse requisito se encontra preenchido, o TFS e os

Não é possível qualificar um determinado comportamento ou atuação de um sujeito como livre quando a esse não assiste "sequer uma potencial escolha"[746] ou, acrescentaríamos nós, uma escolha real entre duas opções perfeitamente substituíveis entre si: aceitar a cláusula e participar na competição ou rejeitar a mesma e desenvolver a sua modalidade desportiva de forma lúdica não são termos idênticos ou sequer equiparáveis entre si[747].

É neste contexto que a doutrina tem vindo a reconhecer que insistir na afirmação de que a arbitragem desenvolvida nestes termos assume uma natureza voluntária revela-se como incongruente, bem como um forte exemplo de "um apego ao dogma do consentimento numa situação em que não há nenhum consentimento real ou significativo"[748]. A arbitragem desportiva consubstancia, deste modo, um exemplo de arbitragem "sem consentimento"[749] e que, portanto, se distancia do conceito clássico do instituto enquanto meio de resolução de litígios de raiz consensual ou voluntária[750].

III – Todavia, se no plano doutrinal a questão da falta de voluntariedade na celebração de convenções de arbitragem no domínio da arbitragem desportiva tem vindo a ser problematizada, o mesmo não se tem verificado junto na jurisprudência dos tribunais superiores portugueses.

Quanto a este problema, considere-se uma decisão do TRP[751] na qual se discutiu a natureza voluntária ou necessária da jurisdição da Comissão Arbitral da Liga. Quando colocado perante a questão de qualificar a natureza da jurisdição da referida Comissão Arbitral como necessária ou voluntária, o tribunal adotou, na nossa perspetiva, uma visão

árbitros do TAS, bastam-se com uma análise formal da convenção, não "abordando o problema da validade da convenção de arbitragem de acordo com o ponto de vista da validade do consentimento das partes", v. A. RIGOZZI, *L'arbitrage internatinal en...*, p. 422. Este autor considera que o TFS revela, na sua jurisprudência relativa à validade das cláusulas compromissórias no domínio desportivo, uma postura "liberal", não sendo a ausência de voluntariedade considerada como um "problema", cfr. "International Sports…", p. 447. Ver também P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 491 e ss.

[746] A. DUVAL, "Not in My...", p. 182.

[747] Como afirma P. COSTA E SILVA, "não vale dizer que a parte aceitou verdadeiramente a resolução arbitral dos conflitos quando ela sabe que, não a aceitando porque não a pode excluir, não terá acesso, *v. g.*, a determinado sector da actividade económica, profissional (...)", *A Nova Face da...*, p. 118.

[748] G. KAUFMANN-KOHLER E P. HENRY, "Formula 1 racing…", p.186.

[749] V. G. KAUFMANN-KOHLER E P. HENRY, "Formula 1 racing...", p.186.

[750] Cfr. A. RIGOZZI E F. ROBERT-TISSOT, "'Consent' in Sports…", pp. 50-60.

[751] Cfr. ac. do TRP de 17/06/2014.

relativamente formalista – na senda do que vem sido feito pelo TAS e pelo próprio TFS[752] – quanto à voluntariedade da arbitragem, não atendendo ao contexto que rodeia a celebração da convenção de arbitragem em causa. Assim, entendeu o TRP que entre as partes existia uma convenção de arbitragem válida e eficaz, na medida em que "a declaração de aceitação da jurisdição da Comissão Arbitral aquando da inscrição na Liga Portuguesa de Futebol Profissional constitui adesão à cláusula compromissória constante dos Estatutos e do Regulamento a Liga".

Quanto à questão de saber se da obrigatoriedade de inscrição na referida Liga para participar na competição[753] e, desse modo da aceitação imposta da jurisdição arbitral daquela entidade, resultava uma qualquer contaminação da natureza voluntária da celebração da convenção arbitral, o TRP respondeu negativamente[754]. Segundo o TRP, do facto de o praticante ser obrigado a inscrever-se na Liga com vista a exercer a sua modalidade não se retira a ausência de voluntariedade, pois o elemento de liberdade encontra-se, de acordo com o TRP, na escolha de aderir à associação[755].

Recupera-se nesta decisão um entendimento restritivo quanto à liberdade contratual das partes quando colocadas perante a mesma posição que um aderente – num contexto de monopólio – no âmbito de um contrato de adesão[756], entendimento esse do

[752] Cfr. P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 491 e ss., . KAUFMANN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 119 referem-se a uma "abordagem benevolente" do TFS quanto à falta de voluntariedade, bem como ANTONIO RIGOZZI, "International Sports Arbitration...", pp. 447 e ss. D. MAVROMATI, "Jurisprudence of the...", p. 47, por seu turno, refere-se à postura "favorável" como o TFS entende a resolução de litígios desportivos pelo TAS.

[753] V., quanto a este ponto em particular, o ac. do STJ de 24/09/2015.

[754] Afirma o tribunal que: "a "circunstância de ser obrigatória a inscrição para a participação nas competições organizadas pela Liga não lhe retira a natureza voluntária: quem adere a uma organização tem de aceitar as regras pelas quais a mesma se rege, sem que isso belisque a autonomia da vontade. A autonomia manifesta-se precisamente na liberdade de se aderir ou não".

[755] Em sentido convergente, cfr. ac. do STJ de 24/09/2015.

[756] V. C. A. DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão...", pp.119 e ss.

qual já nos distanciámos em momento anterior do nosso trabalho[757-758]. Isto significa que, para o TRP, a liberdade do praticante desportivo se traduz em aderir ou não àquela entidade, independentemente de a decisão de não contratar lhe vedar o acesso à prática da sua modalidade[759].

A questão da voluntariedade da adesão à jurisdição da Comissão Arbitral Paritária voltou a colocar-se no TRP num outro processo[760]. Nesta sede o TRP decidiu a questão, mas furtou-se a tecer considerações sobre a voluntariedade do ato de adesão por parte do atleta. Neste sentido, entendeu o tribunal que a lei nacional apenas contempla duas

[757] Estamos, portanto, em sentido convergente com o TC, o qual no ac. n.º 86/87, e a propósito da discussão sobre a voluntariedade na celebração de um contrato de fornecimento elétrico – entre uma Câmara Municipal e o distribuidor de energia – , afirmou a propósito da submissão de um conflito a uma comissão arbitral, afirmou que "uma tal «voluntariedade» — ou seja, a liberdade de celebrar o contrato — não passa, no caso, de uma miragem, porquanto se está perante o fornecimento de um bem indispensável, e que só pode ser obtido dos concessionários a que o Estado outorgue o serviço da respectiva distribuição".
Numa outra decisão deste mesmo tribunal, o ac. n.º 289/86, também já se tomava uma posição orientada em sentido convergente. Assim, considerou-se na referida decisão: "(...) uma cláusula imposta às partes, do exterior, que não podem recusar sob pena de não poderem celebrar o contrato de fornecimento de energia eléctrica, e, neste caso, de o Município de Espinho ficar sem luz, não se harmoniza com a liberdade jurídica de entrar em relação, que é essencial no conceito de contrato. É sempre indispensável que, dado determinado objecto, possam ou não as partes vincular-se a seu respeito. (...) No caso, as partes tiveram, ao celebrarem o contrato de fornecimento de energia eléctrica, de aceitar uma imposição do poder público, de submeterem a juízo arbitral certas divergências que surgissem. Só lhes restava uma alternativa: não contratarem o fornecimento de energia. Não vigorou aqui, num mínimo, a autonomia da vontade. Logo, não existe, em caso algum, tribunal arbitral voluntário".

[758] No plano da doutrina encontramos J. C. VIEIRA DE ANDRADE já abordou, em parte a questão, afirmando que se poderia tentar fundar "a proibição de recurso à jurisdição estadual na sua aceitação" pelos agentes desportivos, a qual valeria, deste modo, como "uma renúncia aos respetivos direitos fundamentais". Todavia, conclui o referido autor que tal conceção não poderia configurar uma renúncia ao exercício de um direito fundamental nos termos da CRP, dado que sendo uma adesão genérica a um regulamento heterónomo, não se preenchem os requisitos exigidos para a validade de um ato de autolimitação de um direito, liberdade e garantias. Logo, a renúncia, para ser válida "em de ser individual e não poderia resultar em termos genéricos da vinculação regulamentar". Cfr. "Os Direitos Fundamentais...", pp. 38-39.

[759] A. MENEZES CORDEIRO coloca o problema, quanto à utilização de cláusulas contratuais gerais, em termos simples: "o recurso a ccg não põe em causa a liberdade dos aderentes: podem contratar ou não; não lhes fica, porém, margem para negociar o que contratem. Além disso, a própria liberdade de contratar fica em crise perante situações de monopólio", cfr. *Tratado de...Civil* II – *Parte Geral*, p. 371

[760] Ac. do TRP, de 23/10/2014. Este processo tinha por objeto o recurso da decisão da primeira instância, onde se havia decidido, segundo o que se cita na decisão do TRP, que "é absolutamente seguro estarmos perante uma situação submetida exclusivamente a arbitragem, ainda que não se possa qualificar como de arbitragem necessária. Especificando, diremos que se trata de uma situação de arbitragem voluntária, mas submetida necessariamente a esta forma de jurisdição por opção pré-determinada pelas partes. Tratar-se-á, portanto, de um "meio-caminho" entre a arbitragem necessária e a voluntária".

modalidades de arbitragem – a voluntária e a necessária – não havendo lugar a um terceiro tipo. Por conseguinte, não tendo os regulamentos da Liga e da FPF – onde se prevê a obrigatoriedade de adesão – natureza de lei, a presente hipótese não se pode reconduzir a um caso de arbitragem necessária, o que significa, por exclusão de partes, que estamos perante uma arbitragem voluntária.

IV– No que respeita ao plano transnacional, a questão da voluntariedade da arbitragem desportiva tem sido alvo de fortes críticas, bem como objeto de decisões jurisprudenciais menos favoráveis à manutenção da ideia da raiz consensual do instituto. Um dos principais motores da desconstrução da qualificação como voluntária da arbitragem desportiva foi o litígio que opõe a atleta CLAUDIA PECHSTEIN à ISU e à Federação de Patinagem de Velocidade Alemã[761].

Numa perspetiva sintética[762], a factualidade subjacente ao litígio é a seguinte: aquando de controlos antidopagem, e sem que tenham sido identificadas substâncias proibidas concretas nas suas análises, a atleta apresentou valores considerados como estando fora dos parâmetros normais. Em virtude desses resultados, a ISU puniu a atleta, anulando os resultados obtidos pela mesma no *World Allround Speed Skating Championships* e aplicando, em simultâneo, uma sanção de inelegibilidade[763] por um prazo de dois anos, a qual incluia uma proibição genérica de participação em qualquer tipo de competição, bem como, inclusivamente, de utilização dos recintos para fins de treino[764].

Após não ter conseguido obter sucesso junto do TAS[765], bem como junto do TFS[766], a atleta buscou tutela junto do Landgericht de Munique I[767], seguindo-se recurso

[761] O impacto deste litígio levou, inclusivamente, alguns autores a questionar a viabilidade do futuro da arbitragem desportiva internacional no ordenamento jurídico alemão, cfr. J. ORTH, "Zur Zukunft der...", pp. 230 e ss.
[762] Para uma contextualização do percurso judicial seguido por CLAUDIA PECHSTEIN, cfr. D.-REINER MARTENS E AL. ENGELHARD, "Is the Pechstein...", pp. 75-99.
[763] Nos termos do art. 102.º, n.º 7 da ISU.
[764] A reação judicial da atleta às sanções que lhe foram aplicadas passou por diversas instâncias, nacionais e internacionais. Para maiores desenvolvimentos sobre estas decisões, v. A. DUVAL, "Not in My...", pp. 169 e ss.
[765] Cfr. ac. CAS 2009/A/1912 e CAS 2009/A/1913, de 25 de Novembro 2009.
[766] V. ac. 4A_612/2009, de 10 de fevereiro de 2010.
[767] Cfr. ac. do Landgericht, de 26 de Fevereiro de 2014.

para o OLG[768] e finalmente ao Bundesgerichtshof[769-770]. Posteriormente, a atleta apresentou o seu caso junto do TEDH[771], sendo somente nessa decisão que nos iremos focar, pois o nosso interesse dirige-se apenas à questão da voluntariedade do recurso à arbitragem e as suas consequências no plano jurídico.

Ao analisar a situação da recorrente, o TEDH veio confirmar a orientação que já era propugnada na doutrina quanto à falta de voluntariedade na aceitação da cláusula compromissória nos casos em que uma das partes – neste caso em concreto, a ISU – assume uma posição dominante no mercado – em virtude do espaço monopolista que ocupa – a qual deixa a sua contraparte numa situação de ausência de liberdade de escolha.

Neste contexto, vem o tribunal afirmar que uma distinção deve operada entre os casos em que existe uma possibilidade de escolha por parte do sujeito e aqueles em que a celebração da convenção de arbitragem surge como imposta. No caso PECHSTEIN, a recorrente, ao contrário do que sucede em hipóteses do foro comercial em que as partes contratantes podem escolher um parceiro em detrimento de outro, ficou numa situação em que a sua única escolha era "aceitar a cláusula compromissória e, desse modo, assegurar a sua subsistência através da prática profissional da sua modalidade desportiva ou não aceitar essa cláusula, ficando nessa hipótese obrigada a abster-se de assegurar a sua subsistência através da prática profissional desportiva"[772]. Como bem reconhece o TEDH, a hipótese que se colocava à atleta caso não aceitasse a cláusula compromissória não se reconduzia a escolher participar numa competição ao invés de outra[773], o que significa que, materialmente, esta situação não é idêntica às hipóteses em que os sujeitos têm a possibilidade de celebrar um contrato com outro parceiro comercial – ainda que os termos de um possam ser mais ou menos vantajosos que os oferecidos pelo outro. Com efeito, "a única escolha da segunda recorrente [Pechstein] era aceitar a cláusula compromissória e assim assegurar a sus subsistência financeira através da prática

[768] V. decisão de 15/01/2015.
[769] Cfr. decisão de 07/06/2016.
[770] Neste momento está ainda pendente o recurso da atleta junto do Tribunal Constitucional alemão.
[771] V. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*. Considere-se que o TEDH apensou os processos de Claudia Pechstein e Mutu, analisando ambos na mesma decisão.
[772] V. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 113.
[773] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 113.

profissional da sua modalidade desportiva ou, não aceitando a cláusula, seria obrigada a abster-se de desenvolver a sua atividade naquele nível e de forma profissional"[774].

Esta é, como não poderia deixar de se destacar, uma situação materialmente distinta da factualidade que se verifica no caso do jogador de futebol Mutu[775], pois aqui, como resulta da factualidade apresentada na decisão, a posição do atleta é diferente daquela que se verificou no caso Pechstein. Com efeito, no caso Mutu a convenção de arbitragem resulta do contrato que o mesmo celebrou com o seu empregador – o clube de futebol Chelsea – e já não das normas da própria federação[776]. Por conseguinte, o TEDH, embora não negue a disparidade de poder negociar que se regista entre o atleta e o clube em causa, entendeu que praticante desportivo não logrou provar que estava colocado perante a mesma escolha binária que enfrentou Claudia Pechstein: aceitar e praticar a sua atividade de forma profissional ou rejeitar a cláusula[777].

Assim, concluiu o TEDH quanto ao caso Pechstein que atendendo às limitações que resultariam para a sua vida profissional, em razão da rejeição da cláusula, não se pode considerar que tenha existido "uma aceitação livre inequívoca" da atleta, motivo pelo qual o tribunal decidiu que "ainda não tenha sido imposta por lei, mas pelos regulamentos da ISU, a aceitação da jurisdição do TAS, pela segunda recorrente, deve ser considerada como arbitragem compulsória, no sentido atribuído ao termo na jurisprudência deste tribunal"[778].

Esta conclusão do TEDH é um passo significativo no plano da qualificação da natureza jurídica deste modelo arbitral, sobretudo se atendermos às consequências que no plano do regime jurídico aplicável daí resultam. De acordo com a conceção de arbitragem (voluntária) que sufragamos, este modelo de arbitragem forçada ou putativamente voluntária[779] não se pode reconduzir ao conceito de arbitragem voluntária, ainda que se

[774] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 113.
[775] Cujo processo foi apensado ao processo Pechstein pelo TEDH.
[776] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 117.
[777] Por outro lado, considerou o tribunal que ao jogador Mutu "falhou em demonstrar que outros clubes de futebol profissional, que talvez tenham mais meios financeiros mais modestos, se teriam recusado a contratá-lo se no contrato se previsse a resolução de litígios nos tribunais ordinários" [e não por via arbitral].
[778] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 114-115.
[779] V. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, pp. 115 e ss.

alegue que existe uma convenção de arbitragem celebrada pelas partes. Estamos, em bom rigor, mais perto da realidade da arbitragem necessária[780].

É certo que a arbitragem desportiva que se desenvolve nestes moldes não é imposta por lei – como sucede com a arbitragem necessária no sentido puro do termo –, motivo pelo qual preferimos designá-la por arbitragem forçada. No entanto, atendendo ao traço material essencial que a caracteriza – a ausência de uma vontade material livre em recorrer à arbitragem[781] – não podemos deixar de assinalar que estamos perante um exemplo de arbitragem sem consentimento. Estamos, pois, perante uma figura que se aproxima mais da arbitragem necessária, pois partilha com esta última um traço essencial: a inexistência de um lugar central para o elemento voluntarístico, a qual apenas varia em grau, ou seja, a desconsideração do consentimento de ambas as partes ou de somente um dos contraentes.

Não podemos, portanto, concordar com a opinião expressada pelo TRP[782] de que apenas existem duas modalidades de arbitragem: a voluntária e a necessária. A arbitragem tem sofrido evoluções nos anos mais recentes, não se reconduzido somente aos modelos de típicos de arbitragem voluntária e arbitragem necessária no sentido mais tradicional destas qualificações. Pense-se, a título ilustrativo, nos casos em que, por via de previsão legal, uma das partes da relação jurídica pode impor a via arbitral à sua contraparte, ficando esta última vinculada à mesma, operando este cariz necessário da arbitragem apenas de modo unilateral: é voluntária para uma das partes – o consumidor – e necessária para a sua contraparte[783]. O "meio caminho" que o TRP negou veementemente na sua

[780] A qual definimos no início da nossa dissertação, no capítulo I, como a arbitragem que não resultando de um ato de vontade das partes, é imposta pelo legislador como o meio existente para a resolução de um determinado conflito ou conjunto de conflitos.
[781] Cfr. C. JARROSSON, "Les frontiéres...", pp. 20 e ss.
[782] Ac. do TRP, de 23/10/2014.
[783] Consideramos aqui os casos que se verificam, no nosso ordenamento jurídico, no domínio do Direito do Consumo, como, por exemplo, o que resulta do art. 15.º, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, na versão da Lei n.º 51/2019, de 29 de Julho, onde se estabelece que "Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados". Um outro exemplo pode ser encontrado no art. 14.º, n.º 2 da LDC, onde se dispõe que "Os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados", cfr. ac. do TRP, de 23/10/2014.

decisão[784] já está, afinal, presente no nosso ordenamento jurídico sob a forma de uma arbitragem híbrida, a qual comunga de elementos típicos da arbitragem voluntária (a possibilidade de o consumidor poder escolher a que mecanismo pretende recorrer para solucionar os seus litígios) e de elementos típicos da arbitragem necessária (a obrigatoriedade daquele meio para a contraparte do consumidor).

Em virtude desta evolução da arbitragem, temos vindo, a defender[785] que o conceito de arbitragem necessária se tem assumido, cada vez mais, como tendo uma natureza pluriforme, na medida em que permite compreender realidades distintas sob a mesma designação. Por um lado, inclui as hipóteses em que é o próprio legislador que determina que um dado conjunto de litígios será objeto de decisão arbitral (o conceito clássico de arbitragem necessária). Por outro lado, podemos ainda reconduzir a este conceito as hipóteses em que "em virtude da existência de uma desigualdade estrutural entre as partes, uma delas – a parte mais débil da relação jurídica – se vê compelida a aceitar a submissão ao mecanismo arbitral"[786].

A qualificação da arbitragem desportiva como obrigatória ou forçada nada tem de questão semântica ou teórica, projetando, pelo contrário, consequências diretas no regime jurídico aplicável. O reconhecimento da sua real natureza conduz não só ao fim da necessidade de tentar justificar a sua génese contratual, mas também à conclusão de que o respetivo regime jurídico, desde logo a nível de garantias processuais, não pode ser idêntico ao que se verifica nas hipóteses de jurisdição voluntária[787].

[784] Como afirma o TRP "a lei apenas reconhece duas formas de arbitragem: a necessária e a voluntária, não reconhecendo em parte alguma uma arbitragem "intermédia" e muito menos o "meio caminho" entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária a que a sentença se refere".
[785] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da...", pp. 91 e ss.
[786] A terceira categoria de casos subsumíveis ao conceito são os anteriormente identificados, nos quais a arbitragem é necessária para uma parte e voluntária para a outra. Defendendo a constitucionalidade destes mecanismos em particular, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da...", pp. 91 e ss., *maxime* 95 e ss. A propósito do mesmo problema, mas no domínio da arbitragem tributária, cfr. ac. 244/2018 do TC.
[787] Tal como refere G. KAUFMANN-KOHLER E P. HENRY, "Formula 1 racing...", p.186, o cerne da discussão desloca-se para a análise do plano dos requisitos e garantias que este modelo deve preencher e que, nessa medida, "vêm substituir o consentimento". Este tema será objeto de uma análise detalhada no próximo capítulo da nossa dissertação.

V – Um último aspeto que merece uma menção da nossa parte concerne ao impacto que esta ausência de uma vontade materialmente livre na celebração da convenção de arbitragem pode assumir quanto à validade da convenção de arbitragem[788].

Do ponto de vista da sua validade, a ausência de uma vontade materialmente livre não tem por efeito imediato a invalidade da convenção de arbitragem celebrada pelas partes[789-790]. Contanto que os requisitos de validade exigidos pela LAV no seu art. 2.º se encontrem preenchidos[791], e que, em simultâneo, não se verifique a existência de algum dos vícios da vontade previstos no CC[792] a convenção de arbitragem será, em teoria, válida. O facto de a celebração da convenção surgir, para o praticante desportivo, como uma imposição de facto para o acesso à sua profissão – a prática profissional da modalidade – não se reconduz, em princípio, a qualquer um dos casos de falta ou vícios da vontade consagrados no nosso CC, motivo pelo qual a convenção de arbitragem seria considerada como válida.

Não obstante, quando a convenção de arbitragem haja sido celebrada por via de cláusulas contratuais gerais ou consubstancie um contrato de adesão, a mesma deve respeitar o disposto no DL CCG, o que inclui, naturalmente, a proibição constante do art. 21.º, al. h), relativo a cláusulas que "excluam ou limitem de antemão a possibilidade de

[788] Cfr., entre outros, M. MAISONNEUVE, "Oberlandesgericht München, Az....", p. 337, M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy…", pp. 11 e ss e da mesma autora, com amplos desenvolvimentos, *L'association sportive...*, pp. 281 e ss.

[789] No mesmo sentido, e quanto ao direito alemão, cfr. a decisão do OLG de 15 de Janeiro de 2015, § 90. Como explica M. MAISONNEUVE, "Oberlandesgericht München, Az...", p. 338, de acordo com o raciocínio adotado pelo tribunal, "para o consentimento ser válido, o mesmo não tem de ser, em princípio, perfeitamente livre. Tem de ser somente livre de vícios".

[790] M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy…", p.11-13, refere que o TFS partilha do mesmo entendimento, o qual é pautado por um "olhar benevolente" quanto à voluntariedade das cláusulas compromissórias no âmbito da arbitragem desportiva, o que se traduz numa dificuldade acrescida para o atleta que pretenda anular a sentença com fundamento na falta de consentimento aquando da celebração da convenção de arbitragem. cfr. da mesma autora, "Droits de la personnalité et arbitrage...", pp. 718 e ss.

[791] Por requisitos de validade da convenção de arbitragem referimo-nos ao respeito pela forma escrita (art. 2.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4 da LAV), a determinação do objeto do litígio (art. 6.º, n.º 1 da LAV) ou da relação jurídica a que os litígios respeitem (art. 6.º, n.º 1 da LAV, segunda parte da LAV) e a declaração de vontade inequívoca das partes em submeter os seus litígios a arbitragem (arts. 1º e 2º da LAV). A par deste conjunto de exigências – materiais e formais – de validade, a convenção de arbitragem deve, quando revista a natureza de cláusula contratual geral ou de contrato de adesão, respeitar os requisitos exigidos pelo DL CCG.

[792] Não se pode ignorar que à convenção de arbitragem, a par dos requisitos previstos na LAV, são, enquanto negócio jurídico, aplicáveis as regras gerais previstas no CC. Cfr. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 128, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 141,

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"[793]. Pese embora a epígrafe da secção III se refira a relações com consumidores finais, não podemos deixar de considerar que a mesma se aplica às convenções de arbitragem relativas a litígios desportivos celebradas no nosso ordenamento jurídico, na medida em que o art. 20.º do DL CCG dispõe de forma expressa que as proibições desta secção se aplicam nas relações com os consumidores finais, é certo, mas também, "genericamente, em todas as não abrangidas pelo artigo 17.º". Esta interpretação tem sido defendida entre nós[794], afirmando-se que da formulação da norma resulta, de forma inequívoca, que o mesmo se aplica a todas as relações que não se encontrem abrangidas pelo art. 17.º do DL CCG, ou seja, a todas as relações exceto as que se desenvolvam entre empresários ou aqueles que exerçam profissões liberais. Daqui decorre que o regime estalecido para as relações com os consumidores é, nesta medida, o regime comum, pelo que se aplica também às relações entre simples particulares que não sejam qualificados como consumidores[795].

Ora, atendendo a que este modelo de convenções de arbitragem não se reconduz às hipóteses consagradas no art. 17.º, somos forçados a concluir que se reconduzem ao âmbito do art. 20.º do DL CCG.

Neste sentido, a convenção de arbitragem poderá padecer do vício de nulidade quando, sendo aplicável o Direito português, exclua ou limite de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou preveja modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei. O primeiro problema já foi por nós analisado[796], o segundo dependerá de uma análise dos termos em que se desenvolve o processo arbitral, designadamente quanto às garantias processuais. Esta análise deve ser feita de uma forma geral, mas sem nunca deixar de atender a uma análise casuística do problema.

[793] Remete-se, neste ponto, para a análise feita no §6, 6.5.
[794] Cfr. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas Contratuais Gerais... Fé", p. 582.
[795] V. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas Contratuais Gerais... Fé", p. 582.
[796] Cfr. §6, 6.5.

CAPÍTULO IV

§ 8.º O IMPACTO DA NATUREZA NÃO VOLUNTÁRIA DA ARBITRAGEM DESPORTIVA NO PROCESSO ARBITRAL E NO ACESSO À JUSTIÇA

8.1. Contextualização

I – O paradigma clássico que subjaz à celebração de negócios jurídicos – entre os quais se incluem, naturalmente, as convenções de arbitragem – reconduz-se à ideia de igualdade contratual das partes[797]. Nesse contexto – de paridade dos sujeitos jurídicos – a opção pelo recurso à arbitragem apresenta-se como uma forma racional de gestão dos seus conflitos, muitas das vezes assente num raciocínio de equilíbrio entre a relação de custo-benefício.

Significa isto que os contraentes acordam – na sequência de um processo negocial que compreende cedências de ambas as partes com vista a maximizar os benefícios que pretendem recolher daquele contrato – que os litígios que os opõem serão resolvidos através do recurso a mecanismos arbitrais, ficando subtraídos à jurisdição dos tribunais comuns. Num cenário ideal com estas características, os termos contratuais negociados refletem os interesses dos contraentes envolvidos[798]. Por conseguinte, o conteúdo da convenção de arbitragem, bem como as características do processo arbitral que ao abrigo daquela viesse a ter lugar, seriam produtos da vontade das partes, correspondendo aos seus interesses[799].

---

[797] Remete-se a este propósito para o capítulo II da presente dissertação.
[798] Cfr. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between…, p. 13.
[799] Esta busca pela consagração de soluções adequadas à prossecução dos interesses e posições das partes é potencializada precisamente pelas vantagens que a arbitragem oferece enquanto mecanismo de resolução de conflitos, designadamente a sua flexibilidade e consequente ajustamento do processo aos traços particulares do litígio que se visa resolver (v., a título de exemplo, F. OSCHÜTZ, "Institutional Arbitration in...", pp. 508-509). Sem prejuízo de todas as outras vantagens resultantes da resolução de conflitos por via arbitral, a possibilidade de as partes poderem adequar o processo e as regras dos mesmos aos seus interesses – dentro dos limites legais imperativos, como, por exemplo, os previstos no art. 30.º da LAV – é inequivocamente um dos maiores benefícios resultantes da opção por esta via de compsição de litígios. Sobre as vantagens em geral da arbitragem, cfr., entre outros, G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. I, pp. 73 e ss., N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, pp. 43 e ss., B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and*

Todavia, nos casos em que se regista um forte pendor de desequilíbrio na relação entre os contraentes, o mecanismo contratual apresenta-se como suscetível a falhas e, desse modo, a especialidade e o benefício que poderiam advir do consenso negocial são substituídos pela posição tendencialmente autoritária de um – ou alguns – dos intervenientes. Este risco que advém da possibilidade da liberdade contratual de um dos contraentes se apresentar como um mecanismo de heterodeterminação, e nessa medida como um elemento compressor da esfera de autonomia privada do outro interveniente, pode converter a convenção de arbitragem e o respetivo processo arbitral num mecanismo menos adequado no plano das garantias para a parte mais débil.

Ainda assim, esclareça-se que não tomamos como ponto de partida a verificação de uma simbiose entre a natureza menos garantística de um determinado processo arbitral e a existência de uma relação de desigualdade estrutural entre as partes contraentes da referida convenção. O que significa, portanto, que este desequilíbrio processual não é uma consequência necessariamente automática daquele tipo de relações jurídicas, pese embora seja comum, especialmente no domínio desportivo[800]. Considere-se, a este propósito, o exemplo propiciado pela arbitragem de conflitos de consumo, a qual, no nosso ordenamento jurídico, consubstancia, muitas vezes e em virtude das especificidades[801] que se registam nos conflitos de consumo, a única possibilidade de tutela para os consumidores[802]. Neste contexto não só não se têm suscitado dúvidas quanto ao cumprimento do *due process* no âmbito destes mecanismos arbitrais, como se tem registado uma verdadeira aposta legislativa na consolidação da arbitragem no domínio do Direito do Consumo[803].

Domestic…, pp. 7 e ss. No plano nacional e ainda que focando a análise das mesmas na contraposição entre a arbitragem *ad hoc* e a institucional, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 35 e ss.

[800] Sufragando também esta posição, A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right...", p. 264, afirmando, nomeadamente, que "embora as convenções de arbitragem tenham um impacto direto nos direitos fundamentais e, no caso particular do desequilíbrio de poder negocial, envolvam riscos significativos para as partes mais débeis, desse facto não resulta que as cláusulas de arbitragem forcada sejam por si só nocivas".

[801] Sobre a especificidade dos conflitos de consumo, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da...", pp. 96 e ss., bem como M. J. CAPELO, "A Lei de...", pp. 101 e ss.

[802] Cfr. P. COSTA E SILVA, *A Nova Face...*, pp. 36 e ss. e A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da arbitragem...", p. 96

[803] Pense-se, a este respeito, na alteração à LDC com a qual se introduziu no art. 14.º um regime de arbitragem necessária ou mediação, por opção do consumidor, dos conflitos de consumo de reduzido valor económico.

Contudo, o afastamento de tal preconceito não impede que se reconheça que existem situações particulares que podem colocar em causa a posição da parte mais débil e que, nessa medida, carecem de problematização, pois não nos esqueçamos, naturalmente, que o objeto da convenção é a disposição sobre o exercício do direito fundamental de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva[804].

II – A análise da potencial influência do desequilíbrio contratual no plano do processo arbitral é um tema complexo de analisar por uma variada ordem de razões. Em primeiro lugar, porque assenta na confluência de dois tipos de preconceito. Para os defensores do modelo tradicional de justiça – que se desenvolve nos tribunais estaduais – o recurso aos meios de resolução de litígios pode, *in extremis*, mesmo consubstanciar uma espécie de justiça de segundo grau[805].

Em segundo lugar, para aqueles que entendem que a arbitragem configura um mecanismo típico de Direito Privado escolhido por acordo das partes, sendo uma alternativa desejada por todos os contratantes, é difícil reconhecer que da existência de uma relação assimétrica pode resultar naquele domínio uma opção que seja suscetível de ser prejudicial para uma das partes. Em princípio, a sua génese contratual fundamentaria sempre a "justeza" do mecanismo, não havendo consequências negativas a identificar, mesmo nas hipóteses em que a dinâmica de poder da relação jurídica se encontre caracterizada por uma forma assimétrica ou díspar[806].

[804] Como relembra P. GONÇALVES, "[o] que a instituição de tribunais arbitrais voluntários representa, ou pode representar, é a voluntária renúncia ao direito de acesso aos tribunais do Estado", cfr. *Entidades Privadas com...*, p. 565, nota 450, pois, desta forma, "as partes num litígio atual ou potencial podem decidir prescindir dos tribunais do Estado e recorrer a serviços de justiça privados", v. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 130. Em contrapartida, "a convenção de arbitragem impede em absoluto as partes de recorrer aos tribunais do Estado, salvo explícito ou implícito em contrário", v. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 124. De acordo com C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV*, p. 25, o objeto da convenção é "a resolução substancial de um litígio (...) não por acordo das partes, mas por via instrumental, cometendo a solução a terceiros".
No plano da jurisprudência do TC, cfr., entre outros, os acs n.º 230/2013, n.º 781/2013.

[805] Sobre a relação entre a justiça arbitral e os tribunais estaduais, cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, "Tribunais estaduais e...", pp. 115 e ss. Ainda sobre a possibilidade de os meios de resolução alternativa de litígios assumirem um potencial lesivo, v. E. BRUNET, "Questioning the quality...", pp. 1-56.

[806] Para uma contextualização deste problema, cfr. T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen...*, pp. 53 e ss.

Por outro lado, os riscos que podem advir ou acompanhar uma convenção de arbitragem celebrada no seio de uma relação jurídica desta natureza são diversos entre si, não se reconduzindo a uma só categoria.

III – Não obstante a sua disparidade, a doutrina que se tem dedicado a analisar estas questões tem sugerido que os potenciais aspetos negativos resultantes da conclusão daquele tipo de convenções de arbitragem podem ser agrupados em duas grandes categorias[807]: a primeira relativa a dificuldades no plano de acesso à justiça (arbitral) e a segunda respeitante a desequilíbrios no plano processual, divisão com a qual concordamos. Esta não é, no entanto, uma divisão estanque, na medida em que as dificuldades sentidas no plano do processo arbitral são aptas, em termos materiais, a prejudicar o acesso à justiça das partes signatárias da convenção. Considerem-se, a título ilustrativo, a possibilidade de, em sede de arbitragem *ad hoc*[808-809], uma das partes, utilizando a sua posição predominante, poder prever a existência de custas processuais tão elevadas que acabem, na prática, por demover um dos contraentes de buscar tutela quanto ao seu problema junto do tribunal arbitral[810-811].

[807] T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, p. 79 e do mesmo autor, "Arbitration Agreements between…", p. 13.

[808] Os problemas podem também verificar-se no plano da arbitragem institucionalizada, não sendo este um domínio isento de dificuldades. Considerem-se, a este propósito, as diversas críticas que têm sido dirigidas ao TAS, não necessariamente quanto às custas do procedimento arbitral, mas, por exemplo, quanto ao desequilíbrio estrutural que preside à constituição da lista de árbitros deste centro arbitral. V., entre outros, B. EHLE E I. GUAIA "Bundesgerichtshof, Az. KZR...", p. 415, bem como, com uma apreciação generalizada dos problemas apresentados pelo TAS, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 388 e ss.

[809] A questão das custas elevadas pode colocar-se também no plano da arbitragem institucionalizada. Será o caso quando a parte oferente da convenção de arbitragem remeta, por exemplo, a resolução do litígio para o TAD, dado que os valores praticados em sede arbitragem voluntária são idênticos aos aplicáveis ao processo arbitral necessário, caracterizando-se, assim, por serem substancialmente mais elevados do que os praticados nos tribunais estaduais. Cfr., Regulamento de processo e custas processuais no âmbito da arbitragem voluntária do TAD, disponível *on-line*.

[810] A questão das custas relacionadas com o processo arbitral assume-se como central no seio da discussão sobre um eventual potencial abusivo (na expressão sugerida por T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, pp. 79 e ss.) resultante da conclusão de uma convenção de arbitragem. Neste momento não se desenvolve o problema, na medida em que o mesmo será retomado nos pontos seguintes. Ainda assim, para uma brevíssima contextualização geral, remete-se para A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 349 e ss.

[811] Não ignoramos todas as dificuldades que rodeiam o problema da insuficiência económica das partes quando as mesmas se encontrem vinculadas por uma convenção de arbitragem – comummente designada pelo termo "impecuniosidade" – designadamente a alegação de "insusceptibilidade de aplicação" (a expressão é oferecida por A. RIBEIRO MENDES, "A falta de...", p. 9) da convenção arbitral nesses casos. A temática tem vindo a ser, inclusivamente, debatida em sede do Tribunal Constitucional, conforme é exemplo disso o ac. 311/2008.

8.2. Possíveis dificuldades no plano do acesso à justiça arbitral

Aquando da elaboração da convenção arbitral, as partes são relativamente livres de introduzir as cláusulas contratuais que mais lhes aprouverem. No exercício da sua liberdade contratual podem regular os seus interesses pela forma que lhes parecer ser a mais conveniente, tendo como único limite negativo as regras imperativas aplicáveis. Neste sentido, o planeamento dos termos da convenção e subsequente processo arbitral deveria estar em conformidade com os interesses de todos os contraentes. Nem sempre assim sucede.

De facto, quer seja sob a forma de cláusulas contratuais gerais ou de contratos de adesão, quer nas hipóteses em que um dos contraentes tem uma posição de poder tão forte sobre a outra parte que não lhe deixa outra hipótese que não seja celebrar a convenção[812], a existência de convenções de arbitragem desenhadas de acordo com interesses unilaterais são cada vez mais frequentes. Nessa configuração constam, em regra, diversas estipulações que têm por efeito atuar como barreiras ao exercício do direito de iniciar ou prosseguir com o processo arbitral[813], destacando-se entre as mesmas os custos – incluindo nesta designação genérica todas as despesas económicas relacionadas ou decorrentes da arbitragem – com o processo arbitral.

a. Custos com o processo arbitral

[812] Cfr. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between...", pp. 13 e ss.

[813] Como contextualizam T. EISENBERG, G. P. MILLER E E. SHERWIN, "Arbitration's Summer Soldiers...", p. 872, é comum afirmar-se, entre os seus opositores, que a introdução de cláusulas compromissórias nos contratos de relações jurídicas de consumo nos EUA – cuja arbitragem de consumo em nada se aproxima da matriz seguida no ordenamento jurídico português, não partilhando das características distintivas da figura portuguesa – se apresenta quase como uma modalidade de arbitragem obrigatória. Por outro lado, surgindo, em regra, acopladas a uma renúncia expressa à propositura de *class actions*, essas convenções são limitadas e insatisfatórias no que concerne à resolução dos litígios dos consumidores, resultando, isso sim, "num modo de resolução de conflitos imposto por corporações economicamente poderosas a consumidores não sofisticados sem que exista um consentimento genuíno" por parte destes últimos. Sobre o problema da introdução de cláusulas compromissórias nos contratos de consumo, notando nomeadamente que, na maior parte dos casos, os consumidores aceitam estas cláusulas por mero efeito de adesão ao contrato "principal", cfr. R. M. ALDERMAN, "Pre-Dispute Mandatory...", pp. 59 e ss., M. E. BUDNITZ, "Arbitration of Disputes...", pp. 317 e ss., D. S. SCHWARTZ, "Enforcing Small Print...", pp. 55 e ss. Destacando a possível compressão dos direitos dos consumidores pelo efeito da celebração de uma convenção de arbitragem nesse domínio, v. L. J. DEMAINE E D. R. HENSLER, " 'Volunteering' to Arbitrate...", pp. 73-74.

I – Partindo de uma perspetiva racional e tomando como ponto de partida a posição do homem médio ou do bom pai de família, o fator económico é um dos elementos determinantes para que uma das partes em litígio decida qual a estratégia processual que vai adotar.

É, sobretudo, em virtude do valor da causa e do valor do pedido que o hipotético demandante decide[814] se, e em que medida, vai desencadear os mecanismos necessários à tutela do seu direito[815]. Esta conclusão é empiricamente suportada pelo que se verifica no domínio das relações jurídicas de consumo em Portugal: nestas hipóteses o valor económico do litígio que opõe as partes é, em regra, reduzido ou diminuto[816], de tal modo que buscar tutela junto dos tribunais estaduais não seria uma verdadeira alternativa[817] – viável – para a composição do mesmo[818].

No entanto, se tomarmos em consideração a desigualdade estrutural que se verifica nestas situações entre os contraentes, devemos manter presente que aquela se manifesta em diversos aspetos: não é somente uma questão de fragilidade económica, mas uma conjugação de fatores diversos entre si, entre os quais se destacam a debilidade a nível informativo, de apoio jurídico ou mesmo de inexperiência. Por conseguinte, para estes intervenientes – que em momento anterior designámos de *one shooters* – quer a capacidade de análise do conteúdo da convenção arbitral, quer sequer a possibilidade de compreensão dos efeitos jurídicos e práticos resultantes da mesma, está seriamente

[814] Sobre o planeamento económico das vias de composição de um litígio, v. C. R. DRAHOZAL, "Arbitration Costs and...", p. 760.
[815] Como destacam K. N. HYLTON E C. R. DRAHOZAL, "The Economics of...", p. 1, este raciocínio de eficiência económica já se encontra presente em momento anterior, designadamente quando as partes optam pelos meios de resolução de litígios a incluir no seu contrato, sendo que a opção passa por escolher "o meio de composição de litígios que lhes permita minimizar os custos da sua relação". Sobre os motivos que podem levar as partes a optar pela inclusão de uma convenção de arbitragem no seu contrato, v. C. R. DRAHOZAL, "Why Arbitrate? Substantive…", pp. 161 e ss.
[816] Frise-se, em particular, que não consideramos o valor reduzido ou diminuto como sendo uma característica indissociável dos conflitos de consumo, não consubstanciando um elemento típico das mesmas. É, contudo, uma realidade frequente.
[817] Como afirma P. COSTA E SILVA, a propósito da qualificação como alternativos dos meios de resolução alternativa de litígios, "se a justiça pública não é, nem eficiente, nem acessível, para além de evidente violação de garantias constitucionais, os meios chamados de alternativos acabam por ser necessários", cfr. *A Nova Face da...,* p. 36.
[818] V. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da...", p. 94. Também a qualificação dos litígios de consumo como sendo, tendencialmente, de valor diminuto ou reduzido, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A.R FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 358-359.

comprometida, desde logo por não se encontrarem, sequer, num patamar aproximado daquele em que se situam as suas contrapartes negociais.

Desta feita, quando o litígio se torna uma realidade e, nessa sede, são confrontados com os efeitos práticos da convenção de arbitragem, os elementos mais débeis da relação jurídica tomam uma real perceção[819] dos custos envolvidos na condução do processo arbitral.

II – Um argumento que permite – pelo menos num plano teórico – refutar a possibilidade de os custos com o processo arbitral poderem funcionar – ou serem funcionalizados nesse sentido – como um entrave ao acesso à justiça, pode ser formulado nos seguintes termos: nem sempre a justiça arbitral se apresenta como mais onerosa ou dispendiosa que a justiça estadual, sendo, em algumas hipóteses, inclusivamente mais acessível do ponto de vista financeiro[820].

Em alguns casos a justiça arbitral apresenta-se, do ponto de vista económico, como menos onerosa do que a opção oferecida pelos tribunais estaduais, desde logo por dois motivos[821]. Em primeiro lugar, em algumas hipóteses, circunscritas a domínios concretos, existem modalidades de arbitragem tendencialmente gratuitas[822] ou, noutro caso, modalidades de arbitragem que apresentam custas inferiores às previstas para a resolução do mesmo caso nos tribunais estaduais[823]. Em segundo lugar, ao apresentar-se

[819] Remete-se a este propósito para o que se disse no capítulo II, § 3 sobre a assimetria informativa existente no âmbito das relações de desigualdade estrutural, bem como sobre a menor sofisticação de uma das partes da relação jurídica.

[820] V., quanto a este aspeto em particular, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 349.

[821] Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, designadamente quando afirma que as "arbitragens, para causas de valor elevado são (muito) mais baratas do que a justiça do Estado e isso mesmo antes de, por pressão deste se terem substancialmente reduzido os honorários dos árbitros", cfr. *Tratado da Arbitragem*, p. 116.

[822] É o que se verifica no caso da arbitragem institucionalizada no domínio dos conflitos de consumo, em que os centros funcionam de modo gratuito para as partes ou, quando exista lugar ao pagamento de uma taxa, com um valor diminuto, quase simbólico e que em nada se aproxima dos montantes cobrados a título de taxa de justiça nos tribunais estaduais. Cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 358-359. Considere-se o disposto no regulamento art. 16.º do Regulamento do CNIACC. Outros centros, como sucede com o CACCL, além de preverem situações de isenção de custos, cobram valores bastante reduzidos, os quais se podem situar entre os dez e os quarenta euros. Cfr. o regulamento da taxa de utilização dos Serviços de Mediação e Arbitragem do CACCL, disponível *on-line*.

[823] Considere-se aqui o que sucede no domínio dos conflitos de Direito Administrativo submetidos, em sede de arbitragem voluntária, ao CAAD, os quais beneficiam, em regra, de custas de valor reduzido. Com maior desenvolvimento, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 357 e ss.

como uma via mais célere para a resolução dos litígios, na medida em que os tribunais arbitrais proferem a sentença, em regra, de um modo mais célere[824] do que sucede junto dos tribunais estaduais, permite-se um ganho no plano da eficiência. Uma decisão proferida num espaço de tempo mais reduzido implica que os próprios custos a suportar com o processo sejam, nessa medida, diminuídos, dado que o desenrolar do processo num longo período temporal implica, necessariamente, custos superiores com a manutenção do mesmo[825].

Em suma, existem alguns domínios específicos – sobretudo, e como referimos, no âmbito das relações jurídicas de consumo e quanto às questões de Direito Administrativo que podem ser submetidas à arbitragem voluntária do CAAD – em que a opção pela via arbitral se apresenta, de facto, como sendo economicamente mais vantajosa para as partes[826].

III – No entanto, tal como a afirmação generalizada de que a arbitragem se apresenta sempre como mais onerosa que o processo judicial deve ser de repudiar, também o entendimento de que a exceção configura a regra não deve ser acolhido. Existem casos em que, por um diverso conjunto de razões, a arbitragem é significativamente mais onerosa para as partes[827].

Importa, pois, compreender a que realidade nos referimos quando mencionamos os custos com o processo arbitral e os custos relacionados com o mesmo[828]. A adoção de

[824] Considere-se, desde logo, no plano nacional, que a LAV introduz um prazo máximo para o proferimento da sentença. Nos termos do art. 43.º, n.º 1, após a aceitação do último árbitro, o tribunal arbitral tem o prazo máximo de doze meses para proferir a sentença (o qual pode, de acordo, com o n.º 2 da referida norma, ser prorrogado por acordo das partes). O facto de ser suscetível de prorrogação, como não poderia deixar de ser num domínio tão marcado pela liberdade contratual das partes, não impede que a sua previsão deixe de surtir efeito útil: garantir que o processo arbitral findará, certamente, de forma mais célere do que aconteceria no plano judicial.

[825] Sobre os problemas relativos ao equilíbrio entre a busca pela eficiência e pela celeridade no plano arbitral, cfr. S. BARONA VILAR, "Maximización de la...", pp. 19 e ss.

[826] Desde logo se considerarmos que no âmbito do CAAD e dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo pode haver lugar a apoio judiciário, nos termos do art. 17.º da Lei n.º 34/2004 em conjugação com a Portaria n.º 654/2010, de 11/08, na versão da Portaria n.º 319/2011, de 30/12.

[827] Considerem-se, logo num primeiro momento, os casos em que não existe qualquer tipo de apoio judiciário para as partes contratantes da convenção de arbitragem.

[828] Devemos esclarecer, desde já, que a temática das custas em sede de arbitragem necessária não é abordada neste texto, em virtude de este problema se encontrar fora da nossa esfera de análise. Não ignoramos, todavia, que esta tem sido uma área que tem suscitado o interesse da doutrina e da jurisprudência, suscitando questões e perplexidades, inclusivamente no plano da sua conformidade constitucional. Refira-se, a este propósito, que o ac. do TC n.º 123/2015 admitiu a possibilidade de estar em causa a violação do princípio da igualdade, mas, mais recentemente, o ac. n.º 953/2019 admitiu a constitucionalidade da solução adotada em sede da arbitragem necessária respeitante ao

uma formulação genérica foi propositada e visa abranger, em simultâneo, as hipóteses em que a arbitragem seja institucionalizada e quando seja *ad hoc*.

Em virtude desta opção das partes os valores envolvidos com o processo podem ser distintos, pois os centros de arbitragem institucionalizada contam, regra geral, no seu regulamento com uma tabela onde, em função do valor do processo, se estabelecem intervalos de valores a suportar com o processo arbitral[829]. A arbitragem *ad hoc*, por seu turno, assenta numa base negocial, o que significa que as partes acordarão com os árbitros (ou com o árbitro singular no caso da opção não recair num tribunal colegial) os valores dos honorários destes últimos, bem como todos os valores a suportar com a produção de prova e quaisquer outras diligências que se revelem necessárias durante o decorrer do processo.

Desta feita, quando nos referimos a custos com o processo arbitral pretendemos abranger não só os valores que as partes devem suportar a título de custas processuais com o processo arbitral (quando as mesmas se encontrem previstas no centro arbitral a que as partes tenham decidido recorrer[830]), bem como todos os valores que recaiam sobre as partes a propósito ou relativos ao processo que correu termos, os quais englobam, além da situação atrás referida, os honorários dos árbitros e a produção de prova, mas também custos indiretos, tais como tradutores ou aconselhamento ou representação jurídicos[831]. Em suma, consideram-se aqui os custos diretos com o processo, mas também todos aqueles que acontecem em virtude do mesmo, o que se traduz na necessidade de considerar de modo holístico os encargos monetários que resultam do processo arbitral.

TAD. No plano doutrinal, cfr., por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 491 e ss. e do mesmo autor "Revisitando a constitucionalidade...", pp. 375-475 e "A arbitragem necessária...", pp. 199-219.

[829] É o que se verifica, a título de exemplo, no Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa ou, no plano internacional, na CCI ou o TAS. Naturalmente que as fórmulas de cálculo e os valores horários variam consoante o centro arbitral em causa.

[830] Cfr., por exemplo, o Anexo – Tabela de Custas Processuais do Regulamento de Processo da Arbitragem Voluntária do TAD.

[831] Para um elenco, embora não exaustivo, sobre os diversos tipos de custos envolvidos com o processo arbitral e uma breve problematização sobre cada um deles, v. C. R. DRAHOZAL, "Arbitration Costs and...", pp. 816 e ss.

Um exemplo significativo em como os custos arbitrais podem ser substancialmente onerosos para as partes pode ser encontrado no plano da arbitragem de conflitos laborais desportivos em Portugal[832].

Até à entrada em vigor da LTAD, os litígios laborais desportivos do domínio do futebol profissional eram, nos termos do art. 55.º do anterior CCT celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol[833], submetidos à apreciação de uma CAP[834]. Esta CAP tinha uma composição específica – tal como o próprio nome indica estamos perante uma composição paritária, sendo nomeados o mesmo número de árbitros pela Liga e pelo referido Sindicato – e caracterizava-se, entre outros aspetos, por ter custas processuais de valor acessível para as partes.

Com a entrada em vigor da LTAD, e nos termos do seu art. 3.º, n.º 3, a competência das CAP foi extinta, operando-se uma transferência *ope legis* daquela competência para a esfera do TAD. Nesta medida, parece resultar da lei a existência de uma substituição das CAP pelo TAD, o que se traduziria, na prática, numa imposição da competência daquele tribunal arbitral às partes que tivessem celebrado uma convenção de arbitragem – mesmo por via de CCT – atribuindo competência à CAP. O resultado prático desta alteração materializou-se na aplicação, entre outros aspetos, de um regime de custas totalmente distinto. Pondere-se o seguinte exemplo prático: imagine-se que entre um praticante desportivo e o seu empregador se verifica um litígio no valor patrimonial de quinhentos ou de mil euros. Nos termos do regulamento de custas em sede de arbitragem voluntária do TAD, o total de custas ascenderá a € 5.105,00 (cinco mil e

[832] Nos termos do art. 7.º da LTAD. Destaque-se, no entanto, que o problema é transversal a todas as matérias que se reconduzam ao âmbito da arbitragem voluntária desportiva que se desenvolva sob os auspícios do TAD. Neste sentido, a questão pode colocar-se quanto a todos os conflitos abrangidos pelo art. 6.º da LTAD, de acordo com o qual podem ser submetidos à arbitragem voluntária do TAD "todos os litígios, não abrangidos pelos artigos 4.º e 5.º, relacionados direta ou indiretamente com a prática do desporto" que sejam arbitráveis nos termos gerais da LAV. Incluem-se neste escopo os conflitos relativos a contratos de patrocínio, os relativos aos contratos de formação desportiva, mas também sobre direitos e imagem, entre outros. Sobre o âmbito do art. 6.º, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *O Regime Jurídico...*, pp. 36 e ss.

[833] Celebrado em 15 de Julho de 1999. Sobre a evolução da CAP em Portugal, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Arbitragem voluntária e...2017", pp. 1 ss.

[834] Cujo funcionamento se encontrava regulado pelo Anexo II do CCT celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol.

cento e cinco euros)[835]. Dificilmente este valor seria atingindo em sede de arbitragem junto da CAP ou mesmo nos tribunais judiciais[836].

No plano transnacional, nas hipóteses em que o TAS seja a instância competente para a resolução do litígio, o valor dos custos resultantes ou conexos com o processo arbitral são calculados nos termos das tabelas de custos de acordo com os regulamentos processuais[837].

Tal como sucede no plano nacional, os custos relacionados com o processo[838] junto do TAS são complexos, não englobando apenas as custas em sentido estrito[839]. Nos termos dos arts. R64 do RTAS, as partes têm, no âmbito do processo arbitral, de suportar (i) os custos administrativos[840] e a taxa de arbitragem[841] da Secretaria do TAS, (ii) os honorários[842] e as despesas dos árbitros[843], (iii) os honorários do secretário *ad hoc*, caso exista, (iv) uma contribuição para as despesas do TAS e (v) todas as despesas relativas às testemunhas, peritos e intérpretes que se revelarem necessários. Naturalmente que além destes valores também haverá lugar aos custos com os advogados que as irão representar

[835] A questão já se colocou junto do TRP no ac. de 06/11/2017, onde, em sede de recurso, se colocava precisamente o problema de saber se, face à transferência *ope legis* das competências da CAP para o TAD, o praticante desportivo se encontrava vinculado à convenção de arbitragem ou, se pelo contrário, poderia submeter a causa aos tribunais de trabalho sem lhe poder ser oposta a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. Nessa sede, invocou o praticante desportivo – na sua posição de recorrente – que existia uma desproporção entre os custos que resultavam da submissão do litígio à CAP (ou ao próprio tribunal de trabalho) e os que resultariam da sua decisão pelo TAD. O tribunal, no entanto, não se pronunciou sobre a questão das custas, dado que considerou não existir vinculação das partes à jurisdição do TAD, considerando que "quando o Autor se propôs dirimir o presente litígio a cláusula compromissória constante do seu contrato de trabalho não tinha exequibilidade, tudo se passando como se tivesse deixado de vigorar".

[836] A este valor podem acrescer as despesas com a deslocação dos árbitros ou com a produção de prova, cfr. art. 42.º, n.º 4 do regulamento processual da arbitragem voluntária. Para uma anotação à decisão, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "A Arbitragem Voluntária...desportivo", pp. 635 e ss.

[837] Datadas de 1 de janeiro de 2017.

[838] Quer no âmbito da câmara ordinária, quer na câmara de recurso daquele centro arbitral.

[839] Cfr. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, p. 620.

[840] Os custos administrativos também são calculados numa base progressiva, sendo que nos litígios cujo valor seja até cinquenta mil euros, os custos são calculados entre cem a dois mil francos suíços. Esta decisão cumpre à Secretaria do TAS.

[841] Com um valor de mil francos suíços por cada uma das partes.

[842] Cujo valor é progressivo em função do valor da ação, começando numa base de trezentos francos suíços por hora. Com mais detalhe sobre a fórmula de cálculo, v. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, pp. 621 e ss.

[843] Que se encontram sujeitas a montantes máximos, quer quanto às despesas relativas a meios de transportes, quer quanto a alojamento e alimentação. Cfr. https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html.

no âmbito daquele processo. Inexistindo uma menção expressa à fórmula de cálculo dos custos com o processo, apenas contamos com a previsão do art. R64.4 do RTAS, no qual se indicam os elementos a incluir na contabilização das custas e com as tabelas de cálculo de custos que o centro disponibiliza na sua página[844].

Assim, apenas perante o caso concreto se poderá ter uma noção clara dos custos atribuídos ao processo, dado que as diversas variantes são bastante flexíveis[845] (como seja o número de horas de trabalho alocadas pelo árbitro ou o valor da disputa, entre outros).

É certo que o ICAS[846] estabeleceu um mecanismo de apoio judiciário[847], nos termos do qual "o apoio judiciário é concedido com base num pedido fundamentado e acompanhado de apoio documental, a qualquer pessoa física, desde que seus rendimentos e bens não sejam suficientes para permitir para cobrir as custas do processo sem afetar a a parte de seu património necessária para suportar a sua família"[848]. Não obstante, este pedido será indeferido sempre que (i) seja manifesto o caráter infundado do pedido arbitral do requerente, (ii) bem como a ausência de fundamentação da sua pretensão e (iii) quando o pedido ou os fundamentos da defesa sejam frívolos ou vexatórios[849].

Caso seja concedido – o pedido é apreciado e decidido pela comissão de apoio judiciário do Conselho de Arbitragem Desportiva – este apoio permite que o beneficiário possa ser dispensado de assegurar as despesas de relacionadas com o processo, as suas viagens, alojamento, bem como os custos resultantes das testemunhas, peritos e intérpretes necessários no âmbito do processo, tendo ainda aconselhamento jurídico *pro bono*. Esta é, porém, uma situação de exceção, cabendo a decisão à referida Comissão, não sendo garantido que o praticante desportivo consiga obter esse apoio[850].

---

[844] Disponível em https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html. A indicação dos valores horários ou administrativos não consta do RTAS.
[845] A Secretaria do TAS tem uma ampla margem de discricionariedade na fixação dos custos.
[846] Estrutura que administra o TAS.
[847] Regulado nos termos das *Guidelines on Legal Aid before the CAS* (em vigor desde setembro de 2013, na versão de 1 de janeiro de 2019) e cuja decisão será tomada pela Comissão de apoio judiciário do Conselho de Arbitragem Desportiva (ICAS Legal Aid Commission).
[848] Cfr. art. 5.º das *Guidelines on Legal Aid before the CAS.*
[849] V. art. 5.º das *Guidelines on Legal Aid before the CAS.*
[850] Nos termos do art. R65 do RTAS, existem casos em que o processo arbitral tem custas mais reduzidas. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que os processos submetidos à câmara ordinária do TAS nunca beneficiam deste regime, pelo que o art. R65 se aplica somente aos processos que entrem na câmara de recurso. Em segundo lugar, de entre os processos submetidos àquela câmara, apenas estão sujeitos a este regime os casos que tenham por objeto o recurso de decisões de natureza disciplinar proferidas por uma federação desportiva internacional. Assim, ainda que esteja em causa a atuação da federação desportiva nacional por delegação de competências da internacional, o requisito

IV – A propósito da arbitragem no domínio do Direito do Consumo[851] ou dos contratos de franchising é comum encontrar, junto da doutrina norte-americana, o entendimento de que os custos resultantes da arbitragem podem atuar como barreira ou um fator de dissuasão[852] do recurso à mesma pela parte mais débil da relação jurídica. Entende-se, nestes casos, que os custos económicos que rodeiam o recurso à via arbitral – entre os quais se encontram os honorários dos árbitros, o depósito inicial com vista a assegura a liquidez final para suportar os encargos com o processo arbitral – impedem que o hipotético demandante tenha a efetiva possibilidade de buscar tutela para a sua situação jurídica em particular. O mesmo é afirmar que sem os meios que lhe permitam

não será cumprido. Existem, no entanto, duas exceções de monta – apresentadas no artigo sob a designação de "quando as circunstâncias assim o justificarem" – ao funcionamento deste mecanismo e que, se verificadas, podem levar à aplicação do art. R64 ao invés do R65 e, nessa medida, afastando a possibilidade de custas mais reduzidas. As duas exceções são: (i) a federação desportiva internacional em causa não ser signatária do Acordo de Paris por via do qual se instituiu o ICAS (*v.g.*, a FIAuto e a FIG, cfr. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, pp. 642-643); (ii) o litígio, pese embora relacionado com uma medida disciplinar, tenha um cariz essencialmente económico.
Um último aspeto digno de menção diz respeito aos custos imputados às partes: pese embora se afirme no art. R65.2 que o processo é "free of charge", não estamos perante uma gratuitidade total (ainda que a redução de custos seja significativa). Caso o litígio se inclua no âmbito da norma, as partes apenas ficam libertas dos custos relacionados com os honorários e as despesas dos árbitros, continuando a ter de suportar a taxa processual de mil francos suíços, bem como todas as despesas relativas a testemunhas, peritos e intérpretes (art. R65.3 e art. R65.2, segunda parte). Nada obsta, naturalmente, que a parte possa, quanto ao restante, recorrer ao mecanismo de apoio judiciário que atrás referimos.
Para uma análise desta norma, v. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, pp. 640-643) e A. RIGOZZI E E. HASLER, "Article R65", pp. 1725-1730. Numa perspetiva de evolução histórica da norma, v. A. RIGOZZI E A. PINNA, "Arbitrage Sportif", pp. 818 e ss.

[851] É, a este respeito, necessário fazer uma clarificação conceptual. A arbitragem em matérias de Direito do Consumo é, em muitos casos, designada pela doutrina como "mandatory arbitration" ou, numa tradução aproximada, arbitragem obrigatória (v., a título de exemplo, J. R. STERNLIGHT, "Creeping Mandatory Arbitration...", p. 1632). Esta qualificação é obtida por oposição à ideia clássica de arbitragem voluntária. Estamos, perante uma realidade distinta daquela que, no ordenamento jurídico português, comummente, se designa por arbitragem necessária. A "mandatory arbitration" refere-se aos casos em que não havendo imposição legal nesse sentido, se verifica uma imposição fáctica daquela cláusula por uma das partes ao seu contraente, o qual se encontra numa posição que não tem outra opção que não aceitar ou se submeter à mesma (sendo que estes são a parte mais fraca da relação jurídica, podendo ser designados como "little guy" – a expressão é de J. R. STERNLIGHT, "Panacea or Corporate...", p. 637, nota 1). É, portanto, uma obrigatoriedade de facto aquela a que se referem os autores, sobretudo porque a mesma é dirigida a consumidores inclusivamente no domínio das suas relações com as seguradoras, (v. J. R. STERNLIGHT, "Panacea or Corporate...", p. 637) ou financeiras, v., quanto a este último aspeto, M. E. BUDNITZ, "Arbitration of Disputes..., pp. 273 e ss.) e a franchisados.

[852] Na língua inglesa, a expressão utilizada é "deterrence". V., a título de exemplo, D. D. BURKE E D. M. GREEN, "The Cost of…", p. 81 ou, ainda, M. E. BUDNITZ, "The High Cost…", p. 161.

fazer face às responsabilidades financeiras, os sujeitos da relação jurídica preferem não procurar obter tutela para os seus direitos[853-854].

Não estamos, neste contexto, a querer significar que todo e qualquer custo resultante do processo arbitral (ou com ele relacionado) tem o potencial de se materializar como uma barreira no acesso de uma das partes à justiça[855]. Referimo-nos a custos substancialmente elevados ou mesmo proibitivos[856], que pelo seu montante possam ser suscetíveis ou aptos a produzir aquele efeito negativo de impedimento ou dissuasão junto de uma das partes[857], especialmente nas situações em que não existe a possibilidade de solicitar um apoio judiciário ou um apoio estadual de natureza semelhante.

[853] Com vista à sua tomada de decisão, os futuros – ou hipotéticos – litigantes desenvolvem um raciocínio de ponderação dos custos e benefícios de ambos os cenários: litigar ou não litigar (é neste binómio de ação / não ação que se funda aquela análise). Na sua génese, esta equação não é distinta da que se realiza previamente ao início de um processo judicial, também aí havendo lugar à ponderação dos custos e eventuais benefícios resultantes da opção de avançar com a propositura da ação ou não. Quanto a este aspeto em particular, v. B. CORNELL, "The Incentive to…", p. 173. Por conseguinte, o hipotético demandante apenas iniciará o processo se e quando considerar que o benefício que poderá retirar do caso é superior ao preço que o exercício do seu direito lhe custará, cfr. C. R. DRAHOZAL, "Arbitration Costs and...", p. 763. A transposição deste tipo de raciocínio para o domínio arbitral é perfeitamente válida, uma vez que o objeto da análise é exatamente o mesmo: qual o valor expectável após as partes entrarem em litigância, v. J. A. GRUNDFEST E P. H. HUANG, "The Unexpected Value...", p. 1326.

[854] Assim se afirmou expressamente no voto de vencido da juíza Kagan do Supremo Tribunal dos EUA – ao qual se juntaram os juízes Ginsburg e Breyer, aposto no processo American Express Co. *et al*. v. Italian Colors Restaurant *et al*., – quando, a propósito da análise dos custos proibitivos que poderiam rodear ou resultar da propositura de uma ação arbitral, se afirma que "nenhum sujeito racional iniciaria um processo com o valor de dezenas de milhares de dólares, se isso significasse incorrer em custos na casa das centenas de milhares". Neste caso estava em causa um conflito entre um pequeno restaurante (Italian Colors Restaurant) e a American Express, sendo objeto da discórdia, entre outros aspetos, não só a cláusula compromissória inserida no contrato, como outra cláusula contratual que o proprietário do restaurante reputava como violadora do Direito da Concorrência dos EUA.

[855] Aliás, e tal como afirma V. MOREIRA, o próprio acesso à justiça estadual pode ser, no todo ou em parte, oneroso. V. "Tribunais arbitrais e...", p. 126. Portanto, mesmo junto dos tribunais estaduais as partes podem ser colocadas perante a necessidade de suportar alguns custos com o acesso à justiça.

[856] Destacando a necessidade de aqueles custos assumirem uma natureza "altamente proibitiva", cfr. D. D. BURKE E D. M. GREEN, "The Cost of...", p. 73.

[857] O efeito negativo produzido por este tipo de custos pode ainda surgir acoplado a uma outra questão que se faz sentir no plano processual, ou seja, a capacidade que a parte mais débil da relação jurídica tem de provar que os custos resultantes daquele processo arbitral impossibilitaram a obtenção de buscar tutela para o seu litígio. Como afirma M. E. BUDNITZ, "para agravar o problema, devido às muitas contingências das quais os custos de arbitragem dependem e porque os tribunais não têm conseguido articular padrões viáveis nessa matéria, é difícil para os consumidores provar, *ex ante*, em sede judicial que os altos custos os impedem de arbitrar as suas reivindicações", cfr. "The high costs…", p. 135, mas sobre este problema e com maior detalhe, v. pp 135 e ss., bem como M. BRIGGS HUTCHENS, "At What Costs...", pp. 601 e ss. e pp. 606 e ss., e C. KNAPP, "Taking Contracts Private…", pp. 781-782.

Efetivamente, não se ignore que, no domínio da arbitragem voluntária, o processo arbitral surge como uma forma privada de justiça, pelos que os custos resultantes do mesmo ou com ele relacionados são, exceto nos casos específicos em que existe apoio judiciário, suportados exclusivamente pelas partes envolvidas no processo[858], sem qualquer apoio financeiro de génese estadual. É neste contexto que poderemos considerar que a imposição pela via arbitral – quando inexista uma real possibilidade de celebração da convenção de arbitragem – pode funcionar como um mecanismo de bloqueio no acesso das partes mais débeis à justiça.

b. A situação de insuficiência económica das partes: a impecuniosidade

I – Um outro problema que se encontra intimamente relacionado com a temática dos custos da arbitragem é a impecuniosidade das partes, isto é, a incapacidade económica daquelas para assegurar o seu acesso à justiça[859], designadamente a sua falta de meios para suportar os custos inerentes ao processo arbitral, tais como a sua "constituição e funcionamento"[860]. Nestas hipóteses o que se verifica é que uma das partes, pese embora esteja vinculada pela convenção de arbitragem, encontra-se numa situação de insuficiência económica[861] que a impossibilita de fazer face às custas[862].

Foi precisamente esta a questão que se verificou no caso 531 U.S Green Tree Financial Corp. v. Randolph (2000). Nesta acção que opunha Larketta Randolph contra Green Tree Financial Corp. - Alabama e a Green Tree Financial Corporation existia, no âmbito de um contrato celebrado entre as partes com vista ao financiamento da aquisição de uma casa pré-fabricada, uma cláusula compromissória. No entanto, quando se verificou o litígio entre as partes – a propósito de um tipo de seguro específico que deveria ter sido contratado no âmbito daquela relação jurídica – Randolph não iniciou o processo arbitral, tendo, pelo contrário, recorrido à jurisdição comum. O fundamento alegado pela autora era de que os custos com o processo arbitral seriam de tal modo elevados que impediam o seu acesso à justiça, afirmando "que teria que "arcar com custos de arbitragem proibitivos" na forma de altas taxas administrativas". Sucede, porém, que o tribunal, embora reconhecendo que do processo arbitral derivariam custos elevados, considerou que autora não conseguiu provar em concreto quais os seriam custos envolvidos e resultantes do processo, motivo pelo qual, e recaindo sobre si o ónus da prova, não conseguiu provar o fundamento do seu direito. Neste sentido, a acção foi considerada como improcedente. Ainda assim, v., a este respeito, o voto de vencido da juíza R. J. Ginsburg, no qual se critica o raciocínio adotado no referido acórdão a propósito dos custos envolvidos e resultantes do processo arbitral. Na doutrina, M. E. BUDNITZ, "The High Cost…", pp. 150 e ss.

[858] Neste sentido, cfr. C. R. DRAHOZAL, "Arbitration Costs and…", p. 816.

[859] Cfr. M. FRANÇA GOUVEIA E ANA COIMBRA TRIGO, "L'affaire Garoubé...", p. 92

[860] V. J. SHERMAN DE MACEDO, "Sobre a qualificação...", p. 225.

[861] P. COSTA E SILVA refere-se a esta parte como hipossuficiente, cfr. "O acesso ao...", p. 95.

[862] Designadamente quando inexiste uma previsão legal de apoio judiciário naqueles domínios.

Portanto, o plano da realidade material de uma das partes encontra-se em dissonância com a convenção de arbitragem celebrada, uma vez que do ponto de vista da validade da convenção pode não se verificar qualquer vício que impeça que a mesma seja apta a produzir efeitos. Por conseguinte, o problema traduz-se no seguinte: saber se poderá considerar-se que, pese embora não disponha de uma situação económica que lhe possibilite iniciar e prosseguir com o processo arbitral, a parte se encontra ainda vinculada à convenção de arbitragem e, nesse sentido, impedida de correr à jurisdição estadual. Colocando a questão noutros termos, a tónica do problema reside em saber em que medida é possível conceber que o princípio *pacta sunt servanda* – no sentido de a convenção celebrada dever ser pontualmente cumprida pelas partes – deve prevalecer sobre um direito fundamental como é o direito de acesso à justiça[863].

II – A questão tem sido amplamente abordada em sede jurisprudencial[864], dado que toca num ponto nefrálgico da arbitragem: a vinculação das partes à convenção de arbitragem[865] e, nessa medida, o afastamento da jurisdição dos tribunais estaduais quanto aos litígios que sejam objeto daquele negócio jurídico.

Em termos práticos, a questão coloca-se quando uma das partes, embora vinculada à convenção de arbitragem, alega que aquando da verificação do litígio não dispõe de capacidade financeira que lhe permita recorrer à justiça arbitral de modo a resolver o mesmo[866]. A invocação da sua incapacidade económica configura, portanto, uma

[863] V. N. PENA, "Reflexões sobre o...", p. 108.

[864] Este problema já tem sido, por diversas vezes, analisado em sede dos tribunais superiores portugueses. Entre as várias decisões destacam-se, num elenco meramente ilustrativo, o ac. do STJ de 18/01/2000. Considerem-se, ainda do STJ, mas desta feita sobre o problema das pessoas coletivas neste domínio, as decisões de 09/10/2003 e de 06/10/2011.
V., ainda, os acs. do TRL de 05/06/2001, de 22/09/2015, de 05/03/2020 e o ac. do TRG de 21/02/2019.

[865] Sobre a essencialidade da convenção de arbitragem no âmbito do processo arbitral, remetemos para o que já dissemos no Capítulo I da nossa dissertação.

[866] Pese embora nos estejamos a referir a uma situação de incapacidade económica superveniente à celebração da convenção, mas ainda assim prévia ao início do processo arbitral, a situação de insuficiência económica de uma das partes pode surgir na pendência do próprio processo arbitral, deixando "a parte de ter capacidade para suportar os valores exigidos pelo tribunal arbitral", p. N. PENA, "Reflexões sobre o...", p. 151. Esta insuficiência financeira pode ter origem na insolvência da parte, suscitando-se, deste modo, a questão de saber quais os efeitos que a declaração de insolvência assume na convenção de arbitragem ou no processo arbitral que já se encontre em curso. A este respeito dispõe o art. 87.º, n.º 2 do CIRE que os processos que se encontrem pendentes à data da declaração de insolvência prosseguem os seus trâmites. Para uma análise mais detalhada do problema na doutrina, cfr. C. SERRA, "Arbitragem e insolvência...", pp. 691 e ss., P. METELLO DE NÁPOLES, "Efeitos da insolvência...", pp. 140 e ss. Na jurisprudência destaque-se o ac. do TRL de 22/09/2015, no qual, afastando a coincidência direta entre a situação de PER da recorrente e a sua incapacidade para suportar os custos do processo arbitral, se afirma que "Porém, daí não resulta que essa

tentativa de retirar o efeito o útil à convenção, restaurando a competência dos tribunais estaduais para o conhecimento e decisão sobre aquele objeto em concreto. Em contrapartida, as legítimas expectativas que a outra parte tinha quanto ao recurso à via arbitral, nos termos precisos que tinham sido acordados na convenção e que, nesse ponto, são um resultado direto da liberdade contratual das partes[867], seriam frustradas. Ademais, admitir que uma das partes da convenção de arbitragem possa afastar a competência do tribunal arbitral, por intermédio da alegação da inexistência de possibilidade financeira para assegurar os valores envolvidos neste tipo de processo, vem colidir com dois princípios fundamentais consagrados na nossa LAV e os quais já tivemos oportunidade de analisar: o efeito negativo da convenção de arbitragem – art. 5.º da LAV – e o princípio competência da competência – art. 18.º, n.º 1 da LAV.

Face a este contexto, a temática da falta de capacidade financeira das partes é um dos problemas mais delicados no plano arbitral, convocando dificuldades de diversas ordens que, de alguma forma, se assumem como transversais ao instituto da arbitragem. Contudo, para os efeitos da presente dissertação, o nosso foco incide somente na compreensão do mesmo como um risco para o acesso à justiça, atendendo à sua relação de proximidade quase genética com o problema dos custos na arbitragem.

III – Consideremos a hipótese prática decidida no acórdão do STJ de 18/01/2000. O recorrente celebrou, no início da década de noventa, dois contratos com as recorridas, os quais continham cláusulas compromissórias quanto aos litígios resultantes ou relacionados com os mesmos. Não obstante, aquando do surgimento dos litígios, veio o recorrente alegar que se encontrava numa situação de forte debilidade económica[868], não dispondo de meios financeiros que lhe permitissem assegurar o seu acesso à justiça, dado que não conseguiria suportar os elevados custos que rodeiam a constituição e funcionamento de um tribunal arbitral. Deste modo, ao invés de iniciar o processo arbitral,

circunstância, só por si, implique a impossibilidade de custear as despesas relativas à arbitragem. Assim, desde logo, atenta a finalidade e natureza do PER, que pressupõe a suscetibilidade de recuperação do devedor (cfr. o art.17º-A, nº1 do CIRE).” No mesmo sentido caminhou o STJ na sua decisão de 26/04/2016.

[867] V., a este respeito, a argumentação defendida no ac. n.º 311/2008 do TC.

[868] De acordo com as suas alegações, o recorrente afirmava que se encontrava “arrastado para a miséria, privado de todos os bens e rendimentos”. V. o ac. do STJ de 18/01/2000.

recorreu à jurisdição comum para obter a declaração de nulidade dos contratos que havia celebrado com as rés[869], tendo beneficiado de apoio judiciário[870].

Neste contexto, decidiu o STJ que, atendendo aos factos e na ausência de um regime específico para tutelar esta situação, seria de aplicar à convenção de arbitragem o regime de extinção da obrigação prevista e consagrada no art. 790.º do CC[871]. É certo que a prestação principal do contrato não se tornou impossível no sentido da norma do CC, mas o que sucede é que, na prática, uma das partes está impossibilitada de suportar as despesas com o processo arbitral, o que a impede de buscar tutela junto do tribunal arbitral. Desta feita, a impossibilidade de assegurar uma obrigação acessória[872] resultante da convenção de arbitragem tem por efeito desvincular a parte economicamente débil do contrato que havia sido inicialmente celebrado. Consequentemente, admite-se, desse modo, que possa "ficar desonerada da obrigação de recorrer à arbitragem[873]", podendo socorrer-se da jurisdição dos tribunais comuns, sem que lhe possa ser oposta a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário.

A justificação do STJ para a desvinculação daquela parte, economicamente mais débil, da convenção de arbitragem, sem que a mesma sofresse o entrave criado pela alegação da exceção de preterição de tribunal arbitral, fundou-se em dois esteios fundamentais: (i) a aplicação da lógica subjacente à impossibilidade de cumprimento e (ii) a qualificação jurídica da modificação da situação económica do autor como sendo uma alteração das circunstâncias em que assentou a celebração da convenção de

[869] Não obstante, o autor não obteve sucesso junto do tribunal de primeira instância, nem em sede de agravo para o TRL, tendo ambos os tribunais considerado a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário como procedente. Para uma contextualização mais detalhada da factualidade subjacente ao caso, cfr. A. SAMPAIO CARAMELO, "Obrigatoriedade da convenção...", pp. 86-87.

[870] O qual não poderia ter obtido se estivesse em sede de arbitragem voluntária, dado que não existiria nessa hipótese a possibilidade de o autor buscar esse tipo de apoio para suportar os custos com o processo. Tal como se afirma na referida decisão do STJ: "o regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais, qualquer que seja a forma de processo. Pretende-se, assim, que a insuficiência de meios económicos das pessoas não lhes dificulte o acesso à justiça dos tribunais estaduais. Quer-se dizer, com isto, que se entende que as normas do DL n. 387-B/87 não têm aplicação à jurisdição arbitral."

[871] Ainda que o STJ expressamente reconheça que "não se está no domínio das obrigações em sentido técnico, mas de uma vinculação, e a "prestação", ou seja, a obrigação de recorrer a tribunal arbitral, não se tornou impossível. O que se tornou impossível foi o pagamento das despesas da arbitragem, que o mesmo é dizer, de uma "obrigação" acessória da "obrigação" principal."

[872] V. J. SHERMAN DE MACEDO, "Sobre a qualificação...", p. 227, bem como A. SAMPAIO CARAMELO, "Obrigatoriedade da convenção...", p. 88.

[873] Cfr. ac. do STJ de 18/01/2000.

arbitragem[874]. No entanto, entendeu o STJ que esta aplicação do regime do art. 790.º do CC depende da verificação de um elemento essencial: é necessário que a parte que se encontra naquela situação de carência económica não se tenha colocado culposamente naquele estado. Ou seja, permite-se o recurso à jurisdição comum, independentemente da existência de uma convenção de arbitragem, "sempre que – mas só quando –, por culpa não imputável à parte[875], esta se veja colocada, supervenientemente, na impossibilidade de custear as despesas da arbitragem a que se comprometeu submeter o caso"[876].

IV – Também o TC já foi chamado a pronunciar-se sobre um caso similar, tendo, nesse contexto, proferido o ac. n.º 311/2008[877-878]. Neste processo[879], o TC foi colocado

[874] V. ac. do STJ de 18/01/2000.

[875] Esta exigência de ausência de culpa não é reconhecida por A. SAMPAIO CARAMELO, de acordo com o qual não releva se a situação de insuficiência foi ou não procedente de uma conduta culposa da parte que se encontra afetada pela insuficiência económica, reputando, aliás, esse argumento como irrelevante. De acordo com o autor, a desvinculação da convenção de arbitragem por motivos de insuficiência económica "não constitui nem um ato de graça, nem uma sanção", v. "Obrigatoriedade da convenção...", p. 111.

[876] Um outro argumento apresentado pelo STJ está relacionado com o art. 20.º da CRP e a proibição de denegação de justiça a uma das partes em virtude de carências económicas, resultado esse que a nossa ordem constitucional repudia. Não analisaremos a questão a propósito desta jurisprudência na medida em que a referiremos aquando da referência ao ac. n.º 311/2008 do TC.

[877] A questão também foi colocada junto da jurisdição constitucional no ac. n.º 25/2001. No entanto, entendeu o TC não poder conhecer do objeto do recurso, motivo pelo qual, apesar de elaborar uma introdução explanatória sobre o tema, não foi proferida decisão sobre o problema concreto.

[878] Esta decisão do TC tem sido alvo de diversas análises críticas, entre as quais se destacam J. MIGUEL JÚDICE, "Anotação ao Acórdão...", pp. 179 e ss., bem como P. METELLO DE NÁPOLES, "Efeitos da insolvência...", pp. 151 e ss. Também A. MENEZES CORDEIRO se afasta da decisão tomada pelo TC, cfr. *Tratado da Arbitragem*, pp. 116 e ss. Para uma resposta aos argumentos apresentados por estes autores, v. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", pp. 123 e ss., A. SAMPAIO CARAMELO, "Obrigatoriedade da convenção...", pp. 92 e ss. e A. RIBEIRO MENDES, "A falta de...", pp. 26 e ss.

[879] O enquadramento factual que subjaz à decisão do TC pode, de modo sumário, ser descrito do seguinte modo: entre C., Lda. e A., AS. e B., Lda. foi celebrado um contrato de franchising. Tendo sido resolvido o contrato em causa, C propôs, junto de um tribunal estadual, uma ação de condenação, na qual pedia que (i) a A fosse condenada a, em virtude da referida resolução do contrato de franchising – a qual o autor reputa como ilegal – a pagar-lhe as quantias correspondentes ao crédito emergente da referida resolução, bem como das rendas vencidas e (ii) pediu que ambas as rés fossem, igualmente, condenadas a ressarcirem-no das quantias correspondentes ao crédito emergente das obras e benfeitorias realizadas no local do arrendamento (onde funcionava o negócio em causa). Na sua contestação, as rés invocaram a existência de uma exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário. Não obstante, o tribunal de primeira instância considerou a exceção como improcedente, declarando-se como competente.

Conforme se pode ler na citação da decisão por parte do TC, a primeira instância decidiu nos seguintes termos "Nesta decisão conclui-se o seguinte: "Conciliando desta forma todo o nosso ordenamento jurídico (lei constitucional e lei ordinária), e porque o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, que se encontra em plano superior ao direito das rés (o direito potestativo a exigir a arbitragem), temos que concluir que *difficultas praestandi* da autora torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem e que não é assim possível opor-lhe, de forma procedente, a exceção dilatória

perante a questão de saber se a situação de insuficiência económica que impossibilita uma das partes de suportar os custos de um tribunal arbitral tem por efeito tornar inexigível o cumprimento de convenção de arbitragem, com o consequente afastamento da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, em virtude do direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.° da CRP[880].

Face a esta questão, o TC veio, em primeiro lugar, reconhecer que, em virtude de não existir no nosso ordenamento jurídico "um monopólio estadual de administração da justiça"[881] e de a própria CRP admitir expressamente – no art. 209.º, n.º 2 – a existência de tribunais arbitrais, os particulares podem de forma voluntária submeter a apreciação e decisão dos seus litígios a "tribunais constituídos por particulares". Neste sentido, a celebração de convenções de arbitragem corresponde, inequivocamente, a uma forma de autorregulação dos interesses das partes, as quais podem "autodisciplinar vinculativamente os seus interesses, em modelação, pelos próprios, das relações jurídicas materiais"[882], o que inclui, naturalmente, a possibilidade de atribuir a terceiros a resolução dos seus litígios. O fundamento desta liberdade é precisamente a liberdade contratual, a qual radica na autonomia privada das partes.

Assim e considerando que a celebração de arbitragem configura o exercício de um ato de autonomia privada, o TC afirma que a sua "permissão e reconhecimento pelo ordenamento vêm necessariamente acompanhados da disponibilização de garantias e de meios de tutela, para que se cumpra a vontade negocialmente afirmada". Essa garantia cifra-se, entre outros aspetos, na consagração legal da exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário[883].

---

de violação de convenção de arbitragem". Desta feita, o tribunal de primeira instância aproximou-se do que já havia sido decidido pelo STJ no já referido ac. de 18/01/2000.
Tendo as rés recorrido daquela decisão, veio o TRG negar provimento ao agravo, remetendo para os fundamentos da decisão recorrida. Desta decisão, vieram as recorrentes a interpor recurso para o STJ, o qual não admitiu o recurso. Após esta decisão, vieram as recorrentes interpor recurso para o TC.

[880] Ou na formulação de V. MOREIRA: "será constitucionalmente legítimo negar a alguém o direito de se desvincular de uma convenção de arbitragem, por falta de meios económicos para suportar os encargos da arbitragem, e de recorrer ao tribunal estatal competente onde pode beneficiar de apoio judiciário?", cfr. "Tribunais arbitrais e...", p. 123.

[881] Cfr. ac. n.º 311/2008 do TC, §8.

[882] V. ac. n.º 311/2008 do TC.

[883] Conforme se afirma no referido acórdão: "o respeito pela vontade exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um fator de certeza e de segurança jurídicas, representa também a efetivação das consequências intencionadas pelo exercício da liberdade de ação dos sujeitos, de que o negócio jurídico é instrumento, na esfera das relações jurídicas."

Sucede, porém, que sem negar a centralidade do papel da autonomia privada enquanto fonte da "liberdade de conformação jurídica das relações intersubjectivas", a qual se traduz num verdadeiro direito à autodeterminação com previsão constitucional – atenda-se ao art. 26.º, n.º 1 da CRP –, entende aquele tribunal que a efetivação do produto da liberdade contratual – ancorado naquele princípio de autonomia privada – não existe de forma isolada do restante ordenamento jurídico. Por conseguinte, a liberdade contratual das partes – da qual a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico, é um dos seus expoentes máximos – vem, na situação concreta, colidir com outro direito fundamental com assento constitucional: o direito de acesso à justiça consagrado no art. 20.º da CRP. Devemos, portanto, qualificar esta hipótese como uma situação de conflito de direitos.

Por um lado, está aqui em causa o valor da autonomia privada e o direito à autodeterminação das partes, na sua vertente da liberdade contratual. Por outro lado, verifica-se quanto a uma das partes uma total ausência, não culposa, de capacidade económica para suportar os custos relativos à constituição e funcionamento do tribunal arbitral, não existindo, além disso, a possibilidade de concessão de apoio judiciário para o processo arbitral. Por conseguinte, a equação apresenta-se como sendo composta por dois elementos conflituantes, os quais registam, entre si, uma "impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados" (ac. n.º 311/2008 do TC).

Isto significa que, no caso concreto, a solução não pode jamais ser de compromisso: ou prevalece a liberdade contratual das partes, mantendo-se a vigência da convenção de arbitragem coadjuvada pela consagração de uma exceção de preterição de tribunal arbitral e, nessa medida, o ordenamento jurídico permite – e reconhece – que um sujeito fique numa situação de indefesa[884]; ou se considera como competente o tribunal estadual, negando, dessa forma, eficácia ao negócio jurídico que havia sido celebrado pelas partes na sua esfera de liberdade. Assim se afirma de forma inequívoca no referido acórdão do TC, onde se lê que "o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos.

[884] A expressão é adotada pelo próprio TC no ac. n.º 311/2008.

A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro".

Colocado perante este conflito, entendeu o TC que, considerando a factualidade do caso em concreto, e em obediência ao critério da proporcionalidade, deveria prevalecer o direito de acesso à justiça do recorrente, na medida em que a celebração e respetiva efetivação de uma convenção não se assumia, nesta hipótese, como "um aspecto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária directamente presa ao seu étimo fundante"[885].

Com efeito, a tutela do conflito das partes pode ser obtida por via arbitral, mas também através dos meios tradicionais de justiça, como são os tribunais estaduais. É por isso mesmo que o TC afirma que "[o]s factores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa acima enunciada"[886]. O TC entende, portanto, que, aquando da celebração da convenção de arbitragem, não está em causa um "aspecto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária directamente presa ao seu étimo fundante, mas um seu modo de exercício muito específico, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária. Não poderá dizer-se que este modo concreto de exercício da liberdade negocial seja postulado pela realização do indivíduo como pessoa. Não estamos, pois, dentro do domínio de "protecção máxima" da autodeterminação"[887].

O que a celebração e cumprimento daquele negócio jurídico permitem, de acordo com o TC, é a escolha de um meio alternativo para a composição de um conjunto de litígios. É, precisamente, neste sentido que o tribunal entende que "o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tem a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio". A resolução do litígio das partes continua, pois, a ser possível, dado que a prevalência do direito de acesso à justiça sobre a liberdade contratual das partes não tem por efeito afetar, mesmo que de forma indireta, nenhuma "posição material atinente à destinação dos

[885] V., ac. n.º 311/2008 do TC.
[886] Ou seja, "negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem", cfr. ac. n.º 311/2008 do TC.
[887] V., ac. n.º 311/2008 do TC.

bens"[888]. Significa, portanto, que da desvinculação das partes da convenção de arbitragem não resulta uma denegação de justiça quanto aos litígios que entre elas se verifiquem, o que daqui resulta é tão somente uma alteração ao meio de resolução de conflitos escolhido em sede contratual. Já uma decisão em sentido oposto conduziria a esse resultado negativo de despojamento de uma parte de um direito fundamental de acesso à justiça.

Por conseguinte, o TC considera que o valor da liberdade contratual não pode, em caso de conflito, prevalecer sobre o direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional[889]. Se é certo que as partes optaram pela celebração de uma convenção de arbitragem, também é certo que uma delas ficou numa verdadeira situação de carência económica que não lhe permite executar o contrato celebrado[890]. Forçar, neste contexto, a execução da convenção equivale a uma inequívoca denegação da justiça à parte mais débil da relação jurídica, resultado esse não aceitável nos quadros constitucionais portugueses[891], pois traduzir-se-ia, na prática, "na perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica, (...) que redundaria na desprotecção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de direito" (ac. n.º 311/2008 do TC)..

Esta é, naturalmente, uma situação limite, em que a configuração das hipóteses – a manutenção da convenção de arbitragem ou a permissão de acesso à justiça estadual – não comporta uma possibilidade de equilíbrio na compressão de um dos direitos. A opção pela salvaguarda de um implica, necessariamente, o afastamento do outro: a confirmação

[888] V. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", pp. 141 e ss. Cfr., igualmente, A. SAMPAIO CARAMELO, "Obrigatoriedade da convenção...", p. 91.
[889] O direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva surge aqui como apresentando um valor superior do que aquele atribuído, no plano constitucional, à proteção da autonomia privada. Esta é a posição sustentada por V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 142.
[890] Já J.J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 411 consideram que a consagração de um direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva "seria meramente teórico para muitas pessoas se não se garantisse que o 'direito de acesso à justiça' não pode ser prejudicado por insuficiência de meios económicos".
[891] Esta posição do TC demonstra claramente a essencialidade que o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva assume nos quadros num Estado de Direito Democrático. Como refere V. MOREIRA, há dois elementos essenciais para que se possa considerar que existe um Estado de direito material: a existência de um serviço público de justiça (que se consubstancia nos tribunais estaduais) e a consagração de um direito fundamental de acesso por parte dos interessados, cfr. "Tribunais arbitrais e...", p. 124. No mesmo sentido, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 409.

da obrigatoriedade da convenção de arbitragem equivaleria a deixar a recorrente numa posição de indefesa e consequente denegação de justiça, caso a opção fosse garantir a prevalência do direito de acesso à justiça e aos tribunais, o resultado seria o reconhecimento da ineficácia ou inexequibilidade da convenção de arbitragem (e respetiva desconsideração da vontade negocial das partes)[892].

Quando colocado perante esta situação, o TC encontra-se forçado a reconhecer que o direito de acesso à justiça – no caso, o acesso aos tribunais estaduais – prevalece sobre a expressão da liberdade contratual das partes na convenção de arbitragem, pois "o Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efectivação dessa garantia requer a prestação de apoio judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um acto de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça".

Todavia, não se retira nem da jurisprudência do TC, nem do acórdão do STJ, uma qualquer exigência de que o acesso à justiça seja feito de forma gratuita, quer no domínio dos tribunais estaduais, quer quanto aos tribunais arbitrais. Esta não é, de todo, uma conclusão a retirar do art. 20.º da CRP[893]. Desta norma não resulta a consagração de um direito a aceder à justiça de forma gratuita, na medida em que não existe "um princípio constitucional de gratuitidade de acesso à justiça"[894]. O direito de acesso à justiça pode – e na generalidade dos casos assim sucede – comportar uma dimensão onerosa, inclusivamente, na jurisdição estadual[895]. Assim, tem vindo a entender a jurisprudência

[892] Neste sentido, cfr. A. SAMPAIO CARAMELO, "Obrigatoriedade da convenção...", p. 93.
[893] V. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 126, I. CELESTE M. FONSECA, "A arbitragem e...", p. 1180.
[894] Cfr. ac. n.º 2/2015 do TC. Também neste sentido, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, p. 411, bem como R. MEDEIROS, "Artigo 20.º", p. 313.
[895] Considere-se, sobre este aspeto em particular, o ac. do TC n.º 422/2000, no qual a propósito da interpretação a retirar do art. 20.º da CRP se afirma expressamente que "O texto constitucional não estabelece a gratuitidade dos serviços de administração da justiça em nenhum dos seus preceitos ou dos princípios dele emanentes [sic]."

constitucional que pode, dentro dos limites da conformidade constitucional, existir lugar à exigência de uma contrapartida relativa à prestação desses serviços[896].

O que resulta do disposto do art. 20.º da CRP, quando determina que a todos se assegura o acesso ao direito e proibindo a denegação de justiça com fundamento em falta de capacidade económica, é que os custos de acesso aos tribunais não devem ser estabelecidos de forma tão onerosa que, na prática, se verifique uma equivalência material entre o preço da justiça e a impossibilidade de um exercício real de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva[897].

Ora, no plano da justiça estadual – tal como nas hipóteses em que o mecanismo arbitral se encontre ao abrigo da previsão de apoio judiciário – as pessoas singulares que não disponham de meios financeiros para recorrerem à justiça podem solicitar apoio judiciário[898-899], servindo este mecanismo como forma de ultrapassar quaisquer óbices no acesso à tutela judicial que se encontrem relacionados com a insuficiência económica. É neste contexto que tem de ser compreendida a afirmação do TC de que "o acesso aos tribunais públicos é um direito. O acesso aos tribunais arbitrais é uma liberdade"[900], não podendo a liberdade esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental.

8.3. Processo arbitral num contexto de arbitragem forçada e garantias processuais

8.3.1. Situações potencialmente problemáticas no plano processual

I – A par das potenciais dificuldades de cariz material que se podem verificar no plano de acesso à justiça – *maxime* os custos excessivamente elevados do processo arbitral e a situação de impecuniosidade das partes –, existe outro domínio que pode ser impactado pela ausência de voluntariedade na celebração da convenção arbitral: o

[896] Além do ac. n.º 422/200, também com esta posição se encontram os acs. n.º 307/90, n.º 214/2000, n.º 674/2014, n.º 2/2015, n.º 615/2018, n.º 116/ 2020, n.º 782/2019, todos do TC.
[897] Assim se compreendeu também no ac. n.º 422/2000, onde a propósito dos custos no acesso à justiça, se decidiu que "A Constituição apenas exige que essa contrapartida não impeça ou restrinja de modo intolerável o direito de acesso aos tribunais garantido pelo artigo 20º."
[898] Em todos os outros casos, as custas do processo arbitral correm exclusivamente por conta das partes. V. V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 135.
[899] Como refere R. MEDEIROS, "Artigo 20.º", p. 313, a criação de um sistema de apoio judiciário é um resultado material da vinculação do legislador à necessidade de garantir que todos os indivíduos tenham uma possibilidade efetiva e real de aceder ao direito e aos tribunais.
[900] A citação é de V. MOREIRA, "Tribunais arbitrais e...", p. 136.

processo arbitral. Referimo-nos, portanto, à possibilidade de a posição de superioridade de uma das partes lhe permitir exercer, de modo determinante, a sua influência na definição dos termos em que terá lugar, em caso de litígio, o processo arbitral.

Nos casos em que a opção pela via arbitral surge no seio de uma relação caracterizada pela desigualdade estrutural das partes, a convenção de arbitragem é oferecida à parte mais débil da relação jurídica como um produto finalizado[901] – quer se encontre num documento autónomo, quer esteja integrada no clausulado do contrato – e que somente aguarda a assinatura[902] da mesma[903-904]. Deste modo, apenas a um dos elementos da relação[905] assiste a possibilidade de configurar os termos da vinculação à jurisdição arbitral, bem como as especificidades que esta – dentro dos limites imperativos – assumirá. É neste contexto que consideramos, entre outros[906], que, não tendo a possibilidade de intervir na formulação da convenção de arbitragem, a parte mais débil da relação fica numa posição – mesmo que hipotética – de ainda maior fragilidade face à

[901] Destacando-se aqui em particular os casos em que a convenção de arbitragem está incluída num contrato de adesão ou que assume a natureza de uma cláusula contratual geral.

[902] Se atendermos ao ordenamento jurídico português, a LAV não exige a assinatura da convenção de arbitragem – em nenhuma das suas modalidades – como requisito da sua validade, pese embora, na prática, a mesma acabe por ser assinada pelas partes pelo facto de se encontrar inserida no texto contratual que é objeto de assinatura. A assinatura da convenção surge, portanto, como um requisito *ad probationem* do negócio jurídico e não como *ad substantiam*. Remete-se quanto a este tema para A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 143 e ss.

[903] É neste sentido que a doutrina norte-americana tem vindo, por referência ao domínio das relações de consumo e de franchising, a qualificar este modelo como *mandatory arbitration*, na medida que o que aqui está em causa são "cláusulas compromissórias impostas em contratos de adesão, as quais, se atendermos à realidade prática, as partes não têm um verdadeiro poder de evitar ou desaprovar", cfr. C. L. KNAPP, "Taking Contracts Private...", p. 767.

[904] No caso da arbitragem desportiva a questão coloca-se precisamente nestes termos, pois, nas palavras de D.-REINER MARTENS, "quase todos os atletas, sem exceção, não têm outra escolha que não seja concordar com a via arbitral quando entram (direta ou indiretamente) numa relação com a sua federação desportiva, isto se pretenderem ser parte e beneficiar das vantagens resultantes da pirâmide internacional desportiva", cfr. "Disputes in Sport", p. 432.

[905] No caso da realidade desportiva pode colocar-se a questão de a cláusula compromissória nem ser elaborada pela federação desportiva nacional, consubstanciado somente a incorporação da cláusula desenhada e aprovada pela federação desportiva transnacional. Em qualquer uma das hipóteses, a convenção de arbitragem surgirá como um elemento heterodeterminado e que escapa a qualquer possibilidade de negociação entre ambas as partes.

[906] Cfr. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between...", pp. 13 e ss., bem como do mesmo autor *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, pp. 79 e ss. Com uma opinião convergente encontramos o voto de vencida da juíza Kagan à decisão American Express Co. *et al.* v. Italian Colors Restaurant *et al*., onde se apresentam os diversos perigos que podem derivar para a parte mais fraca em virtude de a parte que elabora a convenção de arbitragem poder configurar os termos do processo como lhe forem mais convenientes.

sua contraparte negocial, pois será esta última que configurará os termos concretos em que o processo arbitral terá lugar[907].

O domínio arbitral é plenamente recetivo à liberdade conformadora das partes, as quais podem configurar a via arbitral[908] – uma vez respeitadas as regras imperativas, as quais são de puro enquadramento – do modo que considerem ser mais conveniente à prossecução dos seus interesses[909]. É precisamente neste contexto que a flexibilidade assume o seu lugar como uma das características mais apetecíveis, a par da especialização dos árbitros e da celeridade na obtenção da decisão, do processo arbitral[910].

É ao abrigo desta natureza flexível[911] – que não encontrariam junto dos tribunais estaduais[912] – que as partes têm a possibilidade de delinear (dentro dos limites legais) o processo de acordo com as características[913] quer da relação jurídica que serve de base aos litígios abrangidos pela convenção, quer dos seus objetivos concretos[914].

Estamos, portanto, a referir-nos a escolhas tão relevantes como as relativas a (i) à opção pela arbitragem institucionalizada ou pela *ad hoc*, (ii) a determinação do centro de

[907] Daqui resulta que a vontade da parte que teve a possibilidade de elaborar a convenção de arbitragem acaba por assumir quase um "carácter despótico", fazendo uso da expressão ensaiada por D. S. SCHWARTZ, "Enforcing Small Print...", p. 39.

[908] Refere-se a este processo a possibilidade, usando a locução em língua inglesa, de "tailoring of procedures", isto é, a configuração dos procedimentos e do processo à medida dos conflitos, v. G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. II, pp. 2125-2126, G. HERRMANN, "The Arbitration Agreement…", p. 46.

[909] Compreende-se assim que G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. II, p. 2125 afirme que a flexibilidade é um dos fundamentos essenciais do processo arbitral.

[910] V., a este propósito, I. HANEFELD E J. HOMBECK, "International arbitration between…", p. 21, G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. II pp. 2125 e ss., N. BLACKABY, C.PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, pp. 353 e ss.

[911] O conceito de flexibilidade pode compreender dois significados possíveis. Em primeiro lugar, aquele a que nos temos vindo a referir até aqui, ou seja, a possibilidade ou suscetibilidade de as partes poderem modelar o processo arbitral consoante as necessidades específicas da sua situação. Por outro lado, alguns autores entendem que o conceito de flexibilidade pode igualmente significar a possibilidade de os árbitros não atenderem "somente ao direito, mas que também considerem e compreendam o contexto comercial do caso". V. I. HANEFELD E J. HOMBECK, "International arbitration between…", p. 20. Acrescentamos que pode ainda considerar-se um terceiro sentido: o da flexibilidade processual. Quanto a este aspeto em particular, v. G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. II, pp. 2125 e ss., bem como A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 95 e ss.

[912] Frisando as diferenças que existem entre o processo arbitral e o processo judicial, cfr. M. KERR, "Concord and conflict...", pp. 125 e ss.

[913] Cfr. K. CHEN NOBLES, "Emerging Issues and…", p. 77.

[914] Este é o sentido de flexibilidade oferecido por I. HANEFELD E J. HOMBECK, "International arbitration between…", p. 20.

arbitragem[915], (iii) a escolha dos árbitros[916], (iv) a determinação da sede da arbitragem[917], (v) a existência ou não de recurso de mérito da decisão arbitral e, não menos importante, (vi) os custos envolvidos no processo[918-919] e (vii) a confidencialidade do processo.

No entanto, acrescentam alguns autores que para que a flexibilidade se possa assumir como um aspeto positivo no âmbito da arbitragem é preciso que todas as partes envolvidas atuem num espírito de colaboração, de modo que não seja somente uma a beneficiária dessa natureza adaptável da arbitragem[920]. O mesmo pode ser transposto para o domínio das relações em que se verifica uma fragilidade de umas das partes em virtude

[915] A questão da escolha do centro será objeto de uma análise mais detalhada em momento posterior.
[916] Caso estejamos perante uma arbitragem *ad hoc* ou, sendo uma arbitragem institucionalizada, o centro em questão não tenha uma lista de árbitros fechada.
[917] A importância da escolha da sede arbitral é significativa, pois está aqui em causa "o primado da autonomia das partes a este propósito e que impede a aplicação puramente mecânica de um critério geográfico que excluiria o papel da vontade dos contraentes", cfr. R. M. MOURA RAMOS, "Arbitragem estrangeira e…", p. 844. Não devemos, contudo, confundir a sede com o local da arbitragem, dado que estão aqui em causa realidades distintas: a arbitragem pode ter sede num país e as deliberações, reuniões e os atos necessários podem realizar-se noutro local físico (v., por exemplo, o art. 31.º, n.º 2 da LAV) sem que daí decorra qualquer tipo de problema. Exemplo desta situação pode ser encontrado nas câmaras arbitrais *ad hoc* do TAS, as quais são constituídas aquando dos Jogos Olímpicos para decidirem os litígios que se verifiquem nos mesmos. Pese embora as câmaras se localizem fisicamente no país anfitrião dos Jogos, existe uma ficção jurídica de que a sede do tribunal arbitral se situa na Suíça (cfr. art. 7.º do regulamento de arbitragem aplicável à divisão *ad hoc* dos Jogos Olímpicos). Nestes termos, a *lex arbitri* é o Direito suíço e o TFS é o tribunal competente para a ação de anulação. V., sobre a questão, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS E S. M. KROLL, *Comparative International Commercial...*, p. 66.
[918] Cfr. K. CHEN NOBLES, "Emerging Issues and…", p. 79. Em suma, como já dissemos noutro local: "No fundo, as partes definem as regras do jogo.", cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 99.
[919] Uma outra questão que, na arbitragem internacional, pode surgir em conexão com a elaboração da convenção de arbitragem e que pode assumir um cariz abusivo de uma parte perante o outro contraente tem que ver com a determinação do direito materialmente aplicável à causa. É certo que esta matéria não tem que ver diretamente com a validade da convenção de arbitragem, mas sendo uma decisão tomada aquando da redação da mesma e considerando o seu impacto no processo, não podemos deixar de fazer uma breve menção ao mesmo. A possibilidade de escolha neste domínio é um dos muitos atrativos do plano arbitral, na medida em que permite às partes envolvidas no conflito a escolha da aplicabilidade das regras de um determinado ordenamento jurídico à resolução de um conflito em particular (cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável ao...", pp. 1 a 35). Tendencialmente considerada como uma vantagem da arbitragem, esta escolha pode, no contexto de uma relação jurídica desequilibrada resultar em mais um mecanismo de desproteção da parte mais débil, designadamente em virtude de uma situação de *fórum shopping*, no seio da qual se procuram afastar as disposições jurídicas de um determinado ordenamento que seriam mais benéficas a uma das partes vinculadas pela convenção de arbitragem. obre a convivência entre a lei aplicável ao processo arbitral e o Direito materialmente aplicável à causa, cfr. N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN E M. HUNTER, *Redfern and Hunter...*, pp. 155 e ss., G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. II, pp. 2614 e ss.,
[920] Contudo, como afirmam B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration...*, p. 7, "a flexibilidade apenas se configura como uma vantagem quando exista um espírito mínimo de cooperação entre as partes".

de uma desigualdade estrutural. Nestas hipóteses a flexibilidade assume-se tendencialmente como uma vantagem unilateral, funcionando em prol de apenas um dos elementos da relação jurídica: aquele que elaborou a convenção de arbitragem. Consequentemente, o processo será, naturalmente, configurado em sintonia com os interesses da parte que elaborou a convenção de arbitragem[921], dado que não existiu a possibilidade de ambas as partes vinculadas pela convenção de arbitragem participarem na definição dos termos.

II – No plano da arbitragem desportiva, a questão da potencial utilização abusiva[922] de uma convenção de arbitragem no âmbito de relações estruturalmente desiguais tem-se colocado quanto às garantias processuais que são aplicáveis ao processo arbitral. As principais críticas que têm sido apontadas ao modelo de arbitragem desportiva desenvolvida junto do TAS – que embora não seja, no plano internacional, o único centro arbitral dedicado à resolução de conflitos desportivos, é, sem dúvida, aquele que maior proeminência assume[923] – passam, precisamente, pela existência de um – pelo menos hipotético – défice garantístico dos processos que ali se desenvolvem.

[921] Cfr. T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between...", p. 13 considera que, neste campo, as possibilidades que surgem para a parte mais forte da relação jurídica são quase infinitas. O autor colheu inspiração na expressão utiliza pela juíza Kagan no seu voto de vencido à decisão American Express Co. *et al*. v. Italian Colors Restaurant *et al*.

[922] A qualificação "abusiva" é proposta por T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen...*, pp. 79 e ss., nomeadamente pp. 95 e ss.

[923] Cfr., a título ilustrativo, U. HAAS, "International sports arbitration...", p. 131, do mesmo autor, "The Court of Arbitration...", p. 71 e ainda "Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit…", pp. 73-84, A. VAITIEKUNAS, *The Court of...*, p. 1 e pp. 35 e ss., M. MITTEN E H. OPIE, "Sports Law: Implications…", pp. 187 e ss., bem como J. LINDHOLM, *The Court of...*, pp. 31 e A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 383.

Neste contexto, o problema que se tem vindo a colocar quer junto da doutrina[924], quer no plano da jurisprudência[925], passa por saber se esta privatização[926] da resolução dos conflitos desportivos – operada através da subtração dos litígios à jurisdição dos tribunais estaduais e respetiva submissão à jurisdição arbitral – tem por efeito conduzir a uma diminuição das garantias do processo arbitral em relação àquelas que se aplicariam se os tribunais estaduais fossem a jurisdição competente para conhecer aqueles litígios. Esta preocupação assume uma intensidade significativa em virtude da natureza desta arbitragem se afastar do conceito clássico de arbitragem, ou seja, atendendo à desconsideração do consentimento da parte mais débil – o praticante desportivo – na celebração da convenção de arbitragem, dado que a mesma lhe é imposta[927].

Esta análise sobre uma eventual diminuição de garantias encontra-se, por outro lado, em conexão com um conjunto de aspetos fundamentais que podem ser definidos no texto da convenção de arbitragem, designadamente a escolha pela (i) tipo de arbitragem:

---

[924] V. U. HAAS, "International sports arbitration...", pp. 131 e ss., do mesmo autor "Role and application…", pp. 43 e ss., A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", pp. 266 e ss., B. EHLE E I. GUAIA, "Bundesgerichtshof, Az. KZR 6/15…", pp. 421 e ss.. Indicando os pontos mais problemáticos que se podem suscitar no plano da arbitragem desportiva por referência aos requisitos legais que a arbitragem deve respeitar, v. D.-REINER MARTENS "Disputes in Sport", pp. 436 e ss., bem como P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 495 e ss. Na doutrina portuguesa, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de*..., pp. 390 e ss., apresentando o percurso histórico das críticas dirigidas ao TAS enquanto centro de arbitragem, designadamente quanto aos problemas registados quanto à independência e imparcialidade do centro.

[925] No plano jurisprudencial a questão colocou-se, recentemente, a propósito do litígio que opôs a atleta CLAUDIA PECHSTEIN à ISU, quer junto do TFS (em sede de ação de anulação), quer junto dos tribunais alemães (cfr. a decisão do LG, de 26/02/2014, a decisão do OLG de 15/01/2015 e a decisão do BGH de 07/06/2016, bem como a decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça* proferida pelo TEDH em virtude da queixa da atleta apresentada junto deste tribunal).
Contudo, existem outros casos no âmbito dos quais se tem questionado as garantias processuais oferecidas pelo TAS, pelo que considere-se, a título exemplificativo e em virtude da sua importância, os seguintes: Cañas *vs.* ATP do TFS, a decisão de 27/05/2003 do TFS (comumente conhecido por Lazutina e Danilova *vs.* COI e ISU, no qual se abordou em detalhe a questão de independência e imparcialidade do TAS enquanto centro de arbitragem) e ainda a decisão do TFS de 15/03/1993, Gundel *vs.* FEI e TAS, publicada em *Digest of CAS Awards, Vol. I – 1986*-1998, pp. 561 e ss. (que consubstancia a ação de anulação da decisão Gundel do TAS, n.º CAS 92/A/63). Sobre a natureza paradigmática que assumiu o caso Gundel no que concerne à análise sobre a independência e imparcialidade do TAS, cfr. I. S. BLACKSHAW, "CAS 92/A/63 Gundel...", pp. 65 e ss., A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", pp. 265 e ss.

[926] Para uma abordagem ao fenómeno da privatização de diversos setores sociais e realizando a contraposição entre a dicotomia público-privado, cfr. G. TEUBNER, "After Privatization?...", pp. 393 e ss. e pp. 402 e ss.

[927] Conforme veremos no capítulo V, §9, 9.5.4 da nossa dissertação, a natureza forçada que resulta da estrutura piramidal da organização desportiva assume um papel preponderante no que concerne às garantias exigidas em sede de processo arbitral, sobretudo no que respeita à relação da arbitragem com a aplicação do art. 6.º da CEDH.

institucionalizada ou *ad hoc*, (ii) a escolha do centro de arbitragem, (iii) escolha dos árbitros e (iv) a publicidade ou confidencialidade do processo. De facto, todos estes fatores estão em estreita relação com os termos em que o processo se irá desenvolver, sendo, portanto, permeáveis a uma expressão preponderante dos interesses da parte mais forte aquando da redação da convenção arbitral[928].

Pese embora todos aqueles pontos em particular sejam relevantes quando estejam em causa convenções de arbitragem celebradas em situações de desigualdade estrutural dos contraentes, a questão coloca-se em termos ligeiramente distintos no âmbito da arbitragem desportiva. Como já referimos, e em face das especificidades da estruturação da hierarquia desportiva, no que à arbitragem desportiva diz respeito, as convenções de arbitragem atribuem, regra geral[929], no plano transnacional, competência a um centro de arbitragem em particular: o TAS[930]. Neste sentido, a nossa análise terá de atender, em termos concretos, aos problemas que se têm colocado no âmbito da jurisdição do TAS[931].

[928] T. NIEDERMAIER, "Arbitration Agreements between...", pp. 13 e ss., bem como do mesmo autor *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen…*, pp. 79 e ss.

[929] Não se pode afirmar que estamos perante uma situação universal, dado que existem outros centros de arbitragem a que as federações podem atribuir competência para compor os seus litígios, como por exemplo sucede no domínio do basquetebol com o BAT.

[930] A questão no plano nacional português pode colocar-se em termos semelhantes, podendo ser o TAS o centro escolhido pelas partes para a resolução dos seus conflitos. A arbitragem voluntária do TAD não tem, como resulta da análise dos dados oficiais do centro de arbitragem, recolhido grande sucesso junto dos agentes desportivos, desde a sua entrada em funcionamento em 2015. Desde 2016 (os dados de 2015 já não se encontram disponíveis na página da internet do centro) o TAS conta somente com 21 processos em sede de arbitragem voluntária, dos quais 13 respeitam a litígios laborais desportivos. Ora, face ao total de 321 processos que decorreram junto do TAD entre 2015-2020 (até meados de setembro), a percentagem de causas em matéria de arbitragem voluntária é pouco expressiva.
Há, no entanto, uma exceção de relevo quanto à possibilidade de as partes escolherem o TAS como centro competente: nos termos do art. 4.º do RJCTPD, e mantendo a abertura que caracteriza o regime de resolução de litígios laborais desportivos em relação à arbitragem, as associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos podem, por meio de convenção coletiva, prever o recurso o recurso à arbitragem. No entanto, esta modalidade de previsão da jurisdição arbitral apenas pode atribuir competência ao TAD, não podendo ser atribuída a outra entidade (rompe-se, assim, com a solução propugnada no RJCTPD98, onde essa competência poderia ser atribuída de forma "exclusiva ou prévia a comissões arbitrais paritárias, institucionalizadas". O que significa em termos práticos que na matéria laboral apenas pode, por via de CCT, ser atribuída competência ao TAD e não ao TAS. Por conseguinte, em todas as outras matérias nada impede que as partes decidam por escolher a competência deste último (sobre o art. 4.º do RJCTPD, cfr. J. LEAL AMADO, *Contrato de trabalho...*, pp. 37 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Arbitragem voluntária e...desportivo", pp. 1 ss., nomeadamente pp. 11 e ss. e dos mesmos autores "A Arbitragem Voluntária em...2017", pp. 635 e ss.) Contudo, na sequência da negociação do novo CCT entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol não existe qualquer previsão que atribua competência ao TAD.

[931] Ainda assim, duas delimitações carecem de ser feitas. Em primeiro lugar, não poderemos analisar em detalhe todas as regras que sejam suscetíveis de afetar as garantias das partes em sede processual,

a) Escolha de um único centro de arbitragem em particular: o TAS

I – Ao atribuir a competência para a resolução dos seus litígios a um tribunal arbitral que se constitua sob os auspícios do TAS, a parte que configurou a convenção de arbitragem toma, desde logo, duas decisões inequívocas: qualquer arbitragem que se venha a constituir no âmbito daquelas relações vai assumir a forma de arbitragem institucionalizada[932] e o único centro de arbitragem junto do qual as partes podem buscar tutela é o TAS[933]. Está, portanto, vedada por via contratual a hipótese de vir a submeter a apreciação do conflito a outro centro ou mesmo, num primeiro momento, à jurisdição dos tribunais estaduais.

Esta opção assume-se como determinante no plano processual, desde logo porque os processos que ali se venham a desenvolver seguem os termos definidos no RTAS[934]. Logo, na ausência de acordo sobre regras específicas, as partes optam por seguir os regulamentos desse centro[935], ficando, além disso, sujeitas à tabela de custos aplicável, bem como à lista de árbitros dessa instituição (a qual é taxativa)[936].

Não significa isto que a opção por arbitragem institucionalizada deva, de modo geral, ser sujeita a um juízo de censura ou entendida como uma forma de potencial abuso. A opção pela via institucionalizada tende a ser, aliás, uma escolha tendencialmente mais segura para aqueles sujeitos que se apresentam no processo arbitral como *one shooters* – partes que litigam de forma esporádica e que, portanto, carecem da experiência necessária

uma vez que essa análise não seria comportável dentro dos limites da nossa dissertação. Em segundo lugar, optaremos, na nossa exposição, por, dentro do possível, combinar a análise dos problemas que se podem colocar no plano hipotético com aqueles que já se registaram na prática, recorrendo para tal a casos concretos já discutidos na jurisprudência.

[932] V. T. E. CARBONNEAU, "The Exercise of…", pp. 1207 e ss.

[933] Centro este que já foi, inclusivamente, considerado pelo TFS, usando a expressão de Juan Antonio Saramanch (ex-presidente do COI) como "[a] true "supreme court of world sport", cfr. Lazutina e Danilova *vs.* COI e ISU, § 3.3.3.3.

[934] Cfr. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, p. 196. Deve destacar-se que o TAS tem regras comuns a todos os procedimentos arbitrais (R27 a R37), mas também normas específicas para os processos que correm junto da câmara ordinária (R38 a R46) e regras para os processos que se desenvolvem na câmara de recurso (R47 a R59).

[935] V., J. GATSI, *Le droit du…*, p. 119.

[936] Cfr. GA. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, p. 196. Sobre as listas abertas e fechadas de árbitros, analisando as suas vantagens e desvantagens, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 257 e ss., ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 390 e ss. Problematizando a relação entre os dois sistemas de lista de árbitros, cfr. R. BU, "Emergency Arbitrator Procedure…", pp. 89 e ss.

a compreender as questões processuais[937-938] –, dado que os liberta do ónus de proceder a escolhas para as quais não dispõem de capacidades para decidir conscientemente.

Logo, o que aqui importa compreender é em que medida o facto de esta escolha ser unilateral pode atuar como fator de perturbação do equilíbrio da relação processual. A resposta, em termos sumários, é a seguinte: o abuso pode resultar da escolha de um centro de arbitragem em concreto que se mostre o mais adequado possível ao perfil de uma das partes e os seus interesses, designadamente, mas não só, em função da sua localização geográfica (e consequente *lex arbitri*), das custas[939], da língua[940], dos próprios tribunais competentes para as vias de reação contra a sentença e, não menos importante, da existência de uma lista de árbitros ou da forma de seleção destes últimos.

II – No caso que nos ocupa, a opção por um centro que se localiza num outro país – o TAS sedia-se na Suíça – implica, no plano prático, não só um acréscimo dos custos envolvidos com o processo arbitral[941], mas também está em estreita relação com o

[937] Com esta posição, cfr. A. J. SCHMITZ, "Dangers of Deference…", p. 40.
[938] Recorrendo, uma vez mais, à designação de M. GALANTER, "Why the "Haves"…", p. 97.
[939] Conforme referimos anteriormente.
[940] No caso em particular do TAS, e de acordo com o art. R29, existem três línguas de trabalho: o inglês, o francês e o espanhol. A escolha do idioma do processo cabe às partes, mas na ausência de acordo, será o árbitro presidente ou, quando este ainda não tenha sido nomeado, o presidente da divisão arbitral a decidir. Ao abrigo da segunda parte do art. R29, as partes podem solicitar (por acordo – sendo que se afigura complicado perceber quando o conteúdo do acordo que aqui se exige, nomeadamente no sentido de saber se basta que esse pedido conste da convenção de arbitragem) que o processo se desenvolva noutra língua, cabendo a decisão ao colégio arbitral e à secretaria do TAS. Destaque-se, no entanto, que todos os custos relacionados com intérpretes ou traduções (incluindo certificações oficiais das mesmas) cabem às partes (v. art. R29). Para uma análise desta regra, v. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, pp. 76 e ss.
A importância da língua no processo arbitral assume-se como um aspeto fundamental para o sucesso da ação arbitral por diversos motivos (M. SCHERER, L. RICHMAN E R. GERBAY, *Arbitrating under the..*, p. 194, P. BINDER, *International Commercial Arbitration...*, pp. 357 e ss.), entre os quais se destacam a possibilidade de a mesma atuar como uma barreira (cfr. H. P. DE VRIES, "International Commercial Arbitration...", p. 9.) em virtude dos custos que provoca devido à necessidade de contratar intérpretes ou tradutores, mas também porque pode limitar o número de sujeitos individualmente considerados que podem atuar como árbitros em virtude de não dominarem o idioma em questão, cfr. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de...*, p. 152, bem como G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. II, pp. 2231 e ss.
[941] Sendo certo que procedemos à separação entre as dificuldades de acesso à justiça e problemas que surjam no plano processual, esta categorização não deve ser entendida como estanque, pois existem fatores que têm uma natureza transversal. Sobre a transversalidade das barreiras no acesso à justiça, v. M. CAPPELLETTI, B. GARTH E N. TROCKER, "Access to Justice...", pp. 681 e ss.

problema da sede da arbitragem[942], tópico decisivo[943] neste domínio[944], tendo implicações significativas, nomeadamente nas formas de reação à sentença, bem como no reconhecimento e execução das mesmas.

Em primeiro lugar, e via de regra, a sede da arbitragem implica a determinação da lei que governa o processo arbitral, ou seja, a *lex arbitri*[945]. Em segundo lugar, é, igualmente, a sede da arbitragem que determina os tribunais estaduais que desempenham as funções de apoio – como por exemplo a nomeação de árbitros em falta ou o proferimento de providências cautelares – ao processo arbitral, bem como os tribunais competentes para a impugnação ou recurso da sentença proferida pelos árbitros. Finalmente, a sede da arbitragem "determina a nacionalidade da sentença, o que é importante para fins de execução"[946]. No caso em particular do TAS, nos termos do art. R28, a *lex arbitri* é a lei suíça[947-948].

Por conseguinte, se a parte mais forte escolher uma sede da arbitragem que se localize num país *pro arbitrandum* ou "arbitration friendly"[949], essa opção tem impacto,

[942] Não se ignore, quanto a este aspeto, que a sede da arbitragem não tem, necessariamente, de coincidir com o local físico onde decorre o processo arbitral.
[943] G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. II, p. 2025 qualifica esta escolha como crucial. M. MCILWRATH E J. SAVAGE, por seu turno, referem-se "à variável mais importante", cfr. *International Arbitration and...*, p. 21.
[944] Sobretudo se considerada sob o ângulo de a escolha ser feita por referência a uma localização conveniente apenas para uma das partes: a empresa, deixando desconsiderada a conveniência da parte mais débil ("little guy"), cfr. J. R. STERNLIGHT, "Panacea or Corporate...", p. 638.
[945] É o que sucede no caso português, pois nos termos do art. 61.º da LAV, esta lei é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em Portugal (tal como ao reconhecimento e execução em Portugal de sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro).
[946] V. M. MCILWRATH E J. SAVAGE, *International Arbitration and...*, p. 21, bem como M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* pp. 151-152, D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, pp. 64 e ss.
[947] V. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of....*, p. 64. Segundo o art. 176.º, n.º 1 da LDIP, as disposições do capítulo 12 da LDIP são aplicáveis a todas as arbitragens (i) cuja sede do tribunal arbitral seja a Suíça e (ii) e que, pelo menos, uma das partes não tenha, no momento da celebração da convenção de arbitragem, o seu domicílio ou residência habitual na Suíça.
[948] O Direito suíço pode, além de consubstanciar a lei aplicável ao processo, ser ainda a lei materialmente aplicável à causa. De acordo com o art. R45, no âmbito dos processos ordinários, será aplicável à causa o direito material escolhido pelas partes ou, na ausência de acordo, o Direito suíço. As partes também podem optar por autorizar o tribunal a decidir de acordo com a equidade.
[949] Como, por exemplo, a Suíça. Cfr., entre tantos outros, F. PERRET, "Parallel Actions Pending …", p. 333, G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. II, p. 548, nota 396, N. ULMER E L. SEREX, "Switzerland: Update On…", p. 20, B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic…*, pp. 48-49, G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration…*, p. 29, G. B. BORN, *International Arbitration: Cases…*, p. 60, A. RIGOZZI, "L'importance du...", pp. 309 e ss. e do mesmo autor "Chapter 4…", p. 92.

desde logo, no plano da reação contra a sentença arbitral[950], em virtude das formas de reação legalmente previstas.

III – O ordenamento suíço tem, no que concerne à regulação da arbitragem, um regime dual, o qual se manifesta, entre outros aspetos, nos meios de reação à sentença arbitral.

Nesta medida, uma arbitragem desenvolvida junto do TAS pode não consubstanciar uma arbitragem internacional, sendo, pelo contrário, meramente nacional. Considere-se a possibilidade de ambas as partes terem residência ou domicílio habitual (no caso das federações desportivas a sede localizar-se na Suíça) naquele país aquando da celebração da convenção de arbitragem. Quando assim seja, nos termos do art. 353.º do ZPO suíço, a arbitragem ficará sujeita às disposições da Parte 3 daquele código, exceto se as partes acordarem, nos termos do art. 353.º, n.º 2 do ZPO suíço, submeter o seu processo ao regime da arbitragem internacional previsto na LDIP. A aplicação das regras do ZPO suíço ao invés do capítulo 12 da LDIP leva a que as partes no processo arbitral, ao invés de somente um mecanismo de reação, disponham de duas possibilidades à sua escolha: o recurso e a revisão da sentença[951].

Ora, no caso específico da arbitragem desportiva desenvolvida junto do TAS – nos casos em que a mesma é internacional –, a hipótese de reação às sentenças daquele

[950] Por outro lado, a vertente *pro arbitrandum* do ordenamento suíço manifesta-se ainda numa outra área mais sensível: o sucesso na anulação de sentenças arbitrais. De facto, e tal como tem resultado de estudos sociológicos desenvolvidos com vista a apreciar, em termos quantitativos, qual a possibilidade de anulação de uma sentença, proferida em sede de arbitragem internacional, junto do TFS, os autores concluíram, através da análise dos dados estatísticos, que a possibilidade de obter sucesso numa anulação (parcial) de uma sentença arbitral junto do TFS se cifra somente nos 7,53%. Remete-se, assim, para F. DASSER E P. WÓJTOWICZ, "Challenges of Swiss…", pp. 276-294. Entre nós, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 412.
S. NETZLE, por seu turno, destaca que após o já referido acórdão Cañas do TFS, o número de ações de anulação de sentenças arbitrais do TAS aumentou de forma exponencial junto do TFS, estabelecendo uma relação de causa-efeito entre os dois fenómenos. Contudo, destaca o autor que, embora a taxa de impugnação das sentenças do TAS se aproxime dos 10% (os dados do artigo remontam a 2011), a possibilidade de sucesso na anulação das mesmas junto do TFS se cifrava em 0,3%. Cfr. "Appeals against Arbitral...", pp. 19-20. Embora reconheçamos que existiu, de facto, um crescimento nas ações de anulação, não concordamos com o fundamento apresentado. Na nossa opinião, este crescimento não pode ser dissociado do aumento de processos do TAS que se verificou aquando (i) da aceitação pela FIFA da jurisdição deste centro arbitral, a qual se iniciou 2003 e (ii) da entrada em vigor do Código Mundial Antidopagem, cfr. J. LINDHOLM, *The Court of...*, p. 63. A inclusão na jurisdição do TAS de dois domínios tão prolíferos em litígios, como sucede com o futebol profissional e a matéria da antidopagem, geram, necessariamente, mais processos e níveis de litigiosidade mais intensa, a qual se traduz também na existência de ações de anulação.

[951] Cfr. arts. 390.º e ss. e arts. 396.º e ss. Na doutrina, v. A. RIGOZZI, "Chapter 4...", p. 92.

tribunal é regulada nos termos da LDIP. O ordenamento suíço adota, quanto à reação das sentenças arbitrais estrangeiras, uma regra inequívoca: a arbitragem é um sistema de resolução de litígios *one-stop*, o que significa que as decisões dos tribunais arbitrais são finais e não podem ser objeto de recurso[952]. Às partes assiste somente a possibilidade de utilizar o mecanismo da ação de anulação – meramente cassatório[953] – para buscarem tutela quando a decisão enferme de alguns dos problemas indicados no art. 190.º, n.º 2 da LDIP, cujo elenco é taxativo[954-955].

No plano da arbitragem internacional o ordenamento suíço optou por uma única via de reação: a ação de anulação, a qual se encontra prevista no art. 190.º da LDIP[956]. Em tais hipóteses, afirmam alguns autores que esta solução de via unívoca de impugnação da sentença comporta algum risco, pois não se acautelam possíveis erros materiais dos árbitros na apreciação da decisão[957], dado que os fundamentos da ação de anulação respeitam, essencialmente, a aspetos do processo arbitral.

É certo que a tendência internacional, na sequência da adoção generalizada das soluções da Lei-modelo da UNCITRAL[958], passa pela existência de apenas uma via de reação quanto às sentenças arbitrais: a ação de anulação[959]. Esta opção poderá ser, via de regra, justificada pelo facto de as partes escolherem voluntariamente subtrair o seu litígio

952 GA. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration…* p. 420.
953 Cfr. A. RIGOZZI, "Challenging Awards of…", p. 219.
954 V. G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration…*, p. 425 e . RIGOZZI, "Challenging Awards of…", p. 219. Os possíveis fundamentos para anulação da sentença arbitral são: a) a irregularidade na constituição do tribunal arbitral, b) um erro na apreciação da competência do tribunal, c) quando se tenha verificado excesso ou omissão de pronúncia, d) quando tenha sido desrespeitada a igualdade das partes ou o seu direito ao contraditório, e) quando a sentença seja incompatível com a ordem pública.
955 Sobre os requisitos da ação de anulação, cfr. S. BESSON, "Le recours contre...", pp. 5 e ss.
956 V., a este propósito, G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 420, tal como B. BERGER E F. KELLERHALS, *International and Domestic…*, pp. 646 e ss. e D. MAVROMATI, "Jurisprudence of the..", p. 37.
957 Assim sustentam G. KAUFMAN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 420, para quem a acção de anulação apenas configura "uma pequena rede de segurança" para as partes.
958 Cfr. art. 34.º da Lei-modelo, onde se apresenta a ação de anulação como a única via e reação contra a sentença arbitral.
959 Portugal consubstancia, neste âmbito, uma exceção, prevendo a LAV a existência de três mecanismos de impugnação da sentença: (i) a ação de anulação, (ii) o recurso, desde que previsto expressamente pelas partes e (iii) a oposição à execução (para uma visão panorâmica, v. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 390 e ss.). A estes mecanismos acresce a possibilidade de recurso para o TC, sobre este ponto em particular cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, "Do recurso de...", pp. 185-224.

à jurisdição arbitral e, nesse sentido, decidirem prescindir também de um segundo grau de jurisdição no que respeita ao mérito da causa[960].

Todavia, no caso da arbitragem desportiva esse fundamento não será de aceitar, dado que um tal entendimento levaria a que os praticantes desportivos ficassem privados não só do acesso à justiça estadual num primeiro momento, mas também em sede de um segundo grau de jurisdição onde poderiam obter uma revisão da sentença arbitral.

A natureza não voluntária da submissão dos atletas a esta arbitragem, levou o TFS[961] a considerar que pese embora a LDIP permita, em sede de arbitragem internacional, que as partes prescindam da ação de anulação da sentença[962], tal não seria de aceitar no domínio da arbitragem desportiva. Na prática, e à semelhança do que sucede na celebração da convenção de arbitragem, os atletas ao declararem renunciar à ação de anulação também se encontrariam constrangidos de facto, pois essa decisão ser-lhes-ia imposta por decisão da respetiva federação desportiva, não lhes assistindo uma real possibilidade de decidirem renunciar ou não à possibilidade de impugnar a sentença por via da ação de anulação[963].

Neste contexto, sustentou o TFS na decisão *Cañas*[964] que uma renúncia antecipada por parte do atleta à possibilidade de reagir quanto a uma futura sentença tem por efeito que o mesmo se prive "do direito de sancionar futuramente a violação de princípios e garantias processuais fundamentais e essenciais que poderia ser cometida pelo tribunal arbitral"[965].

Assim, mesmo que cumpra os requisitos exigidos pela LDIP no seu art. 192.º, a renúncia à ação de anulação não deve ser tida como válida no domínio desportivo[966] em virtude de a arbitragem desportiva ser essencialmente obrigatória para os atletas e não consensual, pois "ninguém pode ser forçado a renunciar à jurisdição do seu juiz natural

[960] Cfr. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de...*, p. 297.
[961] V. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[962] V. art. 192.º da LDIP.
[963] Cfr. S. BESSON, "Le recours contre la sentence...", p. 7.
[964] V. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[965] V. ac. Cañas *vs.* ATP do TFS, § 4.3.2.2.
[966] A. RIGOZZI, "Challenging Awards of the…", pp. 227-228, A. PINNA, "Motivation de da …", pp. 35 e ss., N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", pp. 145 e ss.

("concordando" com a arbitragem) e à jurisdição de supervisão do Estado sobre as sentenças arbitrais"[967-968].

A possibilidade de renúncia ao direito a impugnar a sentença arbitral apresenta-se, no ordenamento suíço, como particularmente problemática no domínio da arbitragem desportiva, dado que é suscetível de gerar uma forte desigualdade entre diversos atletas[969]. Consoante o processo preencha os requisitos para consubstanciar uma arbitragem nacional ou uma arbitragem internacional, às partes assistem mecanismos de impugnação distintos. Os praticantes desportivos que estejam ao abrigo do regime estabelecido no ZPO suíço dispõem de dois mecanismos de impugnação, enquanto aqueles cuja arbitragem tenha uma natureza internacional apenas têm a possibilidade de anular a sentença junto do TFS[970]. Esta dualidade de regimes conduz a uma dualidade no tratamento dos praticantes desportivos[971]. Consubstancia, assim, um forte elemento desestabilizador da suposta ideia de igualdade de tratamento dos atletas em sede de arbitragem desportiva.

IV – Não obstante o sentido decisório expresso na decisão *Cañas*, e ainda que num processo não relacionado com litígios desportivos, o TFS veio retomar a problemática da admissibilidade da renúncia antecipada à ação de anulação, procurando aferir a compatibilidade desta norma da LDIP com o art. 6§1[972] da CEDH[973]. Segundo o TFS[974], o art. 192.º da LDIP não viola o art. 6§1 da CEDH na medida em que, nos termos da lei,

[967] Cfr. A.RIGOZZI, "Challenging Awards of…", p. 228.
[968] Admitindo precisamente que, pese embora os requisitos formais se encontrem preenchidos, a renúncia à ação de anulação pode ser admissível ou inadmissível consoante o contexto da celebração da convenção de arbitragem, designadamente (i) se a parte, que agora pretende valer-se do direito à anulação, foi assistida por um advogado aquando da celebração da convenção ou (ii) se a celebração da convenção de arbitragem lhe foi imposta pela sua contraparte (apresentando como exemplo o caso da realidade desportiva), cfr. S. BESSON, "Arbitration and Human...", pp. 405-406. V., em sentido concordante, M. J. MITTEN, "Judicial Review of...", pp. 53 e ss.
[969] Cfr. A. VAITIEKUNAS, *The Court of…*, pp. 212 e A. M. STEINGRUBER, "Sports Arbitration: How…", pp. 92-93.
[970] A. VAITIEKUNAS, *The Court of…*, p. 212. Considera o autor que o legislador suíço não tomou em consideração a realidade da arbitragem desportiva que se desenvolve junto do TAS, o que é de estranhar, pois, na maioria dos casos, as federações desportivas (e mesmo o COI) têm a sua sede na Suíça.
[971] Pense-se no caso de atletas residentes na Suíça, mas que pratiquem modalidades diferentes e, nessa medida, reguladas por federações distintas. Pode suceder que uma delas tenha sede na Suíça e, nesse caso, a arbitragem seja nacional e outra delas tem sede noutro país, sendo a arbitragem internacional. Nesta hipótese, os regimes conduziriam a possibilidade distintas de tutela.
[972] Onde se consagra o direito a um processo equitativo.
[973] Decisão do TFS de 04/01/2012.
[974] Decisão do TFS de 04/01/2012, § 3.2.

se exige que a renúncia à ação de anulação tenha uma natureza voluntária e expressa, não estando em causa uma renúncia unilateral. Portanto, entendeu o TFS, que no âmbito da sua autonomia privada – a qual se estende aqui ao plano processual – podem as partes prescindir de forma total da jurisdição estadual, quer num primeiro momento, quer quanto à função de controlo desempenhada pelos tribunais estaduais.[975].

Sem prejuízo de regressarmos ao tema da relação entre a arbitragem no plano desportivo e a CEDH[976], podemos, na esteira do que foi decidido pelo TFS na decisão *Cañas*, considerar que, para assegurar a compatibilidade com o art. 6.º da CEDH, a renúncia prévia ao direito de impugnar a decisão arbitral não pode ser tida como possível nos casos em que, como sucede no desporto, a celebração da convenção de arbitragem foi imposta a uma das partes como única alternativa possível. Só assim se evitará um completo esvaziamento do seu direito de acesso à justiça, ainda que o espectro de proteção conferido pela ação de anulação seja bastante reduzido, dado que assenta em questões eminentemente formais, com exceção da violação da ordem pública[977].

Por conseguinte, a escolha de um centro de arbitragem com as características particulares que o TAS reveste pode resultar numa posição mais vantajosa para uma das partes – a federação desportiva – em relação à sua contraparte – o praticante desportivo – , sobretudo porque este configura a parte mais fraca da relação jurídica e, nesse sentido, não teve a possibilidade de influenciar a configuração da convenção de arbitragem.

[975] Não estando em causa a análise de uma situação em que o consentimento para a celebração da convenção de arbitragem tenha resultado de uma imposição fáctica de uma parte sobre a sua contraparte, o TFS não se pronunciou em particular sobre essas situações. Afirma-se, aliás, que não está em discussão as características que o consentimento tem de revestir quando esteja em causa uma renúncia às garantias do art. 6.º da CEDH, cfr. ponto 3.2.

[976] Cfr. Capítulo V § 9, 9.5.4.

[977] De acordo com o estudo estatístico desenvolvido por F. DASSER E P. WÓJTOWICZ, até 2017 apenas foram anuladas pelo TFS duas sentenças com fundamento na violação da ordem pública, cfr. "Challenges of Swiss…", p. 281. V., também, A. DUVAL, "The Court of Arbitration…", p. 246. Entre estas decisões encontra-se a sentença de 27/03/2012, no âmbito da qual foi anulada a decisão do TAS que condenava FRANCELINO DA SILVA MATUZALEM, na sequência de uma punição disciplinar aplicada pela UEFA em virtude violação pelo atleta das cláusulas contratuais, no pagamento de uma indemnização no montante de 11.854.934 euros, acrescidos de 5% de juros anuais desde 05/07/2007 até à data do efetivo pagamento. Até ao integral pagamento do montante, o atleta estaria suspenso a nível mundial do exercício da sua atividade. O TFS anulou a sentença por entender que a mesma era incompatível com a ordem pública. Sobre a decisão, cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, "A norma desportiva...", pp. 255 e ss., e do mesmo autor *A Resolução de...*, pp. 413 e ss.

b) A independência estrutural do TAS

I – Uma outra questão que se vem colocando, quase desde a sua entrada em funcionamento[978], quanto às garantias processuais aplicáveis no âmbito das arbitragens que se desenvolvem junto do TAS, diz respeito à independência estrutural deste centro arbitral em relação ao associativismo desportivo. Neste contexto a questão passa por saber se o TAS é suficientemente independente dos agentes que regulam o associativismo desportivo para que se os tribunais que se constituem no âmbito do mesmo possam ser qualificados como verdadeiros tribunais[979]. Para compreender o problema da independência estrutural do TAS, é preciso compreender, ainda que de forma sumária, os termos em que o problema tem sido colocado e respondido.

A primeira vez que o TFS teve a oportunidade de apreciar a independência do TAS enquanto centro de arbitragem (e dos tribunais que se constituam sob a sua égide) aconteceu aquando do pedido de anulação de uma decisão do TAS, a qual ficou conhecida pelo caso Gundel[980]. Este caso configurou o primeiro pedido de anulação de uma decisão do TAS[981], pelo que o TFS se encontrou na contingência de aferir se o TAS cumpria os requisitos de independência e imparcialidade para que pudesse ser qualificado como um tribunal, dado que o TFS apenas poderia analisar, ao abrigo da ação de anulação, uma decisão proferida por um tribunal[982].

Na sua decisão, veio o TFS decidir que o TAS era independente e que as suas decisões consubstanciavam verdadeiras decisões arbitrais, fundando a sua decisão no seguinte: o "TAS não é um órgão da FEI; não recebe instruções desta associação e retém autonomia pessoal suficiente e mantém uma autonomia pessoal suficiente em relação àquela"[983], afastando, ainda, qualquer possibilidade de influência da FEI no TAS em

[978] A questão colocou-se a primeira vez no caso Gundel *vs.* FEI e TAS do TFS.
[979] Assim formulam a questão A. DUVAL E B.VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 266.
[980] Decisão do TFS de 15/03/1993 (Gundel *v.* FEI e TAS). Para uma contextualização detalhada deste caso que opôs o cavaleiro Elmar Gundel à FEI no âmbito de uma sanção disciplinar aplicada em virtude do cavalo utilizado por aquele ter acusado, no âmbito de um controlo antidopagem, substâncias anormais, cfr. A. VAITIEKUNAS, *The Court of...*, pp. 133 e ss., A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 266, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 386 e ss., A. RIGOZZI, "L'importance du droit...", pp. 303 e ss.
[981] A. DUVAL E B.VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 266.
[982] V. Gundel *v.* FEI e TAS, § 3. b), pp. 564 e ss. Cfr. A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 266.
[983] V. Gundel *v.* FEI e TAS, § 3. b), p. 569.

virtude de a mesma apenas nomear (à data) três das sessenta personalidades que compunham a lista de árbitros[984]. Não deixou, contudo, de apontar a existência de problemas sérios quanto às diversas ligações existentes entre o TAS e o COI, as quais poderiam ter por efeito a contaminação da independência estrutural do centro, como por exemplo (i) o facto de o COI poder modificar os estatutos do TAS, (ii) ser responsável pelos seus custos operacionais e (iii) ter a prerrogativa de nomear metade dos seus árbitros[985-986].

II – Sem prejuízo da evolução que o TAS sofreu a nível de administração, o problema da sua independência estrutural voltou a colocar-se junto do TFS, designadamente no caso *Lazutina*[987]. O litígio opunha, no âmbito da desqualificação e consequente afastamento dos Jogos Olímpicos de Inverno em virtude de um resultado positivo no controlo de dopagem, duas patinadoras (Lazutina e Danilova) ao COI e à ISU. Em síntese, as atletas pretendiam impugnar a decisão junto do TFS alegando, em síntese, que (i) o TAS não seria um tribunal independente nos casos em que o COI fosse parte e (ii) que os árbitros do painel não eram independentes e imparciais. Em suma, na sua essência os argumentos apresentados pelas atletas reconduziam-se à falta de

[984] Acrescentou ainda o TFS que a independência do TAS estava garantida pelo facto de, na composição da lista de árbitros, terem de ser escolhidas quinze personalidades sem ligação ao COI, às federações internacionais ou aos comités olímpicos nacionais, o que permitia que as partes (os atletas) pudessem escolher como árbitros sujeitos sem qualquer ligação àqueles entes. Cfr. Gundel *v.* FEI e TAS, § 3. b), p. 569. Por outro lado, argumentou ainda que o art. 16.º do RTAS previa a existência de fundamentos de recusa dos árbitros, o que permitiria, quando se justificasse, afastar sujeitos concretos que não reunissem os requisitos de imparcialidade e independência necessários.

[985] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 413 e ss. e D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of...*, pp. 3 ss.

[986] Após a decisão Gundel, o TAS sofreu modificações significativas na sua estruturação e organização, procurando ultrapassar as debilidades identificadas pelo TFS. Com vista a desenvolver este processo de modificação foi celebrado o "Acordo de Paris", no âmbito do qual se criou uma figura que se assume como fundamental no que ao TAS concerne: o ICAS. Esta é uma fundação – sediada na Suíça – e que tem como missão administrar o TAS, quebrando – em teoria – a dependência deste em reação ao COI (sobre o ICAS e em síntese, cfr. D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of...*, pp. 5 e ss). Sobre as modificações trazidas pelo Acordo de Paris, cfr. I. BLACKSHAW, "The Court of…", pp. 65 e ss., L. REILLY, "Introduction to the…", pp. 64 e ss., M. REEB, "Le Tribunal Arbitral...", pp. xvii, R. H. MCLAREN, "Twenty-Five Years…", pp. 305. ss., do mesmo autor "The Court of…", pp. 381 e ss. e ainda "A New Order…", pp. 3 e ss., D. MAVROMATI E M. REEB, *The Code of...*, pp. 3 e ss., E. DE LA ROCHEFOUCAULD "L'indépendance des…", pp. 31 e ss., J. A. R. NAFZIGER, "International Sports Law…", p. 145.

[987] Decisão do TFS de 27/05/2003 (Lazutina e Danilova vs. COI e ISU).

independência estrutural do centro em relação ao associativismo olímpico, a qual perpassava também para o plano da independência subjetiva dos árbitros[988].

No âmbito deste processo o TFS, mantendo o sentido decisório anterior[989], julgou improcedente a pretensão das atletas e decidiu que o TAS era um centro arbitral independente do COI[990] e que não era de modo algum "um vassalo do" mesmo[991].

O bloco composto por estas duas decisões tem funcionado como o esteio do TFS no que concerne à abordagem do problema da independência do TAS, enquanto centro arbitral, do movimento do associativismo desportivo, *maxime* da influência do COI. Deste modo, quando, em sede de anulação, é questionada a falta de independência do TAS, o TFS recupera a orientação decisória que prosseguiu nestas duas decisões e dá a questão por encerrada: criou como que uma presunção de independência do TAS[992].

III – No entanto, as dúvidas quanto à falta de independência estrutural[993] voltaram a ressurgir aquando do litígio que opôs CLAUDIA PECHSTEIN à ISU, tendo a resposta obtida no seio do ordenamento jurídico alemão, proferida pelo OLG, sido bastante ilustrativa. O problema residia, essencialmente, em dois pontos: (i) a existência de uma lista fechada de árbitros e (ii) o processo de nomeação do presidente do colégio arbitral nos processos submetidos à câmara de recurso[994].

[988] As atletas entendiam no essencial que o TAS, mesmo após a criação do ICAS, não era administrativa e financeiramente independente do COI e que este último tinha uma preponderância incontornável na composição da lista de árbitros. V. A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 391 e ss., M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des...*, pp. 48 e ss. e A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 266.

[989] Cfr. decisão Gundel.

[990] Considerou, assim, que o ICAS é um ente autónomo e não dependente do associativismo desportivo (nem do COI), desde logo porque os membros do COI que o integravam eram em número demasiado reduzido para tomarem o controlo do ente. Em segundo lugar, quanto ao problema da lista de árbitros, considerou que após as reformas operadas na sequência do Acordo de Paris, a mesma respeitava as exigências legais de imparcialidade e independência. Também no plano do financiamento considerou não existir nenhum problema de maior, pois não existe um outro sistema que permita o financiamento do TAS que não seja através de dotações do COI.

[991] Para um maior desenvolvimento sobre esta decisão, cfr. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international em...*, pp. 287 e ss. e A. VAITIEKUNAS*, The Court of...,* pp. 168 e 169.

[992] Foi o que aconteceu no caso Claudia Pechstein *v.* ISU.

[993] Existindo também quem discorde, cfr., por exemplo, J. A. R. NAFZIGER, "Dispute Resolution in...", pp. 168, R. H. MCLAREN, "The Court of...", pp. 381.

[994] Para efeitos da nossa dissertação e considerando que o problema da nomeação do presidente do colégio arbitral foi colocado somente no âmbito da câmara de recurso, optamos por não analisar esse problema, focando a nossa atenção somente na lista fechada e sua composição.

O TAS funciona, desde a sua instituição e quanto à nomeação de árbitros, de acordo com um sistema de lista fechada[995], pelo que as partes apenas podem nomear como árbitros as personalidades que se encontrem integradas naquela lista, sendo este sistema o oposto das listas comummente designadas como abertas[996]. Em termos práticos, esta opção traduz-se numa limitação da autonomia das partes na escolha dos árbitros que vão decidir a sua causa[997], o que pode, em alguma medida, colidir com o ideal de especialização em que assenta a opção pela via arbitral: as partes podem escolher a pessoa que entendem como mais adequada para o seu litígio, mas só de entre uma pré-seleção feita por outrem. Aqui têm residido, em grande medida, as críticas dirigidas à estrutura do TAS: em que medida se pode considerar como legítima e independente a seleção de um conjunto de nomes para integrarem a lista e, nessa medida, a diminuição da liberdade de escolha que as potenciais partes têm quanto aos seus decisores. A crítica é tanto mais intensa dado as especificidades da arbitragem desportiva, *v.g.* o facto de a celebração da convenção de arbitragem ser imposta aos atletas. Surge, assim, a questão de saber em que termos é constituída a lista de árbitros, bem como determinar se o associativismo desportivo não dispõe de demasiada influência na composição da mesma.

A elaboração (e acompanhamento contínuo[998]) da lista de árbitros é, de acordo com o art. S14 do ETAS, uma das principais tarefas do ICAS[999]. Os nomes dos potenciais árbitros devem chegar ao conhecimento do ICAS, podendo, para tal, ser indicados pelo COI, pelas federações internacionais, pelos comités olímpicos nacionais ou pelas comissões de atletas. Esta é a versão atual da norma e que resulta das modificações operadas em 2012[1000-1001], mantendo-se a atribuição ao ICAS de um poder-chave no que

[995] Na prática existem três listas de árbitros: (i) a lista geral, (ii) a lista do futebol e (iii) a lista da divisão antidopagem. A lista geral tinha no seu início somente 60 árbitros, contanto na atualidade com 349 (de acordo com os dados constantes na página do centro).

[996] Sobre o problema das listas de árbitros em geral, cfr., entre nós, A. P. PINTO MONTEIRO, D. MIRANTE, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *Manual de..*, pp. 257 e. ss. No plano internacional, v. M. COCCIA, "International Sports Justice…", pp. 145 e ss.
V. G. B. BORN*, International Commercial…*, Vol. II, pp. 1752 e ss. fazendo um contraponto entre os dois sistemas, cfr. R. BU, "Emergency Arbitrator Procedure...", pp. 89 e ss.

[997] G. B. BORN*, International Commercial…*, Vol. II, p. 1752.

[998] O ICAS é inclusivamente competente para remover ou substituir árbitros da lista quando as circunstâncias o justifiquem. Cfr. art. S17 do ETAS.

[999] Os requisitos exigidos a potenciais árbitros estão previstos no art. S17 do ETAS.

[1000] V. P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 502 e ss.

[1001] A versão anterior tinha uma formulação distinta e que suscitou duras críticas na decisão do OLG aquando do caso Pechstein. Dispunha o, então, art. S14 que a lista de árbitros deveria ser composta de

concerne à elaboração da lista, sendo, portanto, necessário analisar se a composição do ICAS lhe permite ser considerado como independente do associativismo desportivo.

O ICAS – segundo art. S4 do ETAS – é composto por vinte membros, todos juristas, que são indicados da seguinte forma: (i) quatro pelas federações internacionais (três pela ASOIF e um pela AIOWF), (ii) quatro pela ANOC, (iii) quatro pelo IOC (podendo ser seus associados ou não), (iv) quatro escolhidos pelos doze membros acima indicados, após devida consulta, e com vista a "salvaguardar os interesses dos atletas", (v) quatro escolhidos pelos dezasseis membros acima identificados e que têm de ser independentes das entidades acima referidas e que participam na designação dos membros do ICAS.

Consequentemente, do exposto resulta que dos vinte membros do ICAS, doze são diretamente designados por entidades do associativismo desportivo, sendo que a escolha dos outros oito também é influenciada – mesmo que indiretamente[1002] – por aqueles. Os praticantes desportivos, por seu turno, não têm quase expressão neste, de tal modo que se afirma que quatro dos membros devem ser escolhidos de forma a "salvaguardar os interesses dos atletas". A necessidade desta previsão dos "interesses dos atletas" tem levado a que alguns autores aqui encontrem uma admissão, ainda que implícita e por parte do próprio ICAS, da sua falta de independência[1003].

O problema central reside, portanto, na falta de independência do ICAS poder perpassar para a própria lista de árbitros, podendo a mesma ser composta com árbitros mais "propensos a favorecer o associativismo desportivo do que os atletas"[1004]. Concordamos, nesta medida, com a argumentação que foi sufragada pelo OLG no caso Pechstein, designadamente quanto ao facto de as partes no processo arbitral "não terem

acordo com a seguinte proporção dos nomes indicados pelas seguintes entidades: 1/5 pelo COI, 1/5 pelas Federações Desportivas, 1/5 pelos comités olímpicos nacionais. Além destes, existiria um 1/5 escolhidos por pessoas independentes a estes entes e 1/5 escolhidos, após devida consulta, para salvaguardar os interesses dos atletas. Pese embora 2/5 dos nomes fossem escolhidos por pessoas não indicadas pelo associativismo desportivo, essa escolha era feita pelo ICAS. Cfr. A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", pp. 271-272 e P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 502 e ss.

[1002] P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", p. 503. Para uma apreciação crítica do problema, F.. LATTY, "Le TAS marque des ...", pp. 33-34.

[1003] A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 271. Foi, alias, também este o entendimento sufragado pelo OLG na sua decisão de 15/01/2015, §89.

[1004] A. DUVAL E B. VAN ROMPUY, "Protecting Athletes' Right…", p. 271.

igual influência na composição do tribunal arbitral"[1005], desde logo em virtude de a própria composição da lista se encontrar condicionada pela sua proximidade ao associativismo desportivo[1006]. O problema adensa-se pela natureza fechada da lista, pois fica excluída a hipótese de qualquer uma das partes buscar outra personalidade para atuar como seu árbitro[1007].

IV – Julgamos que existem dois planos essenciais: (i) por um lado a manutenção da ligação – profunda – entre o ICAS e as entidades maiores do associativismo desportivo, a qual tem a suscetibilidade de afetar a independência institucional do centro e (ii) o facto de as personalidades que integram a lista de árbitros serem indicadas pelas mesmas entidades relacionadas com o associativismo desportivo, sem que exista uma preponderância idêntica dos atletas nesse processo. A soma destes dois problemas conduz a uma questão ainda mais delicada e que se prende com a compatibilidade da atividade arbitral do TAS com o disposto no art. 6.º da CEDH: com vista a respeitar as garantias estabelecidas naquela norma, o TAS tem de ser e "parecer um verdadeiro tribunal", ou seja, "no plano institucional deve ser um tribunal estabelecido por lei e o seu funcionamento deve obedecer aos princípios da independência e imparcialidade"[1008].

Consideramos, pois, que o cerne da discussão se deve orientar para o problema da independência estrutural do centro. A independência de cada um dos árbitros apenas poder ser aferida casuisticamente e não permitirá, por si só, lançar uma sombra de suspeição sobre toda a estrutura. O que se revela, desde logo, necessário – de maneira a não prejudicar uma instituição que desempenha um papel fundamental na resolução de

[1005] Sobre o confronto entre a decisão do OLG e do BGH, v. M. MAISONNEUVE, "Note: Claudia Pechstein…", pp. 908 – 922.
[1006] Assim considerou o OLG que "essa deficiência estrutural afeta a neutralidade do tribunal arbitral", de 15/01/2015, §89-90. Cfr. M. MAISONNEUVE, "Note: Claudia Pechstein…", pp. 910-921.
[1007] Não se ignoram os argumentos a favor da manutenção de lista fechada por oposição a uma lista aberta (cfr. P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", p. 503, A. RIGOZZI, "L'importance du…", pp. 301 e ss. e do mesmo autor "Challenging Awards of...", pp. 238 e ss., D. GIRSBERGER E N. VOSER, *Comparative and Swiss...*, pp. 506 e ss., bem como a decisão *Lazutina e Danilova* do TFS), mas no contexto atual parece-nos que a opção pela lista aberta permitiria, em alguma medida, ultrapassar as críticas que têm recorrentemente sido dirigidas ao TAS enquanto centro arbitral.
[1008] G. SIMON, "L'applicabilité de ...", pp. 112-113. Retomaremos este ponto no Capítulo V, §9, 9.5.4.

litígios desportivos – é que não existam formas duvidosas de composição da lista de árbitros[1009-1010].

c) O direito a uma audiência pública

I – A confidencialidade – ou, pelo menos, a sua opção – é uma das principais vantagens apontadas[1011] à arbitragem[1012]. Contudo, a relação desta característica arbitral com o direito ao processo equitativo pode suscitar dificuldades[1013]. Pese embora as partes tenham a possibilidade de optar pela confidencialidade do processo arbitral[1014], a justiça arbitral, embora privada, é reconhecida pelo Estado[1015]. Nesse sentido, existe sempre um interesse público genérico no controlo da qualidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais, o qual apenas pode ser preenchido com a existência de uma audiência pública,

[1009] M. MAISONNEUVE, "Oberlandesgericht München...", p. 341. Como refere o autor, "Esta exigência de independência e imparcialidade estrutural direcionada ao TAS é ainda mais "intensa" do que noutras instituições arbitrais, principalmente em função da sua natureza não consensual para uma das partes".

[1010] Neste contexto compreende-se mal que o TEDH, na decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, tenha, na senda do defendido pelo TFS, entendido que o TAS cumpre todas as garantias de independência e imparcialidade exigidas pelo art. 6.ª da CEDH. Afasta-se, desta forma, da própria teoria da aparência que tem vindo de forma sistemática a defender na sua jurisprudência. Esta quebra de posição, quanto a este aspecto, levou à existência de um voto de vencido dos juízes Keller e Serghides, os quais consideram que a estrutura do TAS "não satisfaz as exigências de independência e imparcialidade previstas no art. 6.º §1 da CEDH". Considera-se neste voto de vencido que o "sistema de seleção dos árbitros proporciona uma "influência" desproporcionada e injustificada às organizações", denotando-se a existência de um elo entre o ICAS e o associativismo desportivo. (cfr. § 11, 12, 13). Consideram ainda os juízes, no seu § 15, que "o TAS se encontra desprovido de uma aparência de independência e que, de modo geral, não oferece as garantias do artigo 6 §1 da Convenção". V., na doutrina, sintetizando pontos chave da decisão e do voto de vencido, C. DOS SANTOS, "European Court of...", pp. 117-125.

[1011] Considerem-se, entre outros, os seguintes autores: A. FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial...", pp. 174 e 175, P. COSTA E SILVA, "Os meios de...", p. 180 e da mesma autora "A execução em...", pp. 133 e 134.

[1012] V. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 5, afirmando o autor na p. 62 que a confidencialidade pode ser "um trunfo decisivo" em diversos cenários empresariais.

[1013] A. FLAMÍNIO DA SILVA E A. P. PINTO MONTEIRO, "Publicidade vs. Confidencialidade...", p. 701. No plano internacional, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS E S. M. KROLL, *Comparative International Commercial…,* pp. 95 e ss., G. B. BORN, *International Commercial...*, Vol. III, pp. 2779 e ss., A. DUVAL, "Time to go...", pp. 3 e ss.

[1014] V. art. 30.º, n.º 5 da LAV.

[1015] A sentença arbitral da qual já não caiba recurso e que já não seja suscetível de alteração tem, no ordenamento português, o mesmo carácter obrigatório que uma decisão de um tribunal estadual transitada em julgado. V. art. 42.º, n.º 7 da LAV.

bem como com a publicidade da decisão[1016] Recorrendo ao conhecido aforismo: "a justiça não deve apenas ser feita, deve ser vista a ser feita"[1017].

O interesse público na existência de uma audiência pública, na publicidade do processo e da própria decisão é ainda maior quando a arbitragem não assume uma raiz consensual, pois a questão coloca-se em termos diferentes do que sucede com a arbitragem voluntária. Sendo este modelo arbitral desligado de um fundamento consensual, mas também não resultando de uma opção legislativa, a questão que se coloca é a da sua legitimidade: está em causa aferir a legitimidade do TAS[1018]. A questão complica-se quando se encontram em discussão direitos fundamentais das partes.

Como tem sido destacado na doutrina, "se o CAS é funcionalmente comparável a um tribunal, então também deve ser igualmente responsável perante o público em geral"[1019]. É inegável que no âmbito do TAS e dos seus colégios arbitrais se tomam decisões que afetam a esfera jurídica dos agentes desportivos e dos próprios membros do movimento associativo, as quais produzem efeitos idênticos às proferidas pelos tribunais judiciais. Por conseguinte, a transparência da instituição e dos tribunais que nela se constituam é um aspeto incontornável para a sua legitimidade enquanto "tribunal supremo do mundo desportivo"[1020].

Nos casos em que fique entregue à vontade de uma parte a decisão sobre a confidencialidade do processo e da sentença[1021], a outra parte vê operar-se na sua esfera

[1016] Como refere H. KAHLERT, a transparência é uma das últimas formas de controlo do correto exercício do poder adjudicatório, *Vertraulichkeit im...*, p. 76.
[1017] "Justice must not only be done, it must also be seen to be done", frase proferida no caso R v Sussex Justices, *ex parte* McCarthy, *in All England Law Reports*, 233, 1924, p. 59.
[1018] V., entre outros, A. DUVAL, "Time to go....", pp 9 e ss. e do mesmo autor "The Court of…", p. 255 (afirmando, expressamente o autor, que do facto de o associativismo desportivo ser suficientemente poderoso para impor ao mundo desportivo um sistema privado de normas e de mecanismos de resolução de conflitos, não se pode daí retirar a legitimidade desta *lex sportiva*), J. PAULSSON, "Assessing the Usefulness...", pp. 3-15, bem como a decisão do TEDH *Mutu e Pechstein v. Suíça.*
[1019] Cfr. A. DUVAL, "Time to go....", p. 3.
[1020] R. H. MCLAREN, "Twenty-Five Years…", p. 305. Sobre a missão que os seus fundadores anteviam para o TAS, K. MBAYE, "Foreword", pp. xi-xii e do mesmo autor, "Une nouvelle institution...", pp. pp. 409-424". Na reflexão sobre os vinte anos de atividade do TAS, K. MBAYE, "Introduction", pp. xiii – xv. Com uma problematização entre a missão do TAS e a história do mesmo, cfr. R. H. MCLAREN, "A New Order...", pp. 1-24.
[1021] É o que se verifica, a título de exemplo, no TAD, ao abrigo do art. 50.º, n.º 3 da LTAD, onde, para evitar a publicitação da decisão, basta que uma das partes se oponha à mesma. Analisando com detalhe os problemas suscitados por esta disposição, v. A. FLAMÍNIO DA SILVA E A. P. PINTO MONTEIRO, "Publicidade vs. Confidencialidade...", pp. 701 e ss.

jurídica uma "renúncia" forçada à audiência pública e à publicidade do julgamento (bem como da própria decisão), o que pode colidir com o seu direito a um processo equitativo e com a transparência que daí emerge. A existir a confidencialidade de todo o processo e da sentença arbitral, deverá sempre discutir-se a "voluntariedade"[1022] da renúncia à publicidade (em todas as suas vertentes) na arbitragem. É neste contexto que se tem colocado a questão a propósito da arbitragem desportiva, tendo o caso *Pechstein* consubstanciado um momento de mudança.

No âmbito da câmara de recurso do TAS[1023], dispunha o art. R57 RTAS que a decisão sobre a realização de uma audiência de julgamento cabia ao tribunal arbitral, não se prevendo na norma a possibilidade da realização de uma audiência pública de julgamento. Por outro lado, no art. R59 RTAS, parte final, dispunha-se que, uma vez terminado o julgamento, o TAS disponibilizaria de forma pública a sentença, um sumário e/ou uma nota de imprensa da mesma. As partes poderiam por acordo obstar à publicação da sentença[1024]. Face a este estado de coisas, a atleta *Pechstein* solicitou, junto do TAS, que no seu processo houvesse lugar a uma audiência pública, pois entendia que esse era um direito que lhe assistia ao abrigo do previsto no art. 6.º §1 da CEDH. O pedido foi indeferido, não se tendo realizado uma audiência naqueles termos[1025]. Em suma, das regras vigentes naquela data no RTAS não resultava a possibilidade de existência de uma audiência pública, ficando todo o processo envolto em confidencialidade, com exceção, no limite, do resumo ou nota de imprensa que fossem publicados.

A questão foi colocada junto do TEDH no âmbito da queixa apresentada pela atleta e a resposta foi contrária à esperada pelo TAS. O TEDH veio, de forma inequívoca, afirmar que "a publicidade do processo constitui um princípio fundamental consagrado

[1022] Esta voluntariedade assumirá contornos particulares, desde logo porque assenta no seguinte binómio: uma parte – tendencialmente a mais forte – quer a confidencialidade, a outra – a mais débil – pretende a publicidade, pelo que o "consenso" poderá surgir sob a forma de imposição do primeiro sobre o segundo. Exemplificando com a relação que se estabelece entre os consumidores e as grandes empresas, cfr. J. R. STERNLIGHT, "Panacea or Corporate...", p. 686.

[1023] A solução aplicável aos processos que se desenvolvam na câmara ordinária é a da total confidencialidade, pois de acordo com o art. R43 do RTAS: (i) o processo é confidencial, (ii) as partes, os árbitros e quaisquer terceiros não podem revelar factos ou outra informação relativa ao litígio sem autorização do TAS e (iii) as decisões não serão públicas a não ser que todas as partes assim o decidam ou que o presidente da câmara determine nesse sentido. V., sobre esta norma, M. NOTH E U. HAAS, "Article R43", pp. 1538-154.

[1024] É uma solução diferente da aprovada pelo BAT, no âmbito do qual todas as decisões são públicas. Cfr. D.-REINER MARTENS "Disputes in...", p. 435.

[1025] Sobre o pedido da atleta, cfr. decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, II, § 173 e ss.

pelo art. 6.º §1 da Convenção"[1026], desde logo porque, por um lado, ao permitir um controlo público da administração de justiça, tem por efeito contribuir para a manutenção da confiança na administração da justiça[1027] e, por outro lado, preenche-se a finalidade do art. 6.º§1: a existência de um processo equitativo. É certo que o TEDH reconhece que este não é um direito absoluto, podendo, naturalmente, existir situações em que se renuncie ou prescinda da publicidade da audiência. Contudo, um dos requisitos de validade para essa renúncia é que a mesma seja livre, o que não sucede no domínio da arbitragem desportiva, pois estamos perante "uma arbitragem forçada"[1028].

II – Por conseguinte, suscita-se a questão fundamental de saber se os atletas – no contexto fáctico que rodeia a celebração da convenção de arbitragem – podem ou não renunciar ao seu direito à audiência pública. A resposta do TEDH é inequívoca: neste contexto a renúncia não se pode ter como válida, existindo uma violação do previsto no art. 6.º §1 da CEDH. A necessidade de afastar a regra da confidencialidade resulta, no domínio desportivo, da desigualdade estrutural que se verifica entre as partes[1029], pois ao ser-lhes imposto o recurso à via arbitral, atendendo a toda a configuração concreta do TAS, não pode ser admissível que esse exercício da justiça seja feito de forma afastada da sociedade, não estando sujeito a um escrutínio sobre o mesmo.

O ICAS compreendeu – e quase que anteviu – o impacto da decisão do TEDH e providenciou no sentido de uma alteração ao RTAS, introduzindo uma modificação na referida regra, a qual é, parcialmente, de saudar. Agora, dispõe o art. R57, §2 que qualquer pessoa singular, que seja parte no processo, pode solicitar a realização de uma audiência pública quando esteja em discussão uma questão de natureza disciplinar. No entanto, na segunda parte do §2 consagram-se diversas exceções à regra geral – que quase fazem duvidar que esta seja mesmo a regra –, pois o pedido pode ser negado quando (i) seja no interesse da moral, ordem pública ou segurança nacional, (ii) quando os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes assim o exigirem (iii) quando a publicidade prejudicar os interesses da justiça, (iv) quando o processo for exclusivamente

[1026] V. decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, II, § 175.
[1027] Cfr. decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, II, § 175.
[1028] V. decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, II, § 181.
[1029] Cfr., A. FLAMÍNIO DA SILVA E NA. P. PINTO MONTEIRO, "Publicidade vs Confiencialidade...", p. 709.

relacionado com questões de direito e (v) a audiência realizada em primeira instância já tenha sido pública[1030].

Consideramos, pois, que embora a norma tenha sofrido uma modificação positiva, ainda está aquém do que seria desejável para a sua compatibilidade. Não se pode ignorar que o interesse da publicidade é, em bom rigor, triplo: (i) a parte processual quer garantir que o seu processo cumpre as regras do *due process*, sendo verdadeiramente equitativo, (ii) os outros atletas têm interesse em saber os termos em que se desenvolve o processo, desde logo porque lhes permite ter uma real noção das suas probabilidades de êxito caso venham a encontrar-se naquela situação[1031] e (iii) a própria jurisdição do TAS consegue reforçar a sua credibilidade junto do setor social desportivo, afastando dúvidas sobre a sua credibilidade ou exercícios menos claros de jurisdição.

Em segundo lugar, a norma continua, em parte, a violar as garantias previstas no art. 6.º §1, bem como a não fazer refletir o que foi decidido pelo TAS no caso *Pechstein*. Em primeiro lugar, o TAS restringe o âmbito da audiência pública aos processos que tenham por objeto questões disciplinares. Das garantias consagradas na referida norma da CEDH ou do disposto da decisão do TEDH não resulta, de forma alguma, que o direito a uma audiência pública deva ser reservado exclusivamente para as questões disciplinares: o que determina a publicidade não é a natureza do objeto do litígio, mas a ausência de voluntariedade na celebração da convenção de arbitragem. Se a arbitragem tiver uma natureza forçada serão, em termos idênticos ao que se verifica junto dos tribunais estaduais, exigidas ao tribunal arbitral todas as garantias previstas no art. 6.º §1[1032].

Do contexto descrito resulta que nos casos em que a convenção de arbitragem reveste estas características – ao ser celebrada numa situação de profunda desigualdade entre as partes – se verifica um tendencial desequilíbrio do processo arbitral em desfavor

[1030] O funcionamento da regra geral da publicidade dependerá, em grande medida, do entendimento que os colégios arbitrais constituídos no TAD tenham quanto à interpretação das exceções consagradas na norma R57, a qual reproduz, quase fielmente, a parte final do art. 6 §1 da CEDH. Como notam alguns autores, quando colocado perante a necessidade de interpretar as exceções consagradas na parte final do art. 6 §1 da CEDH, o TEDH tem procedido de forma restritiva, de modo a não esvaziar de sentido útil a garantia da publicidade no processo. V. A. DUVAL, "Time to go…", p. 15, W. A. SCHABAS, *The European Convention...,* p. 290.

[1031] V. D.-REINER MARTENS "Disputes in…", p. 435.

[1032] Cfr. decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, II, § 115. Na doutrina, v. A. DUVAL, "Time to go…", p.15

da parte mais débil. Por conseguinte, no capítulo que se segue iremos analisar os possíveis mecanismos de proteção que podem ser adotados com vista a restabelecer a igualdade real entre as partes e a prevenir quaisquer abusos do contraente mais forte sobre a sua contraparte.

CAPÍTULO V

§ 9.º A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA PARTE MAIS DÉBIL: PATERNALISMO E AUTONOMIA PRIVADA

9.1. A desigualdade estrutural na arbitragem: o problema do paternalismo

A importância da autonomia privada[1033] é no domínio arbitral indiscutível, de tal modo que se pode considerar que a vontade das partes se assume como elemento central da arbitragem[1034]. No entanto, existem hipóteses em que a desigualdade estrutural que se verifica entre os sujeitos é de tal ordem que afeta não só o processo negocial tendente à celebração do negócio jurídico, mas também o próprio processo arbitral e, *in extremis*, o seu resultado.

Neste contexto, a questão que se coloca prende-se com saber em que hipóteses e em que termos devem existir medidas que visem proteger a parte mais débil da relação jurídica, de modo a possibilitar a existência de um equilíbrio entre os contraentes. É desse problema que nos ocuparemos neste capítulo: os termos em que se deve verificar a proteção da desigualdade estrutural entre as partes e, não menos importante, quais os limites que essas medidas devem respeitar.

Consequentemente, o quer iremos analisar é a possibilidade e necessidade de intervenção estadual com vista a restaurar o equilíbrio entre as partes, evitando o abuso de uma em relação à outra. Convoca-se, deste modo, a necessidade de abordar a relação existente entre o paternalismo estadual e a autonomia privada, com todas as tensões que daí advêm[1035].

[1033] Designadamente na sua vertente de liberdade contratual.
[1034] V. J.-M. JACQUET, "Droit International Privé…", pp. 31-32.
[1035] Não nos propomos, contudo, a operar um estudo profundo sobre o paternalismo e a sua admissibilidade no âmbito das relações jurídicas entre o Estado e os privados ou entre os privados entre si.

9.2. Caracterização da celebração de convenções de arbitragem como uma conduta tendencialmente renunciante

I – Podemos identificar, em síntese, três grandes categorias de hipóteses em que o próprio titular do direito tem a suscetibilidade de causar prejuízo aos seus direitos fundamentais: a autocolocação em perigo, a autolesão e a renúncia. Não obstante, para os efeitos do nosso estudo, aquelas que nos interessam são somente as relativas à disposição do exercício do direito fundamental de acesso à justiça e aos direitos fundamentais por via da celebração de uma convenção de arbitragem.

Isto significa, portanto, que restringiremos a nossa análise aos casos de disposição contratual de um direito fundamental, mais especificamente à disposição do direito de acesso à justiça por via contratual no seio de uma relação entre privados[1036], ou seja, em virtude da celebração de uma convenção arbitral[1037-1038].

[1036] A nossa análise será dirigida, somente, para o tratamento do tema que elegemos: atendendo a que existe uma renúncia ao direito de acesso à justiça, é necessário enquadrar essa figura de modo a poder compreender os limites da proteção que pode – ou deve – ser garantida aos sujeitos que celebrem convenções de arbitragem no âmbito de uma relação de desigualdade estrutural.

[1037] A nossa opção não ignora que o problema das intervenções restritivas não consubstancia um exclusivo dos problemas relacionados com a renúncia a direitos fundamentais, é somente uma delimitação para efeitos do objeto de estudo. V. B. MAC CRORIE, *Os limites da...,* p. 21.

[1038] Cfr. J. REIS NOVAIS: "[a] aplicabilidade à declaração de vontade na renúncia das regras civilistas, em princípio justificada, não pode, contudo, fazer esquecer a especificidade, não só dos interesses que estão em jogo na renúncia a direitos fundamentais, como também da situação de desigualdade quase natural em que se encontram quem renuncia e quem beneficia da renúncia, ou a relevância das consequências jurídicas suscetíveis de serem aqui produzidas na área de reserva absoluta que é a dignidade da pessoa humana", cfr. *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, p. 251.

Consideramos que ao celebrar uma convenção de arbitragem os seus titulares estão, em regra, a tomar, por via contratual, uma atitude renunciante[1039] ou autorrestritiva[1040] de um direito fundamental[1041].

Aquando da celebração de uma convenção de arbitragem o que se verifica é que os titulares afetam o seu direito fundamental de acesso à justiça – dispondo do mesmo no sentido de, pelo menos num primeiro momento[1042], subtraírem aquele litígio ao conhecimento dos tribunais estaduais –, enfraquecendo, nesse sentido, a proteção do mesmo[1043]. Por conseguinte, a possível renúncia – ou adotando uma terminologia mais ampla, a conduta renunciante – ao exercício de um direito fundamental tem lugar, aqui, no âmbito de uma relação contratual, a qual é, no âmbito subjetivo, composta por dois elementos: o sujeito titular do direito e a sua contraparte[1044].

[1039] Quando nos referimos a renúncia de um direito fundamental não estamos a considerar que o titular tem o poder de dispor daquele na sua totalidade, tendo a faculdade de eliminar o mesmo de forma permanente, irreversível ou total da sua esfera jurídica (ou sequer atingir o núcleo essencial do direito). Uma renúncia nesses termos, isto é, em que o titular afeta o núcleo essencial do direito e sem possibilidade de revogação posterior não é admitida no plano constitucional, cfr., entre muitos outros, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p. 462, J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, pp. 147 e ss., J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 309 e ss. e do mesmo autor "Os Direitos Fundamentais...", pp. 38-39, J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 446 e ss. Sufragando um entendimento distinto, v. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, pp. 233 e ss., B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 57 e ss.

[1040] J. MIRANDA considera que não deve ser aplicada a designação de renúncia, devendo, pelo contrário, falar-se em autorrestrição, dado que o particular não renuncia ao seu direito, apenas se "vincula juridicamente a não invocar o seu direito fundamental (...) a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das suas pretensões, faculdades ou poderes incorporados no seu direito", cfr. *Direitos Fundamentais*, p. 479, nota 1187.

[1041] Esclareça-se, desde já, que a renúncia a direitos fundamentais não tem por efeito necessário, ao contrário do que sucede no plano do Direito civil, "a extinção do direito em causa" (cfr. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, p. 142). No plano do Direito Privado a renúncia opera, em regra, como "extinção de um direito por força do seu abandono voluntário, unilateral ou não, por parte do titular" (cfr. J. REIS NOVAIS, "R. a direitos...", p. 270, L. NETO, *O direito fundamental...*, p. 371). Ora, o que se verifica no plano dos direitos fundamentais é uma realidade distinta, pois não está em causa a realização de uma renúncia definitiva e total do direito fundamental – ou ablativa –, ou seja, uma "renúncia enquanto extinção de um direito fundamental como um todo, enquanto desaparecimento definitiva desse direito fundamental da esfera jurídica do seu titular (cfr. J. REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos...", p. 270).

[1042] Considere-se a hipótese de as partes ficarem, no plano da tutela, reduzidas à ação de anulação da sentença arbitral. Esta hipótese verifica-se nas situações em que a opção pela via arbitral importa a renúncia ao direito ao recurso da decisão arbitral, pense-se, a título de exemplo, no art. 8.º, n.º 3 da LTAD.

[1043] Atendendo à conceção de renúncia sufragada por J. MELO ALEXANDRINO, de acordo com a qual a renúncia consubstancia "a afectação e uma posição de direito fundamental, traduzida na redução dos efeitos de protecção desse direito, por força do respectivo titular", v. *Direitos Fundamentais*, p. 146.

[1044] J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 315, considera que qualquer conduta renunciante em geral – onde se inclui a renúncia a um direito fundamental – pressupõe "necessariamente a

II – No que concerne à sua validade, para que a renúncia a um direito fundamental seja válida no âmbito do nosso ordenamento jurídico e, desde modo, produza os efeitos que dela se esperam, é, todavia, necessário que a mesma preencha alguns pressupostos: tem de ser livre, esclarecida e o seu titular tem de ter consciência para a realizar[1045].

Tal como já referimos, a disposição, por parte do seu titular, de um direito fundamental tem a sua génese na autonomia privada do titular da própria posição jusfundamental, pois a compressão voluntária da esfera de proteção do direito em causa resulta da emissão de uma declaração de vontade por parte do sujeito, o que, na prática se traduz na necessidade de existir na base do negócio jurídico o consentimento do mesmo[1046].

Consequentemente, para que possa dispor de um direito fundamental é necessário, em primeiro lugar, a existência de uma declaração de vontade[1047] – "dirigida e apta"[1048] – do titular do direito fundamental e que o mesmo atue de forma livre e autodeterminada[1049]. É, portanto, imperativo que o titular renunciante do direito fundamental reúna, em concreto, as condições – materiais e psicológicas – que lhe permitam tomar a sua decisão e exteriorizar a sua "vontade de forma livre e esclarecida"[1050]. Não pode, pois, admitir-se uma renúncia que resulta de uma posição não

intervenção dou a presença de um terceiro, sem o qual seria impossível ao respetivo autor vincular-se juridicamente".

[1045] Segue-se um breve enquadramento dos pressupostos de validade da renúncia. J. MIRANDA, apresenta quatro requisitos para que a autorrestrição possa ser válida. Além da (i) voluntariedade na decisão, o autor afirma que a autorrestrição deve (ii) estar regulada por lei quando envolva um poder conexo com a Administração, (iii) ser limitada no tempo e (iv) ser livremente revogável, cfr. *Direitos Fundamentais*, p. 479. Este último requisito pode dificultar a qualificação da celebração de uma convenção de arbitragem como uma renúncia (ou uma autorrestrição) no sentido constitucional do termo, pois a existência de uma exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário pode colidir com a efetiva possibilidade de revogação da renúncia. O TC tem, no entanto, assumido a designação de "renúncia ao direito de acesso aos tribunais do Estado" para qualificar a celebração de uma convenção de arbitragem, v., a título de exemplo, os acs. n.º 230/2013 e n.º 123/2015.

[1046] Com largos desenvolvimentos sobre a questão da voluntariedade da declaração de vontade que opera a renúncia, cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, pp. 249 e ss. e, partilhando, em larga escala, das mesmas posições deste autor, v. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 117 e ss.

[1047] Sendo que o consentimento das partes segue o regime geral estabelecido no Código Civil, cfr. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 121-122.

[1048] J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, p. 249. Refere ainda o autor, com o qual concordamos, que para estarmos perante uma renúncia é preciso que a declaração de vontade seja feita pelo próprio titular do direito, pelo que qualquer declaração renunciante heterógena não terá por efeito a produção de uma renúncia ao direito fundamental.

[1049] Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p. 461, J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 443 e ss. e *Direitos Fundamentais*, pp. 376 e ss.

[1050] J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 318 e ss. e pp. 443 e ss.,

livre e não esclarecida do titular do direito fundamental[1051], englobando-se aqui os casos óbvios de ausência de liberdade na decisão – o exemplo mais claro é o da coação –, mas também aqueles em que verifique uma "pura adesão a uma condição regulamentar heterónoma"[1052].

Logo, a declaração de vontade do renunciante deve estar liberta de constrangimentos externos, mas também deve ser compreendida[1053] pelo seu autor quanto às consequências jurídicas resultantes da mesma e à possibilidade da sua revogação[1054]. Este pressuposto, pautado por uma aparente clareza e linearidade, suscita problemas de maior, pois mesmo que se exija que o renunciante se encontre "tanto quanto possível livre de constrangimento, ameaças ou coações"[1055], a situação real de cada sujeito comporta – quase sempre – limitações que podem estar em relação direta com a decisão de renunciar ao direito fundamental em causa[1056].

As maiores dificuldades, segundo cremos, não são os casos óbvios em que está ausente a vontade ou liberdade do renunciante, pois esses serão com relativa facilidade identificados. O problema agrava-se a propósito dos casos em que a realidade material do sujeito renunciante não lhe permite conformar a sua decisão de forma livre e esclarecida: esta situação pode ser aquela que se verifica no caso em que as partes se encontram numa forte situação de desigualdade estrutural, de tal modo que os termos da relação jurídica são conformados por apenas uma delas (e em seu próprio benefício)[1057].

[1051] A exigência de que a vontade do declarante seja livre e esclarecida impede, portanto, que a renúncia se baste com o consentimento presumido do declarante, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 308.

[1052] Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais...", p. 39.

[1053] Recupere-se aqui a frase de A. KAUFMANN, de acordo com a qual: "a liberdade é em ampla medida um problema de conhecimento", cfr. *Filosofia do...*, p. 356.

[1054] J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, pp. 149-150.

[1055] JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, p. 252.

[1056] JORGE REIS NOVAIS considera que esta liberdade necessária do renunciante se acentua ainda mais "quando as partes da relação jurídica se encontrem numa situação de poder negocial equilibrado, em que, no fundo, a renúncia a uma posição de direito fundamental signifique um exercício autónomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterónoma não admissível", *idem,* p. 252.

[1057] A declaração de vontade pelo meio da qual se opera a renúncia deve ser um "produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida", sendo que a análise das condições que subjazem àquela declaração deve ser feita de um modo rigoroso e exigente, designadamente no sentido de garantir que não existe, sobre o renunciante, coação, seja ela "(...) coação física, quer a coação moral ou mesmo económica, quando se trate de uma pressão forte efetivamente exercida ou naqueles casos de vulnerabilidade em que exista um dever especial de proteção estadual, não devendo admitir-se, nesse sentido, o consentimento puramente tolerante", cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 308.

No que concerne ao conteúdo da renúncia, também aqui é necessário que a mesma não tenha por efeito esvaziar ou afetar o núcleo essencial do direito fundamental objeto da mesma. Significa isto que para estarmos perante uma renúncia válida, além do consentimento livre e esclarecido do titular do direito – e atendendo agora somente às relações que se estabelecem entre privados, ou seja, afastando o binómio cidadão - Estado/ entidade pública – é necessário que a autolimitação do direito fundamental se paute "pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários"[1058].

Por conseguinte, para que a celebração de uma convenção de arbitragem possa ser qualificada como uma renúncia ao exercício de um direito fundamental e para que seja válida, é necessário que preencha os requisitos acima analisados: tem de ser livre, esclarecida e consciente.

Esta possibilidade de adoção de condutas renunciantes por parte dos titulares dos direitos fundamentais, por um lado, e a existência de relações de desigualdade estrutural por outro, suscita a necessidade de debater a posição que o Estado deve assumir quanto a este problema. Neste sentido, suscita-se o debate sobre a figura do paternalismo jurídico.

9.3. O paternalismo jurídico ou estadual: noção

[1058] J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...,* p. 312. No que respeita ao limite da renúncia do direito fundamental, B. MAC CRORIE, considera que o princípio da proporcionalidade desempenha um papel diferente caso a renúncia tenha lugar no âmbito de uma relação entre particulares marcada pela existência de um desequilíbrio entre as partes – nomeadamente a existência de uma sujeição – e as situações em que se verifique uma igualdade entre os intervenientes. Na primeira hipótese – em que se verifica a desigualdade – "o julgador deve ter legitimidade para avaliar o respeito pelo princípio da proporcionalidade nas suas várias vertentes", cfr. *Os limites da...*, p. 150.

I – O domínio do Direito Privado é marcado não só pela ideia de igualdade dos sujeitos[1059], mas também, e em igual medida, pelo ideal de liberdade[1060] e autonomia[1061] dos sujeitos na conformação das suas relações jurídicas[1062]. É, aliás, nesta faculdade de, dentro dos limites imperativos estabelecidos por lei, assistir aos sujeitos a possibilidade de procederem quase que à criação do seu próprio ordenamento jurídico[1063] que assenta a concretização de uma verdadeira autonomia privada[1064].

Neste contexto, assume-se que são os titulares das relações aqueles que se encontram melhor posicionados para reger as suas relações, devendo o Estado, neste sentido, intervir de forma bastante limitada neste domínio[1065], devendo somente criar as condições para que entre os contraentes exista uma realidade real[1066]. Com efeito, a "permissão genérica de atuação jurígena"[1067] supõe que as partes possam desenvolver as suas relações e conduzir a sua realização pessoal de uma forma livre de "constrangimentos jurídicos"[1068]. O mesmo significa que os contratantes de um qualquer negócio jurídico não se encontram adstritos – ou sequer vinculados – a prosseguir finalidades públicas "ou objectivos pré-determinados pelo Estado", na medida em que o conteúdo da sua liberdade é determinado somente pelas opções seguidas pelos

[1059] V., entre outros, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos...*, p. 17. Tal como já tivemos oportunidade de referir no capítulo II, bem como J. J. ABRANTES, v. "Liberdade contratual e...", p. 129.
[1060] Tem-se colocado a questão de saber se existe no ordenamento jurídico português o reconhecimento de uma liberdade geral de ação. Embora a análise do tema transcenda o objeto da nossa dissertação, podemos afirmar que concordamos com P. MOTA PINTO, "O direito ao...", pp. 65 e ss., quando o mesmo afirma que existe, ainda que em termos muitos distintos dos consagrados no âmbito da GG, no nosso ordenamento jurídico um princípio de uma liberdade geral de ação. De acordo com o referido autor, "conjugando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à liberdade, tutelado naquela norma, conclui-se pelo reconhecimento (...) de uma liberdade geral de ação", em virtude da conjugação dos arts. 26.º, n.º 1 e 27.º da CRP.
[1061] S. GRUNDMANN, "On the Unity…", p. 1063.
[1062] Referindo alguns autores a existência de um "princípio de liberdade geral de ação", R. MEDEIROS E A. CORTÊS, "Artigo 26.º", p. 446.
[1063] Como sustentam J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. I, 4ª Ed., p. 465, "o desenvolvimento da personalidade transporta também uma dimensão de liberdade indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo".
[1064] Tal como afirmam R. MEDEIROS E A. CORTÊS: "o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal", cfr. "Artigo 26.º", p. 448.
[1065] Já neste sentido se encaminhava J. STUART MILL, *On Liberty*, p. 80. V., ainda e em sentido parcialmente concordante, F. DOS SANTOS AMARAL NETO, "A Autonomia Privada...", pp. 13 e ss.
[1066] Cfr., entre outros, C.-W. CANARIS, "A liberdade e...", p. 51. Com mais desenvolvimentos, v. capítulo II da nossa dissertação.
[1067] A expressão é de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de...Civil, II ...Geral*, p. 40.
[1068] R. MEDEIROS E A. CORTÊS, "Artigo 26.º", p. 448.

mesmos[1069]. Em concordância, e com exceção do que se encontre proibido por lei, também aqueles não se encontram impedidos de conduzirem a regulação das suas relações nos termos que melhor lhes aprouver.

Todavia, esta postura estadual perante os direitos fundamentais dos sujeitos pode não se pautar por uma atitude de abstenção – ou quase indiferença – pela gestão que aqueles operam das suas relações jurídicas em geral e dos direitos fundamentais em particular. Em determinadas circunstâncias, a relação que se desenvolve entre o Estado e os particulares na sua gestão dos seus direitos fundamentais pode ser marcada pela adoção de uma postura paternalista por parte do próprio Estado[1070].

Sucede, porém, que o termo paternalismo vem sendo utilizado de forma relativamente genérica e, nessa medida, têm-se compreendido sob esta designação um conjunto de realidades que, embora partilhem pontos comuns, assumem características distintas entre si[1071].

Importa, portanto, perceber a que realidade nos referimos quando utilizamos a designação de "paternalismo", permitindo proceder à conceptualização de uma figura relativamente unitária, pelo menos, para efeitos do presente texto[1072].

II – Na sua génese, a ideia que subjaz às diversas conceções do paternalismo assenta na importação, para o domínio das relações entre o Estado e os cidadãos do modelo característico das relações de matriz paternal ou de filiação. Assim, recorre-se quer à ideia de cuidado (no sentido de um poder-dever de gestão parental) que os pais

[1069] Como ensina J. REIS NOVAIS, "[é] certo que o Estado deve criar os pressupostos e as instituições necessárias à efectivação material dos direitos fundamentais, como também à compatibilização da liberdade de cada um com a liberdade de todos e os valores comunitários mais relevantes. Mas, o conteúdo da liberdade, bem como a determinação do uso que cada indivíduo lhe imprime, são fins essencialmente individuais", cfr. *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, p. 242.

[1070] Para G. DWORKIN, que sufraga um conceito amplo de paternalismo, existem diversos exemplos – de um paternalismo não puro – de medidas paternalistas adotadas pelo Estado e com as quais convivemos numa base diária: considerem-se as regras que impõem a utilização de dispositivos de segurança aquando da condução de motociclos ou de maquinaria (*v.g.* capacetes ou cintos de segurança), as regras que proíbem a prática balnear ou de desportos náuticos quando não existam nadadores-salvadores de serviço ou mesmo leis, entre outros casos, cfr. "Paternalism", pp. 65-66.

[1071] Sobre os sentidos diversos atribuídos à expressão "paternalismo", cfr. J. FEINBERG, *Harm to self...*, pp. 3 e ss.

[1072] Como bem assinala J. RAWLS, "por si só, uma definição não pode resolver qualquer questão fundamental", na medida em que o mérito da mesma resultará do valor da teoria que dela resultar, v. *Uma Teoria da...*, p. 116. Todavia, e como bem nota D. SCOCCIA, "apenas podemos responder à questão normativa depois de responder (ou assumirmos ter respondido) à questão conceptual", v. "The Concept...", p. 11.

devem ter para com os filhos, quer à lógica das decisões dos primeiros para os segundos,[1073] em virtude de aqueles conseguirem, em princípio, decidir o que será melhor ou mais adequado[1074].

Sumariamente, poderia afirmar-se que esta relação paternalista se traduz em um terceiro – neste caso o Estado – guiar o processo de tomada de decisão de outrem de acordo com os interesses deste último[1075]. É, aliás, a esta própria relação paternal que o termo vai buscar a sua origem, designadamente ao vocábulo latino "pater", que significa pai[1076].

Porém, inexiste um consenso generalizado a propósito da definição do conceito de "paternalismo"[1077], o que se traduz, no plano prático em dificuldades na classificação ou qualificação de uma medida ou de um determinado conjunto de medidas estaduais como tendo uma natureza paternalista[1078-1079].

III – De acordo com a definição proposta por GERALD DWORKIN, o paternalismo traduz-se "aproximadamente, na interferência na liberdade de ação de um sujeito com fundamento em razões relacionadas com o bem-estar, o bem, a felicidade, as necessidades, os interesses ou os valores da pessoa que será coartada"[1080]. Assim, e decompondo a noção, o paternalismo implica a intervenção de uma parte – o Estado – no sentido de guiar (por ação ou proibição) a atuação de outrem com vista a proteger esse mesmo sujeito de um qualquer resultado que lhe pode ser desfavorável ou mesmo

[1073] Assim o afirma M. ALEMANY, "El concepto y...", p. 266. A importação desta analogia constitui o denominador mínimo comum a todas variantes do conceito de paternalismo jurídico, v. "El concepto y...", p. 267.
[1074] V. J. HANNA E K. GRILL, "Introduction", p. 1.
[1075] Esta é a proposta de J. RAWLS sobre a definição daquilo que designa como "princípio do paternalismo", v., *Uma Teoria da...*, p. 117.
[1076] Cfr. J. HOSPERS, "Libertarianism and Legal…", p. 255
[1077] Reconhecendo a ausência de consenso quanto às fronteiras do conceito de paternalismo, cfr. P. CSERNE, *Freedom of Contract...*, p. 11 e D. J. GARREN, "Paternalism, Part I", pp. 334 e ss.
[1078] Cfr. J. HANNA E K. GRILL, "Introduction", p. 3.
[1079] Um dos poucos pontos relativos ao problema do paternalismo que, junto de uma parte da doutrina, reune algum consenso é a visão negativa do mesmo junto dos defensores de uma linha de pensamento mais liberal, cfr. J. RAZ, *The Morality of...*, pp. 422 e ss., bem como J. FEINBERG, *Harm to self...*, p. xvii.
[1080] Cfr. G. DWORKIN, "Paternalism", p. 65.

danoso[1081]. Este é, portanto, um conceito que convoca para o seu cerne uma relação dual entre "cuidado e controlo"[1082].

Neste sentido, no plano legal o paternalismo traduz-se ou materializa-se no facto de o Direito poder determinar que, em certas circunstâncias, as pessoas se comportem ou atuem (por ação ou omissão) contra aquela que seria a sua vontade e com vista a salvaguardar o seu próprio bem, ficando, assim, protegidas, de quaisquer consequências indesejáveis de suas próprias ações[1083]. Uma analogia[1084] permitirá compreender em melhor medida este papel de cuidador assumido pelo Estado: este último surge no âmbito da relação com os cidadãos numa figura semelhante à de um pai cuidadoso que protege os seus filhos do dano e do perigo, afastando-os do carro em excesso de velocidade que os ia colher ou do precipício de onde estavam prestes a cair. Logo, para alguns autores e para que estejamos perante uma medida de cariz paternalista, o Estado deve, à semelhança do que se verifica com o bom pai de família, proteger os seus cidadãos não só do mal que outros lhes possam infligir, mas também do dano que eles possam causar na sua própria esfera[1085].

IV – Sem prejuízo da fluidez do conceito, podemos considerar que uma determinada medida – seja na modalidade de ação ou omissão – assume uma natureza paternalista quando se verifiquem três requisitos ou características tendenciais[1086].

Em primeiro lugar, quando a mesma interfira – direta ou indiretamente[1087] – com a autonomia do sujeito[1088], tendo por efeito diminuir o campo da liberdade individual de

[1081] É nesta dualidade entre o poder e a promoção do bem-estar – ou pelo menos de procurar evitar que a parte mais débil sofra algum tipo de dano – que assenta a raiz do paternalismo.
[1082] E que nessa medida, e usando os termos propostos pelo autor, coloca o problema de saber como pode uma realidade como "o poder surgir entrelaçada com a compaixão", v. M. N. BARNETT, "Introduction: International Paternalism...", p. 5.
[1083] V. J. HOSPERS, "Libertarianism and Legal…", p. 255. Também A. T. KRONMAN se inclina neste sentido, considerando que "em geral, qualquer regra que proíba uma ação com fundamento no facto de a mesma ser contrária ao bem-estar do seu agente assume uma natureza paternalista", cfr. "Paternalism and the...", p. 763.
[1084] Para uma análise mais detalhada sobre a analogia que subjaz ao conceito de paternalismo, v. N. FOTION, "Paternalism", pp. 191 e ss., bem como C. J. OLSEN, "Paternalism", pp. 201 e ss.
[1085] V. JOHN HOSPERS, "Libertarianism and Legal...", p. 255
[1086] Aderimos, deste modo, à definição proposta por P. CSERNE, *Freedom of Contract...*, p. 11.
[1087] A expressão é propositadamente ampla, de molde a poder incluir diversas situações que, embora semelhantes, não consubstanciam espécies de uma mesma realidade.
[1088] Alguns autores consideram que pese embora o paternalismo jurídico envolva, na maioria dos casos, uma interferência na liberdade de acção dos sujeitos, essa característica é resultado da natureza jurídica da medida – do Direito em si – e não do próprio paternalismo, cfr. B. GERT e C. M. CULVER, "Paternalistic Behavior", pp. 45-46.

um determinado conjunto de agentes que se encontrem numa situação concreta. No entanto, não decorre daqui que a medida paternalista tenha, necessariamente, de assumir uma vertente coerciva: pode tê-la, mas a mesma não é indissociável da essência do conceito[1089].

Nem todas as medidas paternalistas partilham uma natureza estadual – é possível conceber outros atos de natureza paternalista e que são praticados por outros agentes que não o Estado[1090] – e nem todas elas têm que ter por efeito diminuir a esfera de liberdade dos visados[1091]. O foco tem de residir no facto de a medida produzir um efeito necessariamente compressor do espaço de autonomia dos sujeitos pela mesma abrangidos, havendo como que "uma usurpação do poder de decisão" [1092] quer através de uma proibição que impossibilita que o sujeito possa concretizar algo que tinha decidido ou que pretendia fazer, quer por introduzir modificação no processo pelo qual toma a sua decisão[1093].

Em segundo lugar, para que uma determinada medida assuma um carácter paternalista é necessário que a mesma tenha uma natureza ou uma finalidade "benevolente"[1094], no sentido de pretender salvaguardar o bem-estar ou evitar uma situação danosa do sujeito a que se destina. O que se pretende com a adoção de uma medida de carácter paternalista não é a satisfação – moral ou outra – do autor do ato, mas, pelo contrário, a promoção do bem-estar daqueles a quem se destina a medida: esta deve

[1089] Cfr. P. CSERNE, *Freedom of Contract…*, p. 11. Ao definir-se paternalismo como "uma intervenção na liberdade de outrem com o objetivo de promover o seu bem-estar", estamos a admitir que, em alguns casos, a interferência estadual pode ser de natureza coerciva, mas só quando a mesma seja necessária. Um exemplo de paternalismo não coercivo pode ser encontrado na situação de uma vítima de um acidente de viação que se encontra inconsciente e em estado grave, e o médico, ainda que conheça as orientações religiosas da vítima e saiba que as mesmas repudiam a realização de uma transfusão sanguínea, decide proceder à transfusão com vista a salva a vida do paciente. O exemplo pode ser encontrado em D. ARCHARD, "Paternalism Defined", p. 36. Em sentido convergente B. GERT e C. M. CULVER, "Paternalistic Behavior", p. 46.

[1090] Pense-se no caso em que os pais tomam decisões que restringem a autonomia dos filhos, procurando garantir o bem-estar dos mesmos, *v.g.* a sua saúde ou segurança.

[1091] V. G. DWORKIN, "Paternalism: some second…", pp. 121 e ss. O autor veio ampliar a sua conceção de paternalismo, abdicando de exigir como elemento essencial do mesmo a existência de coerção e a compressão da liberdade do sujeito. Considera, então, que para estarmos perante uma medida paternalista apenas é essencial que haja lugar à violação do espaço de autonomia da pessoa.

[1092] G. DWORKIN, "Paternalism: some second…", p. 123.

[1093] Ou na formulação adotada por outro autor, uma medida paternalista tem de ter por efeito "fechar uma oportunidade que, de outra forma, estaria disponível para o sujeito". Cfr. S. CLARKE, "A definition of…", p. 83.

[1094] P. CSERNE, *Freedom of Contract…*, p. 12.

ser a sua justificação primordial[1095]. Este é um aspeto particularmente complexo, designadamente na densificação de um elemento importante: saber qual é o "bem-estar" ou o que é melhor para determinado sujeito[1096].

Neste contexto, ao paternalismo tem sido dirigida a crítica de, ao contrário do imperativo kantiano[1097], não tratar a pessoa como um fim em sim mesmo. No sentido oposto, concebem-se e tratam-se os indivíduos como meios para atingir um fim em particular – o seu bem-estar –, ainda que os fins que se pretendem atingir digam respeito não ao agente, mas, sim, ao sujeito submetido às medidas paternalistas[1098].

Desta feita, o essencial a reter quanto à finalidade das medidas paternalistas é que a mesmas visam sempre a maximização do bem-estar do sujeito, podendo assumir duas formas típicas: uma que visa prevenir que aquele seja sujeito a danos ou a um prejuízo (em inglês a expressão utilizada é *harm*) que o coloquem em perigo ou, na outra hipótese, estas medidas vêm promover de forma ativa benefícios[1099] para o sujeito[1100]. Por conseguinte, o paternalismo é indissociável da questão relativa à admissibilidade da defesa da pessoa contra si própria[1101].

Um terceiro e último elemento essencial[1102] para que uma determinada medida possa ser considerada como paternalista é a dispensa ou a desconsideração do consentimento[1103] dos visados. Deste requisito não decorre que apenas possa haver lugar

[1095] V. J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, p. 7, bem como R. CARTER, "Justifying Paternalism", p. 133. O que não implica que não resultem da adoção da medida resultados positivos também para outros sujeitos: o essencial é que a proteção do interesse de outro seja o cerne da justificação da medida, não se devendo exigir que seja o fundamento único, v. D. ARCHARD, "Paternalism Defined", p. 38

[1096] Como afirma G. DWORKIN, "Paternalism: some second...", p. 124, a relação entre o que seja melhor para uma pessoa e aquilo que esse sujeito quer não é simples, na medida em que entre ambas as realidades pode, na maior parte dos casos, não existir correspondência.

[1097] Conforme formulado por I. KANT, *Fundamentação da Metafísica..., passim.*

[1098] V. G. DWORKIN, "Paternalism: some second…", p. 124.

[1099] Sendo que esta reveste, em regra, a forma mais extrema de paternalismo, designadamente quando está em causa uma medida estadual que "visa guiar os sujeitos, quer queiram, quer não, em direção ao seu próprio bem", cfr. J. FEINBERG, "Legal Paternalism", p. 110.

[1100] J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, pp. 16 e ss., e J. FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, pp. 299 e ss., *maxime* p. 311.

[1101] V. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 142 e ss. Voltaremos a esta questão.

[1102] J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, p. 18.

[1103] G. DWORKIN, "Paternalism: some second...", p. 124, refere-se ao "facto de a pessoa que está a ser tratada de forma paternalista não desejar ou pretender ser tratada dessa forma". Por outro lado, D. ARCHARD refere-se ao facto de o agente que adota a medida paternalista desconsiderar o facto de o sujeito da medida reputar que a mesma não promove o seu bem-estar, cfr., "Paternalism Defined", p. 36. P. DE MARNEFFE considera que a ausência de consentimento se verifica na situação de o sujeito

à qualificação de uma determinada medida como paternalista quando efetivamente exista um espaço para o sujeito visado se poder pronunciar sobre a aplicabilidade da medida e o mesmo lhe seja negado. O foco da questão não reside, portanto, em exigir o desacordo do visado. O que aqui se considera como ausência de consentimento é, de um modo geral, a inexistência de concordância ou de aceitação do sujeito quanto à realização da intervenção para promover o seu bem-estar[1104]. É, nesta medida, uma formulação mais ampla do que meramente exigir um desacordo do indivíduo que é o destinatário da medida paternalista e que só assim permitirá incluir no escopo desta qualificação todos os casos em que um determinado sujeito é abrangido por uma medida paternalista sem que tenha sequer oportunidade para tomar conhecimento ou consciência da medida em causa, não havendo, portanto, lugar à possibilidade de discordar ou não daquela[1105].

V – Em suma, para os efeitos da nossa dissertação podemos, de uma forma sumária e sem entrar na discussão sobre os diversos tipos de paternalismo existentes,[1106] oferecer uma definição de paternalismo: consideramos que estamos perante um caso de paternalismo sempre que se verifique uma medida que interfere na esfera de autonomia do sujeito, restringindo o seu campo de ação – quer por lhe vedar o acesso a algo, quer por lhe impor uma determinada conduta (por ação ou omissão) –, com fundamento na proteção do sujeito[1107] e sem que este tenha a possibilidade de concordar ou aderir.

9.4. O paternalismo jurídico e a sua relação com a autonomia privada

"preferir a situação em que as suas escolhas não são limitadas" por outrem, cfr. "Avoiding Paternalism", p. 71. Por último, D. VANDEVEER, sustenta que um comportamento paternalista é sempre contrário à "preferência operativa, de intenção ou disposição do sujeito afectado" pela mesma, v. *Paternalistic Intervention...*, p. 18.

[1104] J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, pp. 18-19.

[1105] Assim defende S. VALENTINE SHIFFRIN, "Paternalism, Unconscionability Doctrine…", p. 214.

[1106] Sobre as diversas categorias de paternalismo, cfr., ilustrativamente, J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, pp. 25 e ss., J. HANNA, "Hard and soft…", pp. 24 e ss. (onde o autor discute a diferença e as consequências resultantes da adopção de um paternalismo *forte* e um *fraco*), P. DE MARNEFFE, "Moralism and moral...", pp. 35 e ss. (onde o autor analisa a diferença e os pontos de coincidência entre o moralismo e o paternalismo moralista), P. VALLENTYNE, "Libertarian perspectives on...", pp. 182 e ss. (aqui o autor analisa a possibilidade de um paternalismo libertário), R. H. THALER E C. R. SUSTEIN, "Libertarian Paternalism", pp. 175 e ss. (procurando demonstrar que a designação "paternalismo libertário" não constitui um oximoro), P. CSERNE, *Freedom of Contract...*, pp. 13 e ss.

[1107] Quer num sentido restrito de o proteger, quer num sentido mais amplo de promoção do seu bem-estar.

I – O paternalismo jurídico é um dos diferentes tipos ou modalidades de paternalismo[1108], comungando das mesmas características deste último, mas com uma particularidade: o agente paternalista é o Estado, pelo que pode impor as suas medidas pela via coercitiva[1109] e, desse modo, comprimir fortemente os direitos fundamentais dos cidadãos com vista a protegê-los não só dos outros, mas – e esse é o traço que mais polémica suscita – protegê-los de si próprios.

Nesta medida, na esteira do que já tem sido defendido por outros autores[1110], é possível afirmar que o paternalismo jurídico se traduz na redução ou privação da esfera de liberdade ou de autonomia de um sujeito – ou grupo de sujeitos – operada pelo Estado com vista a assegurar uma proteção particular de um grupo definido de sujeitos, ainda que contra a vontade dos mesmos[1111].

II – A problemática maior causada pelo paternalismo jurídico diz respeito ao facto de com o mesmo se pretender proteger o sujeito de si mesmo. Com efeito, as medidas estaduais que pretendam proteger os sujeitos jurídicos de danos ou perigos provocados por terceiros, não têm colhido, por parte da doutrina, oposições de maior[1112]. A defesa do bem comum e da dignidade dos cidadãos nas relações com o Estado e outras entidades públicas, e mesmo nas relações entre si, é uma das funções estaduais[1113], podendo para tal restringir legislativamente o exercício de direitos fundamentais, desde que e apenas na exata medida do necessário para atingir aquele fim[1114].

O paternalismo jurídico, no entanto, suscita uma questão particular: determinar em que medida é lícito que o Estado comprima a esfera de autonomia de um sujeito com vista a protegê-lo de si próprio. Não está, portanto, em causa que o dano sofrido seja

[1108] V. J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, p. 25.
[1109] V. J. FEINBERG, *Harm to self*..., p. 8 e do mesmo autor "Legal Paternalism", p. 110.
[1110] Cfr. F. COSENTINO, "Il paternalismo del...", pp. 120 e ss. e no mesmo sentido R. CATERINA, "Paternalismo e antipaternalismo...", pp. 771 e ss.
[1111] Também J. HOSPERS alinha num sentido semelhante de paternalismo jurídico, considerando que a legislação que seja elaborada com o propósito de proteger as pessoas delas próprias se pode designar de "legislação paternalista" e que, nessa medida, a teoria de acordo com a qual essa legislação se apresenta como legítima se pode designar como "paternalismo jurídico", cfr. "Libertarianism and legal...", p. 255.
[1112] Já assim defendia J. STUART MILL, *On Liberty*, p. 80.
[1113] Como afirma J. BACELAR GOUVEIA, os direitos fundamentais conferem uma proteção aos sujeitos, v. *Manual de Direito*..., Vol. II, p. 925. Por outro lado, recorde-se, aqui, que nos termos do art. 9.º, al. b) da CRP, é uma tarefa fundamental do Estado "[g]arantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático".
[1114] Em obediência ao princípio da proporcionalidade consagrado no art. 18.º, n.º 2 da CRP.

causado por um terceiro[1115] ou por uma entidade pública: é o próprio sujeito que introduzirá o dano ou o desvalor na sua esfera jurídica[1116].

Nesta medida, pretende-se saber se é possível que o ordenamento jurídico – ao abrigo de medidas paternalistas e que pretendem proteger os sujeitos de danos causados pelos próprios – proteja o(s) indivíduo(s) contra um eventual "uso incorreto"[1117] da sua liberdade e que, na prática, se traduz num risco[1118] de produção consequências que lhes são negativas e que a lei reputa como sendo contrárias aos seus interesses[1119]. Ou abordando a questão por outro prisma, coloca-se aqui a questão de saber se existe para o Estado um dever de proteção de bens jurídicos fundamentais no caso em que a ameaça dos mesmos resulta de um comportamento do próprio titular dos direitos fundamentais em causa[1120].

Face aos contornos que assumem, estas situações de restrição legislativa da liberdade dos sujeitos com vista a protegê-los de si próprios[1121] configuram um caso muito especial de restrição da liberdade[1122], na medida em que, pelo menos de uma forma primária, não está em causa a proteção de um interesse de um terceiro ou sequer de um bem comum[1123].

[1115] Nesta hipótese concreta, e como afirma B. MAC CRORIE, parece verificar-se um consenso no sentido de o Estado dever assegurar, em virtude do comportamento de risco desenvolvido por terceiros, a inviolabilidade de integridade física e psíquica dos indivíduos, cfr. *Os limites da...*, p. 143.

[1116] Como refere B. MAC CRORIE, o problema da defesa da pessoa contra si própria suscita questões ao nível da admissibilidade de medidas legislativas que tenham essa finalidade, pois aquilo que se pretende saber é se "é legítimo que o Estado proteja os direitos fundamentais do indivíduo para o seu próprio bem e contra a sua vontade, quando não se lesam quaisquer bens de terceiros ou da comunidade", cfr. *Os limites da...*, p. 143.

[1117] A expressão é de O. DE SCHUTTER E J. RINGELHEIM, "La renonciation aus...", p. 446.

[1118] O que equivale a questionar se recai sobre o Estado um "dever de proteger do risco que implica o exercício da sua liberdade", cfr. O. DE SCHUTTER E J. RINGELHEIM, "La renonciation aus...", p. 446.

[1119] V. A. T. KRONMAN, "Paternalism and the…", p. 764.

[1120] J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 310, bem como pp. 313 e ss.

[1121] Casos em que, na formulação sugestiva de J. PEREIRA DA SILVA, "reúnem-se na mesma pessoa – na totalidade ou parcialmente – os dois polos que se encontram na base da relação jusfundamental triangular: o agressor e o lesado", v. *Deveres do Estado...*, p. 310.

[1122] V. J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 296. Como explica o autor, nestas situações "o valor constitucional que fundamenta a restrição legislativa representa um bem jurídico individual do próprio titular do direito ou liberdade restringida", *ibidem*, p. 297.

[1123] Saber se estamos perante "uma simples premissa de protecção" ou, pelo contrário, perante "verdadeiros deveres estaduais de protecção" apresenta-se como uma questão difícil, dado que as condutas humanas susceptíveis de se reconduzir à categoria de perigos provocados pelo titular do direito são pautadas pela heterogeneidade e, nesse sentido, reclamam a necessidade de respostas diferenciadas e adequadas ao caso concreto. Com vastos desenvolvimentos, v. J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 313 e ss.

III – Quando nos estamos a referir a medidas paternalistas temos em consideração os casos em que o direito fundamental a salvaguardar é relativo ao próprio titular da posição da posição jusfundamental: o seu titular, o qual é, também, o agressor do próprio direito. Por conseguinte, não são hipóteses que digam respeito à violação ou compressão dos direitos fundamentais de um terceiro ou de um interesse público; caso estivéssemos perante uma situação destas[1124], a dúvida sobre a legitimidade do Estado para intervir não se colocaria[1125].

Está, portanto, aqui em causa o que JOHN STUART MILL designou como *harm to other principle*[1126], de acordo com o qual, numa sociedade civilizada, apenas é lícito o exercício do poder sobre um sujeito e contra a sua vontade quando se pretenda evitar que se produzam danos sobre outros, não sendo a salvaguarda do próprio bem-estar do sujeito suficiente para legitimar essa intervenção. Neste sentido, o bem comum apresenta-se como a uma delimitação incontornável para a esfera de atuação do legislador, consubstanciando "um limite à legitimidade do poder estadual na sua relação com o bem individual e com o bem comum"[1127].

Consequentemente, nestes casos em que a finalidade primordial das medidas adotadas seja evitar a verificação de risco ou de danos na esfera de um terceiro ou no âmbito do interesse público em geral[1128], o princípio legitimador dessa legislação não é o

[1124] Como bem refere B. MAC CRORIE, a distinção entre os casos em que está em causa um direito fundamental do indivíduo-agente da ação e aqueles em que a sua conduta tem uma influência nos interesses de um terceiro ou um interesse público não é fácil. Numa análise profunda será sempre possível identificar, mesmo que remotos, motivos de interesse público ou de um terceiro que permitam justificar a restrição do direito fundamental do sujeito, cfr. *Os Limites da...*, p. 144, nota 479. J. WILEN BERG dirige a mesma crítica à teoria de John Stuart Mill, considerando ser "difícil traçar uma linha entre as ações que afetam apenas o indivíduo em questão e acções que também afetam outros sujeitos". De acordo com a autora, "todas as ações afectam os outros sujeitos de alguma forma – as pessoas não funcionam num vazio", cfr. "Understanding Waiver", p. 290, nota 37. J. FEINBERG, *Harm to self...*, p. 22, afirma, inclusivamente, que para além de existirem medidas que têm propósitos mistos – protegem o titular do direito, bem como o interesse público e terceiros – é sempre possível identificar um interesse público, ainda que numa extensão ou intensidade diminutas, nos casos em que os próprios sujeitos se lesam a si próprios.

[1125] Este fundamento para a intervenção estadual no domínio da liberdade dos sujeitos é herdado da teoria de J. STUART MILL, o qual já assim o defendia na sua *On Liberty*, p. 80.

[1126] V. J. STUART MILL, *On Liberty*, p. 80.

[1127] J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 325.

[1128] A definição do que seja a possibilidade de causar prejuízo na esfera de um terceiro pode ser complexa. Se há casos em que uma determinada conduta representa um verdadeiro perigo para os direitos fundamentais alheios e, nesse contexto, o Estado "fica constitucionalmente vinculado a intervir, protegendo essas mesmas posições jurídicas alheias" (cfr. J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 325) – pense-se na proibição de condução de veículos motorizados quando o sujeito se

paternalismo jurídico, mas, isso sim, o *harm to other principle*[1129], não se levantando questões de maior quanto à sua legitimidade[1130].

IV – Sucede, porém, que, nos casos em que não existe um interesse relativo a direitos fundamentais alheios, têm surgido objeções[1131]. Quando a finalidade é proteger o titular do direito fundamental do dano que o próprio lhe pode causar, isto significa que "o valor constitucional que fundamenta a restrição legislativa representa um bem jurídico individual do próprio titular do direito ou liberdade restringida"[1132].

As hipóteses que podem justificar ou reclamar a adoção de medidas paternalistas – as possibilidades de causar prejuízo aos direitos fundamentais pelos seus próprios titulares – podem, tendencialmente, ser agrupadas em diversas modalidades[1133]: a

encontre sob o efeito de álcool ou de substâncias psicotrópicas – outros casos existem que suscitam algumas questões. Considere-se o voto de vencido do Conselheiro Vítor Gomes no ac. n.º 423/08 do TC, quando a propósito da proibição de fumar nos estabelecimentos de restauração e bebidas, afirma que "para que a normação relativa às condições de que tem de ser dotados os estabelecimentos de restauração e bebidas, para que aí seja permitido fumar, se inserisse no dever de protecção do Estado contra condutas de terceiros (os fumadores e os donos dos estabelecimentos, estes sobretudo na vertente dos seus deveres agravados na relação com os trabalhadores) susceptíveis de lesar o direito à integridade física das pessoas, constitucionalmente inviolável, seria necessário ultrapassar o juízo probabilístico geral para afirmar que a ausência desses cuidados ou restrições é causalmente adequada para gerar uma lesão directa (i. e., à ofensa, embora não imediata e ainda que numa exigência de demonstração do nexo causal temperada pelo princípio da precaução mas, em todo o caso, violação susceptível de justificar juridicamente uma reacção ou pretensão individual defensiva) da integridade física de cada pessoa (involuntariamente) exposta ao fumo do tabaco".

[1129] J. FEINBERG, *Harm to self*...., p. 21.

[1130] Nesta hipótese, em que estão em causa interesses de terceiros e "a salvaguarda de direitos fundamentais de outrem, o triângulo jusfundamental fica de certa forma restabelecido – mesmo que não em termos rigorosamente simétricos – pela introdução de um lesado com autonomia relativamente ao agressor", cfr. J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 325. Por triângulo jusfundamental entendemos a estrutural triangular segundo a qual se desenvolve a proteção de direitos fundamentais: "num dos vértices da base do triângulo situa-se o titular de um direito fundamental que se encontra ameaçado por um perigo de origem não estadual (...); no outro vértice da base do triângulo situa-se a fonte desse perigo (....); no vértice superior do triângulo está colocado o Estado, que no exercício das suas diferentes funções (...) está obrigado a prevenir (ou a reprimir) a consumação da ameaça jusfundamental em causa", cfr. J. MIRANDA E J. PEREIRA DA SILVA, "Artigo 18.º", pp. 252-253.

[1131] B. MAC CRORIE, "O paternalismo estadual...", p. 34 afirma que "[o] paternalismo é, desde logo, suspeito na perspetiva dos direitos fundamentais porque põe em causa o conteúdo de autonomia neles presente, ao permitir que essa autonomia apenas se exerça se se dirigir à promoção do próprio bem".

[1132] V. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 297.

[1133] L. NETO refere, além das acima identificadas, as seguintes figuras: autolimitação e heterolesão consentida. V. "O direito fundamental...", p. 231.

autocolocação em perigo, a autolesão[1134] e a renúncia[1135], não consubstanciando uma categoria única[1136].

V – Neste domínio da intervenção estadual, os exemplos[1137] de medidas de carácter paternalista no nosso ordenamento são diversos[1138], variando a intensidade da proteção garantida pelas mesmas: quanto mais garantística se apresenta a medida[1139], maior será a intromissão do poder estadual – por via legislativa – na esfera de autonomia do cidadão.

As dificuldades originadas pela adoção de medidas paternalistas pelo Estado podem ser analisadas de várias perspetivas, desde a sua necessidade, passando pela sua

[1134] As duas primeiras categorias apresentadas – autocolocação em perigo e a autolesão – dispensam a intervenção de um terceiro, bastando-se com a atuação do titular do direito, o qual não tem de estar envolvido numa relação bilateral (v. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, p. 145). Ambos os casos configuram atuações do titular dos direitos fundamentais "não dependentes de participação activa ou passiva de terceiros, nem mesmo como receptores de uma mensagem ou espectadores de um evento" (cfr. J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado ...*, p. 315). Nos casos da autocolocação em perigo, o agente promove um acréscimo dos "perigos normais da vida em sociedade" (J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 315), quer por tomar condutas arriscadas, quer por se colocar numa posição de fragilidade perante perigos. A autolesão configura, tal como a própria designação indicia, um comportamento do agente que já se materializou na produção de um prejuízo na sua esfera jurídica, designadamente num direito fundamental. Com maior detalhe na separação conceptual das figuras, v. L. NETO, *O direito fundamental...*, pp. 345 e ss.

[1135] Referimo-nos aqui à renúncia a direitos fundamentais, ou seja, a compressão de um direito fundamental operada por meio de uma declaração de vontade, e que tem por efeito uma compressão da esfera de proteção garantida pela CRP ao respetivo titular do direito. Ou seja, através de um ato de disposição do seu direito fundamental, o sujeito decide fragilizar "as suas posições subjectivas de direitos fundamentais perante sujeitos", cfr. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, p. 21. J. REIS NOVAIS define a renúncia como "o enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinado por uma declaração de vontade do titular dessa posição que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública face às pretensões que decorriam daquela posição", cfr. "Renúncia a direitos fundamentais", p. 285. J. MELO ALEXANDRINO partilha uma conceção convergente, v. *Direitos Fundamentais*, p. 146

[1136] V. J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, pp. 315 e ss.

[1137] Considere-se, a título ilustrativo a possibilidade de redução de uma cláusula penal excessivamente onerosa (art. 812.º do CC), a incapacidade de exercício dos menores (art. 123.º do CC), a consagração da nulidade dos negócios usurários, as normas relativas à prevenção do tabagismo (considere-se a Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto na versão da Lei n.º 63/2017, de 3 de Agosto), a proibição nos termos do art. 62.º, n.º 5 do Código do Trabalho de "exercício por trabalhadora grávida, puérpera ou lactante de atividades cuja avaliação tenha revelado riscos de exposição a agentes ou condições de trabalho que ponham em perigo a sua segurança ou saúde ou o desenvolvimento do nascituro", entre outros.

[1138] Como relembra J. C. VIEIRA DE ANDRADE, existem diversas possibilidades de proteção restritiva: "a proibição, com eventual possibilidade de dispensa ou licença, as limitações indiretas, a imposição de deveres de cuidado", cfr. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 297.

[1139] Considerando que tanto maior será intensidade das mesmas quanto maior for a valoração comunitária dos bens jurídicos que se pretendem salvaguardar, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 297.

legitimidade ou mesmo a sua relação com a autonomia privada que é indissociável da dignidade da pessoa humana[1140]. Esta última é aquela vertente que mais nos interessa neste momento, pois tendo já concluído pela indissociabilidade do princípio da autonomia privada da génese do Direito Privado[1141], o efeito prático do paternalismo é, precisamente, comprimir a esfera de autonomia do sujeito[1142].

Há, certamente, situações em que essa limitação é percecionada, se não como positiva, pelo menos como justificada, como, por exemplo, no caso da incapacidade de exercício dos menores ou dos maiores que não se encontrem no pleno uso das suas capacidades ou faculdades mentais[1143].

Todavia, nas outras hipóteses em que estamos perante sujeitos maiores de idade e que não apresentam qualquer limitação do foro cognitivo, o paternalismo estadual é considerado como uma anomalia que vem perverter a lógica de liberdade e autodeterminação subjacente ao sistema. Alguns autores, na sua crítica à adoção de medidas paternalistas, vão ainda mais longe, considerando que as mesmas têm por efeito menorizar os sujeitos que são objeto das mesmas, equiparando-os – independentemente da sua idade ou estatuto – à posição das crianças[1144].

[1140] É, aliás, neste sentido, que alguns autores vêm dizendo que "a maioria das abordagens filosóficas do problema do paternalismo contém um forte viés anti paternalista. A maioria dos filósofos parecem convencidos de que o paternalismo é mais censurável do que a maioria das interferências justificadas sob o "harm principles (...), cfr. D. N. HUSAK, "Paternalism and...", p. 27. Por outro lado, como escreve J. HANNA, "muitos filósofos desconfiam do paternalismo" (V. *In our best...*, p. 1), seguindo na esteira do que já havia sido sustentado por J. STUART MILL e de acordo com o qual "a única parte do seu comportamento pela qual o indivíduo deve recetivo à sociedade é aquela que concerne a outras pessoas. No que concerne meramente a si mesmo, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si próprio, sobre o seu corpo e a sua mente, o indivíduo é soberano", cfr. *On Liberty*, pp. 80-81.

[1141] De facto, deve entender-se que a liberdade geral de ação – indissociável da autonomia privada – configura, junto com a tutela da personalidade, uma "estrutura fundamental do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cfr. P. MOTA PINTO, "O direito ao...", pp. 65-66.

[1142] V. P. MOTA PINTO, "O direito ao...", p. 80, designadamente quando afirma que "o cidadão será na prática frequentemente atingido nas suas possibilidades de ação pela maioria das atuações do estado.

[1143] J. HANNA, *In our best…*, p. 1. Entre nós, B. MAC CRORIE, "O paternalismo estadual...", p. 41, bem como J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos…*, p. 450, nota 785.

[1144] J. FEINBERG, "Legal Paternalism", p. 110, a propósito das críticas dirigidas ao paternalismo, afirma que "o paternalismo jurídico parece indicar que uma vez que o Estado consegue determinar os interesses individuais de cada cidadão melhor que os próprios, então deve atuar como um guardião permanente desses interesses *in loco parentis*. Neste sentido, o paternalismo surge como uma teoria inaceitável. Se os adultos são tratados como crianças, os mesmos irão tornar-se, no futuro, crianças. Privados do direito de escolher por si mesmos, em breve perderão o poder do julgamento e decisão racionais." Como bem ilustra P. MOTA PINTO, "O direito ao...", pp. 68-69, o juízo sobre a relevância ou não de um determinado comportamento é algo que cabe ao próprio titular da liberdade, não lhe podendo ser amputado.

Obviamente que as críticas dirigidas às teorias paternalistas dependem, em grande parte, da intensidade das medidas adotadas, pois o paternalismo admite uma graduação da gravidade da interferência na esfera jurídica. Esta questão acaba por ter reflexos na divisão que a doutrina opera entre o *soft paternalism* e o *hard paternalism*[1145].

A distinção entre estes dois tipos de paternalismo baseia-se no grau de autonomia ou de voluntariedade da atuação do indivíduo afetado pela medida em causa. Atendendo à importância que a autonomia reveste nas doutrinas paternalistas, "nos casos em que a autonomia (e ou a voluntariedade) é comprometida ou se encontra ausente, o paternalismo fraco torna-se uma possibilidade"[1146]. Por conseguinte, o paternalismo fraco – tradução da expressão inglesa *soft paternalismo* – tem lugar nas hipóteses em que se verifica um qualquer processo anómalo com a formação ou exercício da vontade do sujeito. Neste sentido, os defensores do paternalismo fraco entendem que quando se verifica uma intervenção nas decisões de um sujeito que está a atuar de maneira não voluntária – encontrando-se, por exemplo, sob a influência de substâncias psicotrópicas ou numa situação de coação – "não há lugar a real interferência com o seu "verdadeiro" eu[1147].

O *hard paternalism* ou o paternalismo forte, por seu turno, é aquele que se encontra sujeito a maiores críticas[1148] por parte da doutrina. Tal como o próprio nome indica, é aquele que promove uma verdadeira compressão na esfera da autonomia privada dos sujeitos por ele abrangidos, na medida em que neste domínio estão em causa verdadeiras intervenções na esfera de autonomia dos sujeitos, amputando – se necessário – algumas hipóteses de atuação ou forçando a adoção de determinados comportamentos com fundamento na prevenção de "riscos ou prejuízos demasiado graves"[1149].

[1145] Uma outra categorização que se encontra próxima a esta, apresentando alguns momentos de sobreposição, é a que opõe o *strong paternalism* ao *weak paternalism*, cfr. W. H. VAN BOOM & A. OGUS, "Introducing, Defining and...", pp. 2 e ss.

[1146] Cfr. J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, p. 26. Esta intervenção estadual é somente um meio de protegê-los de danos, que atendendo à sua falta de consciência ou voluntariedade, não estão a ser conscientemente escolhidos pelos sujeitos", v. *ibidem*, p. 27.

[1147] Esta noção de paternalismo fraco é tributária da conceção cunhada por J. FEINBERG, *Harm to self...*, pp. 12 e ss.

[1148] Cfr., a título de exemplo, C. R. SUNSTEIN, *Why Nudge?*, pp. 133 e ss., G. DWORKIN, "Paternalism: some second...", pp. 126 e ss., J. GORDLEY, "Morality and Contract...", pp. 1754 e ss., R. SPERGEL, "Paternalism and Contract...", pp. 607 e ss., focando a justificação moral do paternalismo v. B. GERT e C. M. CULVER, "Paternalistic Behavior", pp. 45 e ss.,

[1149] V. J. LE GRAND E B. NEW, *Government Paternalism*, p. 27. G. DWORKIN, "Paternalism: some second...", p. 124 afirma que o a distinção entre o paternalismo forte e o paternalismo fraco se pode operar no seguinte sentido: o primeiro sustenta que o paternalismo é, por vezes, justificado mesmo nas

O problema que se coloca a propósito da intervenção paternalista do Estado, sobretudo no plano do paternalismo forte, é, acima de tudo, uma questão de legitimidade e, em certa medida, de necessidade da adoção dessas medidas. Este tipo de intervenção é uma figura algo anómala ou mesmo estranha num Estado de Direito democrático, no âmbito do qual vigora um forte traço de autonomia individual dos sujeitos[1150].

É neste contexto que alguns autores afirmam que é necessário atuar com prudência no que respeita à adoção de medidas com vista a proteger "os direitos ou interesses do próprio titular do direito fundamental afetado", na medida em que estas intervenções de cariz paternalista – com vista a proteger os direitos e os interesses do próprio titular – convocam os "perigos de um paternalismo estatal tendencialmente estranho à autonomia"[1151]. O paternalismo colide, desde modo, com uma certa de ideia de liberdade, nomeadamente a possibilidade de livre condução dos seus interesses por parte dos sujeitos. Neste sentido, pode, de alguma forma, ter impacto ao nível do livre desenvolvimento da personalidade[1152], na estreita medida em que se proibindo ou delimitando comportamentos, se condiciona a possibilidade de atuação livre ou, certos casos, autónoma dos sujeitos.

VI – No entanto, consideramos que não é possível cindir a ideia do livre desenvolvimento da personalidade – que radica na liberdade de atuação, positiva ou negativa do sujeito – da ideia de dignidade da pessoa humana, sendo este último, conforme sabemos, "um valor no qual se baseia o Estado"[1153]. Ainda assim, e mesmo que

hipóteses em que o comportamento do autor é completamente voluntário, não havendo nenhuma disrupção entre a sua atuação e as consequências negativas resultantes do mesmo.

[1150] Como bem denota J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos...,* p. 450, nota 785.

[1151] V. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos...,* p. 450, nota 785. Vai o autor mais além no seu raciocínio, considerando que desta natureza anómala não resulta a legitimidade, no plano constitucional, de tais intervenções. O que se apresenta necessário é que haja lugar a juízos de ponderação que devem anteceder a adopção destas medidas paternalistas, uma vez que o nosso Estado "se funda estruturalmente na dignidade da pessoa humana e na autonomia individual", v. *ibidem*, p. 450, nota 785. Não se pode sustentar, portanto, uma subordinação e instrumentalização do indivíduo ao Estado como se opera nos regimes totalitaristas, os quais conduzem "a uma completa desvalorização do papel social e político do indivíduo que, transformado de sujeito em objecto, se acha totalmente subordinado e instrumentalizado à prossecução dos interesses do Estado", cfr. P. OTERO, *A Democracia...*, pp. 20-21.

[1152] "No conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, destaca-se, além da integridade da pessoa (de tutela da personalidade), uma dimensão – ou, mesmo, um verdadeiro direito fundamental – de proteção da atividade, ou seja, da liberdade de comportamento, como decorrência da liberdade de desenvolvimento da personalidade", cfr. P. MOTA PINTO, "O direito ao...", p. 65.

[1153] Cfr. P. MOTA PINTO, "O direito ao livre...", p. 10. Como afirma o referido Autor, o meio pelo qual se compõe e desenvolve a personalidade humana "não é algo de pré-determinado (...) [t]rata-se, antes,

seja incontornável a presunção geral no "sentido de respeitar "a liberdade de escolha" dos cidadãos"[1154], de acordo com a qual estes são livres de atuarem no sentido que entenderem mais conveniente, teremos de considerar que perante um determinado quadro em que se verifiquem um conjunto de características, é lícito que o Estado, e dentro de um limite balizado pela estrita necessidade daquelas medidas e bem como pela proporcionalidade[1155] das mesmas, possa intervir de forma paternalista[1156].

O tema é certamente sensível, desde logo pela questão principal que lhe subjaz: a legitimidade da restrição estadual da autonomia privada (no caso concreto, a liberdade contratual). Importa, pois, esclarecer um ponto prévio: não sufragamos no nosso trabalho a visão de que, com vista à maximização do bem-estar dos cidadãos ou atendendo ao mau uso da sua liberdade, o Estado se pode substituir à autonomia privada ou sequer ao próprio risco indissociável da vida humana e do livre desenvolvimento da personalidade[1157]. Contudo, também não prescindimos do facto de que o direito à autonomia privada assiste a todos os sujeitos, pelo que a autonomia privada de um não pode significar a destruição ou a aniquilação da esfera de autonomia daqueles com os quais se relaciona. Uma afirmação aparentemente simples pode, de alguma forma, assumir-se como paradoxal, no sentido de se questionar em que medida uma restrição à liberdade pode configurar-se como a garantia da própria liberdade. A resposta reside no abandono de um conceito formal de igualdade e liberdade e na receção de "um certo modelo de sociedade e uma certa ideia de Estado"[1158]

---

de algo que se autoinstitui ou constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo", *ibidem*, p. 10.

[1154] V. B. MAC CRORIE, *Os limites da...,* p. 175.

[1155] Neste contexto, devemos entender que qualquer medida paternalista que tenha por efeito uma limitação à liberdade geral de ação tem, tal como qualquer outra restrição a um direito fundamental, de ser proporcional. Logo, deve ficar assegurado o "conteúdo da liberdade de ação em face dos princípios materiais que a pretendam limitar. Tal limitação, a mais de ter de preservar um núcleo essencial da liberdade, tem, pois, que ser adequada, necessária e não deve alhear-se da relação com o fim prosseguido, exigindo-se uma apreciação da relação entre o sacrifício da liberdade em questão e o princípio que o justifica, v. P. MOTA PINTO, "O direito ao...", p. 94.

[1156] Mesmo nas hipóteses em que não estão envolvidos interesses ou a integridade de terceiros, pode, em virtude dos encargos que venham a ser suportados pela comunidade, admitir-se "a possibilidade de intervenção estatal, mesmo que a integridade de terceiros não seja imediatamente posta em causa", v. P. MOTA PINTO, "O direito ao livre...", p. 69, nota 144.

[1157] M. N. BARRNETT, "Introduction: International Paternalism...", p. 9, coloca a questão de forma mais provocadora, questionando: "Será que os valores como a autonomia, a liberdade e a dignidade são tão sacrossantos que deverão prevalecer sobre os possíveis efeitos positivos resultantes de uma interferência indesejada?".

[1158] J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 8.

Tal como já tivemos oportunidade de explorar[1159], as relações que se desenvolvem entre particulares assumem-se, em muitos contextos, como profundamente desiguais, de tal modo que dificilmente se poderá afirmar que ambos dispõem do mesmo conjunto – efetivo ou real – de liberdades, designadamente a liberdade contratual. Esta constatação de relações de desigualdade profunda colide com as fundações do próprio Direito Civil. De facto, num primeiro momento, o Direito civil assentava, enquanto esteio principal, num binómio de liberdade e igualdade das partes e, nessa medida, estava preparado para oferecer regulação dirigida a relações de iguais, "pautadas pela liberdade e igualdade negociais"[1160].

Ora, o reconhecimento de que o plano da desigualdade das partes pode ter por efeito a contaminação da capacidade de autotutela de uma delas, no sentido de a deixar numa posição em que – de facto – não dispõe de outra escolha que não a que lhe é apresentada pela sua contraparte, tem suscitado modificações no plano do Direito civil. Foi neste sentido que o ordenamento jurídico veio a sentir necessidade de assegurar o exercício de uma real liberdade de decisão de contratar ou de estipulação, precavendo hipóteses em que a liberdade de um tenha consumido a da sua contraparte[1161]. Exemplo claro desta preocupação com o contraente mais débil são as normas especiais adotadas quanto às relações de Direito do consumo[1162] ou de Direito laboral[1163].

Neste cenário, o Estado não surge já como um agressor da liberdade individual contra o qual são direcionados os direitos fundamentais como garantes da individualidade do sujeito[1164], assumindo-se, pelo contrário, como uma forma privilegiada para a proteção dos direitos individuais[1165] e defesa das "liberdades reais dos homens concretos"[1166].

[1159] Cfr. capítulo II, §3, 3.1. e 3.2.
[1160] G. MACHADO DRAY, "Breves notas sobre...", p. 76.
[1161] Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, p. 450. Como afirma J. J. ABRANTES, "pressente-se que a igualdade de direitos se torna artificial face ao poder económico e social de alguns, que o impõem aos outros, tantas vezes a coberto dessa mesma igualdade jurídica", "Direitos fundamentais...", p. 153
[1162] Cfr. G. MACHADO DRAY, "Breves notas sobre...", p. 77, bem como J. DE SOUSA RIBEIRO, "O contrato, hoje...", pp. 47 e ss.
[1163] V. J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho e...*, pp. 36 e ss. e do mesmo autor "Direitos fundamentais como limite...", pp. 175 e ss.
[1164] J. J. ABRANTES, "Direitos fundamentais...", p. 153.
[1165] Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 21.
[1166] V. J. J. ABRANTES, "Direitos fundamentais...", p. 153.

O modo pelo qual se pode operar esta proteção das partes tendencialmente mais fracas pode ser diverso e é matéria fértil em críticas, sobretudo no que concerne à intervenção estadual na esfera contratual. O papel desempenhado pelo contrato enquanto veículo[1167] privilegiado da autonomia privada e, que nessa medida, permite a autodeterminação dos interesses dos sujeitos num espaço de liberdade, justifica a dificuldade que resulta de admitir a intervenção estadual neste domínio em particular[1168]. Sendo o campo das relações contratuais um domínio em que as obrigações assumidas pelas partes decorrem de limitações autoimpostas, e que podem inclusivamente ter por objeto direitos fundamentais[1169], encontramo-nos num campo de expressão máxima da liberdade contratual em particular e da autonomia privada em geral e, portanto, avesso às restrições deste tipo.

Sucede, porém, que tal como afirmámos, a existência de relações de desigualdade estrutural tem por efeito perverter um sistema que, até então, funcionava de acordo com dois códigos binários: (i) privados *vs. Estado* onde não existia paridade e (ii) privados *vs.* privados onde as relações se pautavam pela igualdade dos intervenientes. Neste segundo conjunto de relações cabem diversas realidades multifacetadas, nas quais as liberdades de ambas as partes entram em confronto entre si, no âmbito das quais se pode questionar a justeza das relações contratuais desenvolvidas[1170]. Num cenário ideal, as cessões operadas por cada parte teriam por base – num equilíbrio direto ou indireto – assegurar a sua satisfação de interesses, desempenhando o mercado um papel nivelador e, em última hipótese, a proteção dos interesses da parte tendencialmente mais débil seria assegurada através da existência de cláusulas gerais[1171], tal como a boa fé ou a proibição de negócios

[1167] Cfr. J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção...*, p. 33. P. MOTA PINTO considera que o veículo por excelência é o negócio jurídico, "Declaração tácita e...", p. 421.
[1168] Neste sentido se pronuncia P. MOTA PINTO, "Declaração tácita e...", p. 421, quando afirma que "a anunciada "materialização do direito privado" não pode, porém, significar um controlo externo que venha, em nome da sua protecção, retirar aos particulares a possibilidade de, através do exercício da autonomia privada, conformar as suas relações jurídicas como entenderem. Também por este modo se atingiria o valor da liberdade que se quer proteger".
[1169] V. J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 21. Em virtude da função de proteção atribuída aos direitos fundamentais, considera o autor que para alguns possa sugerir "perplexidade invocar os mesmos como fonte de restrições à liberdade dos privados".
[1170] Cfr. P. MOTA PINTO, "Declaração tácita e...", p. 422.
[1171] V. P. MOTA PINTO, "Autonomia privada e...", pp. 135 e ss., nomeadamente quando o autor considera que "a aplicação às atividades privadas das normas que consagram direitos fundamentais, deve ocorrer, através de norma de direito privado", quer (i) estas se limitem a reproduzir o conteúdo e

usurários. Assim defendia JOÃO BAPTISTA MACHADO, designadamente quando afirmava que nem todos os perigos decorrentes de possíveis abusos da liberdade contratual poderiam ser afastados – ou, acrescentamos nós, ter uma resposta adequada – através de normas imperativas expressas, motivo pelo qual revelava necessária a existência de uma cláusula geral que sancionasse com o vício da nulidade os negócios que colidissem quer com os princípios fundamentais do ordenamento, quer com os bons costumes[1172]. Assim sucederia também quando estivessem em causa abusos em relações contratuais que tivessem como objeto a disposição de direitos fundamentais – desde que o seu núcleo essencial não tivesse sido afetado[1173].

Todavia, a possível prevenção de abusos contratuais por via de mecanismos como sejam as cláusulas gerais – e não obstante esta solução ter o mérito de não sacrificar de forma tão dura a esfera de autonomia dos interessados [1174]– pode não ser suficiente para restaurar a paridade entre os intervenientes e esbater o abuso da liberdade de um sobre o outro. Pensemos no caso concreto da celebração de convenções de arbitragem em matéria desportiva por proporcionar um exemplo paradigmático da nossa perspetiva.

Em virtude das relações de supra e infra-ordenação que se estabelecem no seio da hierarquia desportiva, a celebração da convenção de arbitragem é imposta ao praticante desportivo sem que lhe assista uma real possibilidade de negar a mesma,[1175] caso pretenda desenvolver a prática da sua modalidade desportiva num plano profissional. O objeto da celebração da convenção de arbitragem traduz-se, precisamente, na disposição do exercício do seu direito de acesso à justiça, dado que as partes subtraem o recurso aos tribunais do Estado e o entregam a privados em sede arbitral. Do ponto de vista das cláusulas gerais do Direito Civil esta forma de celebração de convenções de arbitragem não se apresentaria como ilícita, não preenchendo nem os requisitos para poder ser considerada como usura, nem como violadora da boa fé ou dos bons costumes. Essa

sentido das normas constitucionais, quer (ii) esteja em causa a adoção de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais.

[1172] Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, "O princípio da...", pp. 641-642. A cláusula geral a que o autor se referia era o art. 280.º do CC.

[1173] V. J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, pp. 147 e ss., J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 309 e ss. e do mesmo autor "Os Direitos Fundamentais...", pp. 38-39,

[1174] Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 25, o qual, na perspetiva analítica, apresenta alguns argumentos que podem ser dirigidos contra uma intervenção estadual de cunho paternalista.

[1175] V. capítulo III, §7, 7.1.2 e 7.2.

conclusão dependeria sempre, parece-nos, da análise do caso concreto, o que poderia – e certamente seria – de difícil prova. Por outro lado, e considerando as décadas de funcionamento do TAS durante as quais as formas de celebração das convenções de arbitragem pouco se alteraram, bem como a postura benevolente que o TFS – tribunal competente para a ação de anulação daquelas decisões – tem face à questão da validade do consentimento dos atletas[1176], não poderemos considerar que o mercado possa desempenhar uma função reguladora ou niveladora quanto a esta matéria.

Portanto, neste contexto, é, a nosso ver, admissível que possa haver lugar a uma intervenção estadual nos casos em que a desigualdade das partes é tão intensa que a celebração de uma convenção de arbitragem possa contribuir para colocar o direito fundamental de acesso à justiça em risco, sobretudo se existirem perturbações quer no plano da consciência dos efeitos jurídicos resultantes do ato de celebração do contrato, quer na voluntariedade da ação.

Estamos, nesta medida, a defender que perante situações em que os sujeitos se encontrem numa situação de fraqueza inquestionável – ou face à ausência de uma alternativa real à adoção de um dado comportamento, conforme se verifica o domínio da arbitragem desportiva –, e em que não exista a possibilidade de ultrapassar essa posição com recurso a outros meios ou medidas, recai sobre o Estado "um papel fundamental"[1177] de proteger esses indivíduos. O que significa que, para nós[1178], a linha divisória que justifica a atuação estadual num plano paternalista se traça com referência à ausência das condições de voluntariedade pelo menos por parte de um dos contraentes, ou seja, quando "não estão reunidas as condições de autotutela, por ambos os contraentes, dos interesses protegidos"[1179].

Numa situação com estes contornos, ao Estado exige-se que, além de proteger os direitos fundamentais, atue enquanto garante dos mesmos contra a ameaça que aos mesmos é dirigida, o que inclui também potenciais situações de inferioridade negocial[1180]. A justificação para a inclusão deste último grupo de situações parece-nos ser clara:

[1176] Cfr. P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 491 e ss., G. KAUFMANN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration*, p. 119, D. MAVROMATI, "Jurisprudence of the...", p. 47.
[1177] V. B. MAC CRORIE, *Os limites da...*, pp. 180-181.
[1178] Em linha com o já defendido por J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", pp. 25 e ss.
[1179] V. J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 25
[1180] J. DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do...", p. 26.

quando não se verifiquem as condições necessárias à autodeterminação dos sujeitos, qualquer negócio jurídico celebrado nesses termos é produto de heterodeterminação, a qual, no nosso caso concreto de estudo, se assume como particularmente danosa, dado que provém das entidades que regulam o acesso ao desenvolvimento da profissão do atleta.

Parece-nos, então, que terá de ser por via de um paternalismo estadual que se deverá buscar uma resposta que assegure a proteção da parte mais fraca da relação jurídica – o atleta – de modo a proteger não só a sua autodeterminação – na modalidade de liberdade contratual –, mas também o seu direito fundamental de acesso à justiça.

Inclinamo-nos, assim, para a adoção, cautelosa e ponderada, de um paternalismo fraco[1181], que permita reintroduzir equilíbrio na relação jurídica, especialmente com vista a garantir a possibilidade de o sujeito se autodeterminar de forma real e em consciência, prevenindo abusos da sua posição. Estas medidas de natureza paternalista têm, necessariamente, de se pautar pelo princípio da proporcionalidade[1182] e da sua necessidade, o que implica a análise das mesmas de modo a aferir qual delas permita salvaguardar a posição da parte mais débil, mas também o interesse que a comunidade desportiva tem na manutenção da via arbitral para a resolução dos seus conflitos.

9.5. Medidas de proteção no domínio da celebração de convenções de arbitragem em caso de desigualdade estrutural das partes

9.5.1 A comunicação e informação da convenção de arbitragem com natureza da cláusula contratual geral e a validade da mesma

I – Na hipótese de a convenção de arbitragem consubstanciar uma cláusula contratual geral[1183], existe por parte do predisponente da mesma um dever legal de comunicação (art. 5.º do DL CCG) e um de informação (art. 6.º do DL CCG) para com o

[1181] Conforme se verá na nossa posição quanto à inarbitrabilidade dos litígios abrangidos por uma convenção de arbitragem celebrada no âmbito de uma relação jurídica marcada pela desigualdade estrutural das partes.

[1182] Cfr. entre vários, B. MAC CRORIE, *Os limites da...,* p. 181 e P. MOTA PINTO, "O direito ao...", p. 94.

[1183] É precisamente em virtude desta possibilidade de a convenção de arbitragem consubstanciar uma cláusula contratual geral que nos importa analisar, com algum detalhe, o regime jurídico que é aplicável à mesma.

aderente[1184]. São dois deveres distintos e que não se confundem num só: o primeiro assenta na comunicação das cláusulas e o segundo refere-se ao dever de informar ou esclarecer o aderente sobre as mesmas. O ordenamento jurídico português optou, deste modo, por consagrar um *modelo de informação*, o qual se encontra combinado com um *modelo de restrição do conteúdo* no que respeita à celebração de contratos com recurso a cláusulas contratuais gerais. O primeiro está consagrado nos arts. 5.º e 6.º do DL CCG, enquanto o segundo encontra a sua base nos arts. 15.º e ss. do referido diploma[1185].

No entanto, face a estes dois modelos, existe quem, na doutrina, questione a coerência de se implementar um modelo de informação quando a própria lei "consagra um modelo de restrição de conteúdo", dado que este sistema duplo parece originar duas soluções contraditórias ou incongruentes, visto que uma esvazia de conteúdo a outra, tornando-a desnecessária[1186]. Consideram, portanto, que o modelo de restrição do conteúdo vem procurar dar resposta a possíveis ineficiências de comunicação – assumindo a falibilidade dos deveres atribuídos a uma das partes da relação – o que torna desnecessária a manutenção dos dois sistemas. Assim, e se bem compreendemos o pensamento do autor, ao instituir um modelo que impõe aos predisponentes especiais deveres de comunicação, os quais em caso de violação são sancionados com a não inclusão das cláusulas no contrato celebrado entre as partes, não faria sentido vir, em simultâneo, consagrar um modelo de restrição das cláusulas inseridas. As partes, tendo conhecimento dos termos completos do contrato, apenas aceitariam celebrá-lo se assim o pretendessem, motivo pelo qual não se haveria necessidade de um controlo, *a posteriori*, do seu conteúdo[1187]. Consideramos, todavia, que somente a combinação dos dois sistemas

[1184] Não nos esqueçamos, a este propósito, que o regime jurídico do DL CCG se aplica quer às cláusulas contratuais gerais que tenham sido elaboradas sem negociação prévia e que se dirigem a destinatários indeterminados, os quais se limitam a subscrevê-las, quer às cláusulas que se encontram inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo se apresentou como previamente elaborado e, nessa medida, o seu destinatário não teve a possibilidade de influenciar.

[1185] A denominação destes dois modelos pode ser encontrada em C.-W. CANARIS, "A Liberdade e...", p. 62. Para o autor, o modelo de informação traduz-se numa liberdade de decisão "enriquecida com o acréscimo de conhecimentos sobre as circunstâncias significativas para o contrato" a qual tem correspondência num especial dever de informação que recai sobre o utilizador das cláusulas contratuais gerais. Por outro lado, o modelo de restrição do conteúdo refere-se aos casos em que "a ordem jurídica influencia o conteúdo de um contrato pelo estabelecimento de uma *norma imperativa*".

[1186] Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, p. 369.

[1187] V. J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 370-371. Outros autores, por seu turno e sem criticar a existência de um modelo dual, consideram ser "enigmática a razão pela qual, em relação a cláusulas

permitirá uma verdadeira proteção do aderente às cláusulas contratuais gerais, sobretudo se considerarmos que, em muitos casos, não haverá lugar à leitura – parcial ou completa – do clausulado contratual. A posição adotada quanto a estes dois sistemas dependerá sempre da conceção que se perfilhe quanto à finalidade do dever de comunicação e ao dever de informação das cláusulas contratuais gerais.

II – A questão da comunicação e informação das cláusulas contratuais gerais é uma matéria de importância inegável, desde logo pelas consequências práticas que comporta. Tal como resulta da letra da lei, a convenção arbitral – enquanto cláusula contratual geral – apenas estará inserida no contrato se tiver sido comunicada às partes nos termos legalmente previstos para tal. Esta é a consequência resultante da opção legal estabelecida no art. 8.º do DL CCG, segundo a qual se consideram excluídas do contrato, entre outros casos, as cláusulas que não tenham sido objeto de comunicação de acordo com os termos estabelecidos pelo art. 5.º do DL CCG, bem como as cláusulas que tenham sido comunicadas em violação do dever de informação previsto no art. 6.º do DL CCG. Há, portanto, um critério de cognoscibilidade das cláusulas para que as mesmas se considerem inseridas no contrato[1188].

Estabelece o art. 5.º, n.º 1, que as cláusulas incluídas no âmbito de aplicação do DL CCG devem ser objeto de uma comunicação integral ao aderente[1189]. Daqui resulta que, além das obrigações contratuais de boa-fé[1190] já resultantes do art. 227.º do CC (entre as quais se inclui necessariamente um dever de informação das partes para com os seus

contratuais gerais, se avançou tanto na proibição de cláusulas abusivas e tão pouco na garantia do seu efectivo conhecimento", cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito de Consumo*, p. 131.

[1188] Como esclarece C. FERREIRA DE ALMEIDA, o "critério mais geral de inserção, que é também o mais difundido, aponta para a necessidade de conhecimento efectivo ou de cognoscibilidade pelo aderente", cfr. *Direito de Consumo*, p. 128.

[1189] A qual se afigura como "uma necessidade básica para o cumprimento pontual dos contratos e para o estabelecimento da confiança dos contraentes na parte contrária". Cfr. ac. do STJ de 18/12/2012. No ac. do STJ de 05/11/2015, afirmava-se inclusivamente que "de um modo geral o dever de comunicação do teor das cláusulas contratuais gerais, na forma como este dever mereceu consagração normativa no artigo 5º do DL. 446/85, de 25 de Outubro, constitui uma inequívoca manifestação formal do (sub) princípio da transparência, filiado no mais vasto princípio da boa fé, pretendendo-se deste modo que o aderente, usando da diligência própria do cidadão médio, normal ou comum, possa e deva aceder aos elementos necessários a um conhecimento esclarecido, completo e efectivo dos direitos e obrigações decorrentes do contrato".

[1190] Para uma breve contextualização da boa fé no âmbito do DL CCG, v. M. DIAS, "O Critério da...", pp. 439 e ss.

contratantes)[1191], o DL CCG impõe sobre o predisponente das cláusulas um especial dever de comunicação daquelas[1192], o qual assume uma intensidade muito superior à consagrada na norma do CC[1193]. Nos termos do art. 5.º, n.º 2 do DL CCG, a comunicação das cláusulas contratuais gerais não pode ser efetuada de forma genérica ou sequer ligeira. Pelo contrário, a norma legal exige que a comunicação da mesma seja realizada com respeito pelos seguintes requisitos: (i) de modo adequado[1194] e (ii) com a antecedência necessária[1195] de maneira a permitir, atendendo à extensão e complexidade das cláusulas, o conhecimento completo e efetivo das mesmas.

Neste sentido, a comunicação deve ser feita de modo apropriado ao conhecimento das cláusulas por parte do aderente[1196], o que significa que, nos casos em que o clausulado contratual se apresente como particularmente longo e/ou complexo – sobretudo nos casos em que o vocabulário é de cariz bastante técnico e, nessa medida, hermético –, o dever de comunicação do predisponente deve acompanhar essa natureza das cláusulas, ou seja,

[1191] Cfr. A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, p. 209. Neste sentido encontramos na jurisprudência, a título de exemplo, o ac. do STJ de 24/05/2007, o ac. do TRG de 17/05/2018.

[1192] Neste sentido considere-se o ac. do STJ de 30/03/2017, no qual se afirma que este dever de comunicação do aderente comporta duas facetas, as quais se encontram acompanhadas de um ónus: em primeiro lugar, o proponente deve comunicar na íntegra ao aderente as "cláusulas contratuais gerais de que se sirva (art. 5, n.º 1), por outro lado, ao fazer esta comunicação, deve realizá-la de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (art. 5, n.º 2)". O ónus por sua vez está consagrado no art. 5.º, n.º 3, quando se estabelece que que recai sobre o proponente o ónus da prova da comunicação adequada e efetiva.

[1193] Tal como escreve P.CAETANO NUNES, este dever de comunicação "onera o predisponente com especiais exigências de comunicação, que ultrapassam as comuns exigências de comunicação para efeitos de consentimento contratual, de forma a diminuir os custos de investimento e a assimetria de informação do aderente, promovendo o efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais", cfr. "Comunicação de Cláusulas...", p. 508. Existe aqui sobre o predisponente um "ónus de comunicação integral, adequada e oportuna das cláusulas", v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 129.

[1194] Como refere J. MORAIS CARVALHO, não configura um caso de comunicação adequada a mera sugestão para que a cláusula seja consultada numa página de internet. V. *Manual de Direito...*, p. 115. Ainda a propósito deste dever, no ac. do STJ de 19/12/2018 afirma-se que se impõe "que o predisponente desenvolva uma atividade que, em função da importância, extensão e complexidade das cláusulas contratuais gerais por si empregues, se revele razoavelmente adequada a que o aderente tome efetivo conhecimento das mesmas, sem que, para tanto, empenhe mais do que uma comum diligência".

[1195] Cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 115. Tal como afirma A. PRATA, "a ênfase na obrigação pré-contratual de informação decorre inegavelmente da presunção de que as cláusulas são de difícil perceção e também não favorecem o aderente, cfr. *Contratos de Adesão ...*, p. 210.

[1196] V. A. PINTO MONTEIRO, *A Cláusula Penal...*, p. 77, frisando que a satisfação do dever de comunicação deverá ser analisada em virtude da sua idoneidade a um conhecimento completo e efectivo por um aderente de normal diligência."

exige-se mais da sua conduta[1197]. Como destacam alguns autores[1198], o dever de comunicação introduzido pelo art. 5.º do DL CCG de ser compreendido no sentido de, como vimos anteriormente, impor ao predisponente um conjunto de exigências de comunicação de particular intensidade e cuidado, especialmente no sentido de salientar ao aderente a existência de cláusulas que lhe sejam particularmente desfavoráveis ou onerosas[1199]. Só deste modo se poderá minorar a assimetria informativa que caracteriza a posição daquele último e, é por isso mesmo, que se podem aqui configurar duas facetas distintas, ainda que complementares, uma positiva e outra negativa. A primeira traduzindo-se numa adequada e verdadeira comunicação ao aderente e a segunda numa proibição de *desinformação*. Isto é particularmente necessário quando o clausulado contratual se apresente como longo e complexo ao nível da linguagem utilizada, dado que na imensidade de previsões contratuais – especialmente se atendermos ao grafismo, regra geral, adotado pelas mesmas – as cláusulas particularmente desfavoráveis podem confundir-se com as demais ou até tornar-se "mais ocultas"[1200].

Assim se compreende que a análise da correta – ou conforme – comunicação das cláusulas deva operar tendo em consideração a importância do contrato[1201], bem como as características concretas das cláusulas, nomeadamente no que concerne à extensão e

[1197] V. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 116. Na jurisprudência considere-se o ac. do TRG de 18/12/2017, na esteira do decido no já referido ac. do STJ de 05/11/2015.
[1198] Cfr. P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", p. 530.
[1199] Como explica A. PINTO MONTEIRO, aquelas normas servem um triplo propósito: (i) por um lado, acautelar o aderente contra a eventualidade de desconhecer as cláusulas contratuais (em parte ou no todo) e procurando, igualmente, auxiliar na sua informação; (ii) promover, em virtude da informação recebida, a reflexão do aderente às cláusulas e (iii) terem por efeito um elemento dissuasor de potenciais intentos abusivos do predisponente das mesmas. Cfr. *A Cláusula Penal...*, p. 77.
[1200] V. P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", pp. 530-531.
[1201] Com esta posição encontramos o ac. do STJ de 05/11/2015, afirmando que " deve razoavelmente concluir-se que a apreciação em concreto ou avaliação do cumprimento desse mesmo dever legal, mais precisamente a apreciação efectiva do cumprimento do conteúdo concreto da obrigação de comunicação, depende lógica e consequentemente não só do tipo de contrato (de teor mais simples ou mais complexo), como das circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na sua negociação e na sua conclusão, do seu objecto e conteúdo e também da preparação e grau de instrução das partes que nele intervêm".

complexidade[1202] das mesmas[1203]. Apenas deste modo se possibilitará ao aderente o cabal conhecimento antecipado das condições gerais a que se propõe a consentir[1204], impendendo sobre o predisponente das cláusulas um dever de comunicar a existência das mesmas ao aderente, nivelando, deste modo e em parte, a assimetria informativa que se verifica entre as duas partes contratantes[1205], de modo a evitar a existência de cláusulas surpresa e/ou ocultas que não tenham sido conhecidas pelo aderente num momento prévio ao da celebração do contrato.

III – Na formulação legal, determina-se que a comunicação das cláusulas seja feita de molde que "se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência". Deste modo, a bitola para aferir a completude e efetividade do conhecimento é a de quem tenha uma diligência comum. A concretização de um conceito tão amplo como o de "diligência comum" pode suscitar algumas dificuldades. Por um lado, encontramos quem considere que isto significa que nesta operação não se deve

[1202] Na expressão de P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", p. 532, "as exigências de realce gráfico e de comunicação oral complementar são directamente proporcionais à extensão e complexidade do clausulado e são inversamente proporcionais à clareza e precisão do clausulado", o que significa que nos casos em que o clausulado é extenso e complexo, cabem – aos predisponentes – exigências de comunicação e de realce gráfico mais intensas. Ou como bem esclarece A. PRATA, ainda que a propósito dos deveres de informação e esclarecimento no âmbito da fase prévia das negociações para efeitos de responsabilidade pré-contratual, aqueles deveres "assumem particular relevância quando se esteja perante dois sujeitos cujo poder negocial se apresente desequilibrado, revestindo então essas obrigações maior amplitude para aquela das partes que detenha uma posição negocial susceptível de lhe permitir impor à contraparte cláusulas que esta, em consequência da sua debilidade contratual, não aperceba no seu integral significado ou de que (...) nem sequer tome conhecimento." Cfr. *Notas sobre Responsabilidade...*, pp. 51-52.

[1203] É a própria letra da norma que opera uma referência expressa à "importância do contrato e (...) extensão e complexidade das cláusulas", v. art. 5.º, n.º 2 do DL CCG. A este propósito, cfr. P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", pp. 530 e ss., J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 115, J. M. DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais...*, p. 61.

[1204] V. A. PINTO MONTEIRO "O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais cerais", pp. 139-140. Considere-se, nesta sede, o ac. do STJ de 08/04/2010, onde se escreve, no sumário, "Os deveres de comunicação e de informação, estabelecidos nos arts. 5º e 6º, nº1, do DL 446/85, - cujo âmbito se determina em concreto, perante o nível cultural revelado pelo aderente e a complexidade do negócio e extensão do clausulado - implicam que a entidade que pretenda inserir cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares que celebra deva comunicá-las antes da conclusão do negócio, de modo a proporcionar à contraparte a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efectivo do clausulado, cumprindo-lhe ainda informar e esclarecer espontaneamente o aderente da estrutura prático-jurídica do negócio e da sua possível vinculação a gravosos efeitos ou consequências, sem prejuízo da diligência comum àquele exigível". Igual posição é sufragada pelo TRP no ac. de 07/07/2016.

[1205] Procura-se, por este meio, diminuir um dos principais perigos decorrentes da contratação por adesão, o qual, como já mencionámos inclui o facto de "o aderente poder não conhecer a totalidade do clausulado contratual e isto quer por ele ser muitas vezes extenso e / ou disperso", v. A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, p. 206.

atender ao contraente em concreto – sujeito da relação jurídica em análise – e às suas qualidades e características particulares, mas que, pelo contrário, tem nesta sede aplicação um critério normativo e abstrato[1206]. Nesta medida, o processo de aferição do cumprimento dos deveres de comunicação recorre à figura do bom pai de família[1207]. Há, todavia, quem considere[1208] que o conceito de diligência média – estabelecido por referência ao arquétipo do bom pai de família – carece de um preenchimento casuístico, o qual deve variar consoante as características do sujeito negocial. Quem sufraga esta posição entende que se deve atender à situação concreta em que o sujeito se encontra[1209], o que implica que se considerem as suas características (pessoais, sociais, entre outras), a sua preparação cultural, o seu grau de vulnerabilidade ou de aptidão para compreender quer a importância do contrato, quer as cláusulas do mesmo[1210].

Em nosso entender o ponto ótimo encontra-se a meio termo entre as posições. É certo que a utilização de um conceito como "diligência comum" remete para o modelo comummente conhecido do bom pai de família[1211], o qual surge, necessariamente, como tendo características abstratas. Neste sentido, a diligência exigida ao predisponente é aquela que seria utilizada pelo homem médio, sendo prudente e cuidadoso, no sentido de desenvolver a atividade de comunicação de modo cuidadoso e eficiente com vista à produção do resultado desejado. No entanto, não poderemos assumir que esta abstração seja "cega" e indiferente à situação concreta. Para que se possa considerar cumprido o dever de comunicação, é necessário que os meios utilizados sejam adequados em razão das especificidades do destinatário do ato de comunicação[1212].

[1206] Qualificação oferecida por P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", pp. 533-534. Em sentido parcialmente discordante encontra-se o ac. do STJ de 05/11/2015.
[1207] Nos mesmos termos em que se refere a diligência do bom pai de família para a apreciação da culpa nos termos do art. 487.º, n.º 2 do CC.
[1208] A. PRATA, V. *Contratos de Adesão...*, pp. 226-227.
[1209] Talvez neste contexto se deva entender o ac. do STJ de 30/10/2007, quando afirma que a comunicação das cláusulas deve "abranger a totalidade das cláusulas *e ser feita de modo* adequado e *pessoal*".
[1210] Em sentido semelhante, ainda que o faça por referência ao dever de informação, cfr. A. PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...Outubro", p. 750.
[1211] Aqui referido como o "conceito padrão utilizado em direito como ponto de referência da diligência exigível na conduta "e nessa medida referindo-se ao paradigma de alguém "razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil". cfr. A. PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 176.
[1212] Com uma posição semelhante, v. A. PINTO MONTEIRO, v. *Cláusulas Limitativas e...*, p. 386-b.

Portanto, se o aderente às cláusulas for iletrado ou analfabeto[1213], certamente não se poderá considerar que o dever em causa se encontra cumprido pela simples entrega de um formulário com todas as cláusulas ao seu destinatário ou bem como por uma breve explicação do conteúdo do contrato realizada com recurso a termos técnicos que o mesmo não consegue – nem lhe é exigível que se encontre na posição de – compreender. Certo é que a determinação dos conceitos que devem integrar o léxico ou o conhecimento geral de um determinado sujeito não se apresenta como uma tarefa inequívoca.

Com efeito, mesmo dentro de um único país devidamente considerado é arriscado traçar uma fronteira entre o que é ou não do senso comum do homem médio, na medida em que as próprias condicionantes sociais e económicas exercem forte influência neste campo. Por outro lado, e mesmo que se afaste a figura do consumidor deste âmbito, os restantes sujeitos jurídicos são bastante distintos entre si; aliás, como já referimos em momento anterior, os pequenos ou médios empresários encontram-se mais próximos da fragilidade típica do consumidor do que das características dos outros empresários[1214-1215].

Desta forma deve-se destacar que a diligência que se exige do predisponente deve adequar-se "às exigências do tráfico"[1216], pelo que deve atender-se aos cuidados que se

[1213] Cfr. ac. do STJ de 30/10/2007, no qual se afirma a existência de um dever de comunicação "com redobrada *intensidade* já que o consumidor é analfabeto (...) sendo natural que não tendo sido nem o rogante nem o rogado informados das cláusulas do contrato, não esteja o consumidor inteirado das obrigações contratuais que assumiu".

[1214] Nesta medida, consideramos que deve ser encarada com prudência a consideração do ac. do STJ de 14/07/2016, de acordo com o qual "os conceitos de "euribor" (european interbank offered rate) e de "spread" constituem realidades bancárias cuja noção, conquanto aproximada, atualmente faz parte do saber da generalidade do comum empresário".

[1215] Considere-se, quanto a este aspeto, o voto de vencido do Conselheiro Júlio Manuel Vieira Gomes no ac. do STJ de 09/07/2015, no qual considera que "Os deveres de comunicação e de informação não se reduzem, estamos em crer, a um dever de prestar esclarecimentos se os mesmos forem solicitados (que corresponde apenas a uma faceta do dever de informação prevista no n.º 2 do artigo 6.º). Aliás sem essa comunicação prévia o leigo muitas vezes nem sequer sentirá necessidade de pedir mais esclarecimentos. Um exemplo: a exclusão do benefício da excussão prévia. Para um leigo - mormente com a 4.ª classe como a Autora - é apenas mais uma frase ininteligível, no meio da "algaraviada" jurídica. Em suma, o leigo muitas vezes não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as cláusulas que lhe são prejudiciais."

[1216] P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", p. 534. Na jurisprudência, v. o ac. de 05/11/2015: "deve razoavelmente concluir-se que a apreciação em concreto ou avaliação do cumprimento desse mesmo dever legal, mais precisamente a apreciação efectiva do cumprimento do conteúdo concreto da obrigação de comunicação, depende lógica e consequentemente não só do tipo de contrato (de teor mais simples ou mais complexo), como das circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na sua negociação e na sua conclusão, do seu objecto e conteúdo e também da preparação e grau de instrução das partes que nele intervêm".

exige para aquela atividade em específico[1217], bem como em ser realizada de modo a possibilitar o conhecimento completo e efetivo das cláusulas ao bom pai de família[1218]. Cremos, contudo, que, atendendo à finalidade deste dever de comunicação bem como ao espírito subjacente a todo o DL CCG, daqui não se pode retirar a conclusão de que os deveres de comunicação do oferente das cláusulas sofram uma diminuição quando um dos membros da relação jurídica reveste uma determinada qualidade ou um conjunto de características. Nesta medida, mesmo que no outro lado da relação se encontre um jurista ou outra pessoa com conhecimentos jurídicos, esse facto não desonera o oferente dos deveres que lhe são legalmente impostos[1219]. Já o cenário oposto pode verificar-se, ou seja, quando do outro lado exista uma parte contratual que, pelas suas características ou pela complexidade e importância do contrato assim o requeira, sobre o predisponente incumbem deveres mais intensos de forma que possa considerar que desenvolveu todas as atividades necessárias à comunicação das cláusulas. Se assim não fosse, e ficasse o predisponente vinculado a um padrão abstrato de cuidado que na prática mais não consubstanciasse que um mero dever formal de comunicação sem quaisquer reflexos práticos, a finalidade do art. 5º do DL CCG não se cumpriria.

IV – Questão distinta, ainda que relacionada com esta, concerne à qualificação da obrigação de comunicação que recai sobre o predisponente, designadamente em saber se esta é uma obrigação de meios ou de resultados. Parece existir uma certa unanimidade da doutrina no sentido de que estamos perante uma obrigação de meios, não sendo exigível ao utilizador das cláusulas contratuais gerais que, para cumprir o dever que sobre si impende, tenha de assegurar um efetivo conhecimento das cláusulas pela sua contraparte negocial[1220].

[1217] Assim considerou o STJ, ainda que a propósito do dever de informação, que "a intensidade e modo de cumprir esse dever dependem das particulares circunstâncias do caso, podendo ter-se como referência as necessidades que seriam sentidas por um aderente normal que use de comum diligência." V. ac. de 19/12/2018.

[1218] Cfr. A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, pp. 238-239.

[1219] Posição igualmente defendida por P. CAETANO NUNES, "Comunicação de Cláusulas...", p. 534.

[1220] Com esta posição encontramos, entre outros, na doutrina: M. J. DE ALMEIDA COSTA E A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais...*, pp 24-25 (afirmando expressamente "o dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com o aderente conheça efectivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma actividade razoável."). Posição semelhante parece ser a sufragada por A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...*, pp. 77-78, bem como por J. MORAIS CARVALHO, cfr. *Manual de Direito...*, pp. 117-118.

Aquilo que decorre do previsto no art. 5.º do DL CCG é uma obrigação de desenvolver – com o cuidado exigível à finalidade – todas as atividades necessárias a uma comunicação atempada e adequada das cláusulas em questão. É este o dever que impende sobre o predisponente e já não que assegure o conhecimento em concreto das mesmas. Todavia, e sem prescindir da conclusão alcançada quanto à natureza da obrigação que recai sobre o predisponente, concordamos com os autores que destacam que nesta obrigação de meios existe um resultado perfeitamente balizado pela norma legal – a comunicação adequada e com a antecedência necessária ao conhecimento das cláusulas pelo aderente – e que não se coaduna com uma mera obrigação de diligência. A possibilidade de conhecimento das cláusulas tem de ser analisada em face da situação concreta, pois apenas assim se conseguirá cumprir o legalmente estabelecido[1221].

Face ao padrão de comportamento que se exige ao aderente, importa determinar qual a conduta que se requer da sua parte. Sendo certo que do art. 5.º apenas resulta um dever, importa perceber se, à semelhança da sua contraparte, também ao aderente às cláusulas se exige um qualquer dever de diligência no sentido de tomar conhecimento efetivo das mesmas. A resposta tem sido, regra geral, positiva quanto a este aspeto quer na jurisprudência[1222], quer na doutrina nacional[1223], considerando-se que, pese embora exista um especial dever de comunicação das cláusulas por parte do oferente das mesmas, incumbe ao aderente atuar de forma diligente ao conhecimento das mesmas[1224].

Nesta medida, vem-se entendendo que se o predisponente desenvolver os esforços necessários e adequados ao conhecimento das cláusulas pelo aderente, se este último não

[1221] Cfr. A. PRATA, *Contratos de Adesão...,* p. 242. Na jurisprudência, considerem-se, entre outros, os acs. do STJ de 06/06/2019, de 30/03/2017, de 03/10/2017, bem como a decisão de 19/12/2018.

[1222] Cfr. os acs. do STJ de 07/06/2018, de 14/07/2016. No ac. do TRG de 04/03/2013, afirma-se de forma expressa que "os deveres de comunicação e informação a que se referem os respetivos arts.º 5º e 6º [do DL CCG], que impendem sobre o proponente utilizador, não dispensam o aderente de adotar um comportamento de normal diligência, uma simples leitura atenta."

[1223] V., num elenco meramente ilustrativo, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, pp. 117-119, A. PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...Outubro", p. 749 e do mesmo autor "O novo regime jurídico...", p. 140, I. AFONSO, "Cláusulas Contratuais...", p. 477.

[1224] O nível de diligência exigido ao aderente pode suscitar dificuldades de análise, pois como bem recorda A. PRATA, se se atender ao comportamento mais frequente no mercado – quer no âmbito das relações com consumidores, quer com outros sujeitos – encontramos um padrão de comum diligência "de baixo nível", pois, em regra, aqueles que aderem às cláusulas optam por não ler as mesmas, em parte ou na íntegra. A combinação de uma linguagem e formulação pouco acessível ao cidadão médio, com o facto de inexistir uma possibilidade de negociação, em conjunto com todos os outros fatores que já tivemos oportunidade de referir, leva a que a não-leitura seja a opção economicamente mais racional. V. *Contratos de Adesão...*, p. 244.

tomar efetivo conhecimento das mesmas em virtude de não atuar diligentemente nesse sentido, as mesmas integram, ainda assim, o conteúdo do contrato[1225]. Não obstante, encontra-se na nossa doutrina quem discorde do entendimento acima referido, defendendo que, ainda que o predisponente não se comporte no sentido de tomar conhecimento das cláusulas, continuará a poder invocar a nulidade das mesmas.[1226]

Após comunicação adequada e atempada das cláusulas por parte do utilizador das mesmas, segue-se um segundo momento[1227], o qual se consubstancia num dever de informação imposto também àquele sujeito[1228]. Pese embora configurem dois deveres distintos[1229] – a comunicação e a informação – há quem considere que a destrinça entre ambos se apresenta como forçada ou artificial[1230]. O art. 6.º do DL CCG estabelece um dever distinto e complementar[1231] do previsto no art. 5.º – mas não se confunde com o mesmo –, motivo pelo qual o cumprimento deste último não implica para o predisponente que se encontre liberto do dever de informação. São obrigações distintas.

De acordo com a previsão do art. 6.º, o dever de informação tem duas componentes. Em primeiro lugar, no n.º 1 estabelece-se o dever de o oferente, por sua própria iniciativa, informar a sua contraparte, sempre de acordo com as circunstâncias[1232],

[1225] J. MORAIS CARVALHO considera que o critério fixado é "o do cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 5.º, mesmo que o aderente não queira, e não o conhecimento das cláusulas em concreto", cfr. *Manual de Direito...*, p. 118.

[1226] Lançando mão das palavras de J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do...*, p. 371, "mesmo que o aderente não use de 'comum diligência' para conhecer as ccg, adequadamente comunicadas pela contraparte, não fica inibido de invocar a sua nulidade substancial, decorrente das normas de proibição."

[1227] V. ac. do STJ de 03/10/2017, no qual se afirma que o dever de informação "pressupõe a efectivação da comunicação".

[1228] Alguns autores entendem, e com os quais concordamos, que este configura um dever de esclarecimento. Cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 123.

[1229] V. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 123.

[1230] A. PRATA, *Contratos de Adesão...*, p. 252.

[1231] V. ac. do STJ de 04/05/2017.b).

[1232] No mesmo sentido, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 123, afirmando que a conduta do oferente das cláusulas no âmbito deste dever de informação se deve pautar pelas características particulares do aderente, "relevando a natureza e a condição da pessoa do outro outorgante", bem como "o nível cultural revelado durante a negociação".
Na jurisprudência, considere-se o ac. do STJ de 04-05-2017.a): "a extensão deste dever de informação tem de se aferir em concreto, de modo casuístico, tendo em conta as circunstâncias do caso, a natureza e tipo de negócio e o grau de experiência e preparação da contraparte – sem que todavia o grau de eventual maior literacia financeira da parte a quem são propostas cláusulas contratuais gerais em negócios jurídicos de natureza financeira possa dispensar, em absoluto, o intermediário financeiro de cumprir, em termos minimamente adequados, o dever de informação que sobre ele recai."
É, no entanto, necessária prudência na aplicação deste critério que recorre ao nível cultural do aderente. De facto, no ac. do STJ de 24/03/2011, decidiu-se, ainda que a propósito do dever de comunicação,

dos aspetos que necessitem de ser esclarecidos ou aclarados. Esta função resulta de uma iniciativa do próprio utilizador das cláusulas, pelo que é, nestes termos, espontânea[1233]. Em segundo lugar, o n.º 2 da referida norma consagra um verdadeiro dever de resposta do oferente em relação às questões ou pedidos de informação que lhe sejam dirigidos pelo aderente, contanto que aquelas questões ou pedidos sejam razoáveis[1234]. Este dever de informação surge, em complementaridade com o dever de comunicação, como um meio para garantir que a parte tendencialmente mais débil da relação não só tome conhecimento do conteúdo do contrato[1235] – e das cláusulas individualmente consideradas – como tenha a possibilidade de compreender o mesmo, nomeadamente no que aos seus aspetos mais técnicos diz respeito[1236-1237].

O conjunto de deveres tem de ser cumprido de forma a permitir que exista um conhecimento efetivo das cláusulas. Quando os mesmos sejam violados de modo que não seja de esperar o conhecimento efetivo das cláusulas por parte do aderente, as mesmas consideram-se excluídas do contrato.

V – Uma última questão que importa mencionar prende-se com a finalidade destes dois deveres que impendem sobre o proponente. De facto, pode-se, numa primeira

que "atendendo ao elevado grau cultural da recorrente, professora universitária, não se impunha que essa comunicação tivesse que ser oral. O ónus de assim proceder esbarraria, com certeza, com a oposição da contraente que não estaria disposta a tolerar uma leitura fastidiosa e demorada do teor das cláusulas, como se considerou no acórdão recorrido." Do facto de um determinado sujeito deter formação universitária não pode resultar de forma imediata uma tal compressão do dever de comunicação (e informação) que incumbe ao oferente, pois a escolaridade do sujeito não o torna necessariamente especialista ou sequer plenamente habilitado à compreensão dos termos técnicos e jurídicos utilizados. Uma tal postura pode traduzir-se, na prática, numa total desresponsabilização do utilizador das cláusulas contratuais gerais dos deveres que a lei lhe impõe. A mesma crítica pode ser dirigida ao ac. do TRC de 03/05/2016.

[1233] Cfr. ac. do STJ de 04-05-2017.a).

[1234] Este critério da razoabilidade é o limite do dever de informação. Nesta medida, os pedidos serão desrazoáveis quando o aderente pretender esclarecimento sobre (i) questões não relacionadas com as cláusulas ou com o contrato em questão ou (ii) quando tenha por efeito a violação do princípio da boa fé. Cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, p. 124.

[1235] No ac. do STJ de 15/12/2011 afirmou-se, a respeito do dever de informação, que cabe à utilizadora das cláusulas – no caso concreto a seguradora – "um particular dever de informação, esclarecimento e comunicação sobre o âmbito efectivo da cobertura (...) cabendo, deste modo, à seguradora informar, de forma clara e categórica, o segurado dos limites e condições".

[1236] A. PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...Outubro", pp. 749-750.

[1237] Em suma, este dever "dirige-se essencialmente à percepção do conteúdo e corresponde à explicação desse conteúdo quando não seja de esperar o seu conhecimento real pelo aderente. Impõe-se, nesta circunstância, a prestação espontânea de informação dos aspectos das cláusulas que exijam aclaração, sem prejuízo da prestação de todos os esclarecimentos razoáveis que sejam solicitados pelo próprio aderente.", cfr. ac. do STJ de 03/10/2017.

análise, considerar-se que a consagração de um modelo de informação se tem por incompreensível se atendermos ao facto de a legislação conter, também, um modelo de restrição do conteúdo. Não o entendemos desse modo, pois consideramos que estamos perante estruturas de proteção da liberdade contratual que funcionam de modo complementar e faseado.

Deste modo, num primeiro momento, o art. 5.º, em conjunto com o art. 6.º, providenciam uma proteção do aderente às cláusulas ao consagrarem a existência de um especial dever de comunicação e informação sobre aquelas últimas bem como sobre o conteúdo do contrato. Nesta medida, este é um meio pelo qual o aderente – que se encontra no outro lado da relação jurídica – pode, através da conduta adotada pelo oferente das cláusulas e em conjunto com a sua própria diligência, nivelar a assimetria informacional que o separa da sua contraparte[1238].

No entanto, aquele sistema por si só não se apresenta como suficiente para garantir a inexistência de abusos de uma parte contratual sobre os outros sujeitos com os quais se relacione.

Se, por um lado, o mesmo pode ser falível, não cumprindo o oferente das cláusulas quaisquer deveres de informação e comunicação a que se encontra adstrito, devemos, por outro lado, considerar que existem cláusulas que pela sua própria natureza não podem integrar o contrato ainda que tenham sido comunicadas pelo proponente das cláusulas. Daí a necessidade de se consagrar um outro sistema ou modelo – o qual assume uma natureza complementar e não contraditória – de restrição de conteúdo. Este último sistema não se afigura útil somente nos casos em que se verifique alguma anomalia no processo de comunicação e informação das cláusulas ao aderente às mesmas, mas sobretudo por existir um conjunto de cláusulas perfeitamente identificadas no DL CCG[1239] que, ainda que tenham sido comunicadas ao aderente com respeito pelos parâmetros legais, não

[1238] A. PINTO MONTEIRO, "El Problema de...", p. 85. O mesmo autor afirma, a este propósito, que "as regras prescritas na lei, para efeitos de inclusão de condições gerais em contratos singulares, visam, fundamentalmente, acautelar o aderente contra o risco de desconhecimento do (ou parte do) conteúdo do contrato, procurando contribuir para o seu esclarecimento e suscitar a sua reflexão", cfr. *Cláusula Penal e...*, p. 77.

[1239] Cfr. o art. 15.º (nas disposições comuns), os arts. 18.º e 19.º (no âmbito das relações entre empresários ou entidades equiparadas, estabelecendo, respetivamente, cláusulas absoluta e relativamente proibidas) e, ainda, os arts. 21.º e 22.º no âmbito das relações entre consumidores finais, estabelecendo, respetivamente, cláusulas absoluta e relativamente proibidas).

podem em qualquer circunstância integrar o contrato celebrado entre as partes, na medida em que desvirtuam de forma inequívoca o equilíbrio do mesmo[1240].

Temos, portanto, que da conjugação do modelo de informação e do modelo de restrição do conteúdo resulta uma dupla proteção para o aderente. O primeiro assume duas funções. Em primeiro lugar, apenas pelo conhecimento das cláusulas as mesmas se podem considerar integradas no contrato, pelo que as exigências comunicativas têm uma função quase que auxiliar na celebração do próprio negócio jurídico. Em simultâneo, um modelo assente na informação e comunicação das cláusulas tem uma função inequívoca de tutela do consentimento da parte mais fraca[1241], na medida em que através da informação e comunicação das cláusulas se pretende colocar o sujeito na posse dos dados necessários à sua tomada de decisão, a qual se pretende esclarecida[1242]. O segundo modelo, por sua vez, visa impedir a existência de estipulações contratuais abusivas que possam ser faticamente impostas ao aderente em virtude da conjugação das características deste último[1243], bem como das resultantes da própria ocasião negocial.

A proteção oferecida pela consagração destes dois deveres pode, contudo, não se mostrar suficiente. Podem, de facto, equacionar-se hipóteses em que, pese embora os mesmos tenham sido cumpridos e assim não se verifique nenhuma violação das normas imperativas previstas no DL CCG, ainda assim a posição das partes não fique salvaguardada.

9.5.2. A inarbitralidade como mecanismo de proteção em caso de desigualdade estrutural das partes?

I – Uma outra possibilidade de proteção da parte mais débil pode encontrar resposta no critério da arbitrabilidade dos litígios. Neste sentido, procuraremos

[1240] Procura-se, por esta forma, "garantir, na medida do possível, a justiça do contrato, proibindo cláusulas que a prática já revelara particularmente abusivas", v. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e...,* p. 751.
[1241] V. J. DE SOUSA RIBEIRO, em *O Problema do...*, p. 373.
[1242] Como bem explica JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "o objectivo destas medidas é o de potenciar uma decisão racional do contraente protegido, ajustada, em função dos meios de que dispõe, aos seus interesses, evitando-se assim que ele, por falta de informação, celebre um contrato desvantajoso". V. *O Problema do...*, pp. 372-375.
[1243] Como já identificava A. PINTO MONTEIRO, "os contratos de adesão colocam, sobretudo, dois tipos de problemas: por um lado, sujeição a cláusulas contratuais *desconhecidas*, por outro, sujeição a cláusulas *abusivas*". Cfr. "Contratos de adesão...Outubro", p. 747.

compreender em que medida aquele critério pode atuar como um mecanismo de proteção da parte mais débil, nos casos em que a convenção de arbitragem haja sido celebrada no âmbito de uma relação de desigualdade estrutural das partes[1244].

A escolha pela análise da arbitrabilidade enquanto mecanismo de proteção da parte mais débil em casos de desigualdade estrutural justifica-se na sua função. A delimitação do âmbito das matérias arbitráveis tem efeitos diretos no que concerne à celebração de convenções de arbitragem, na medida em que pode ampliar ou restringir as matérias que são suscetíveis de serem resolvidas por via arbitral[1245]. Neste sentido, a opção por considerar como inarbitráveis os casos em que as convenções de arbitragem sejam celebradas consubstancia a opção mais gravosa – para a autonomia privada das partes – no que concerne à proteção da parte tendencialmente mais débil.

II – Ao afirmamos que a arbitrabilidade atua como uma barreira de delimitação quanto às matérias que podem ser submetidas a arbitragem, estamos a revelar uma outra questão de fundo: não existe no nosso ordenamento jurídico, e à semelhança do que sucede em diversos outros ordenamentos[1246], uma permissão genérica de submeter à resolução por via arbitral todas as matérias. Com efeito, e como já afirmámos noutro momento, entre nós "não há uma admissibilidade plena de arbitragem de todos os conflitos"[1247], esta é uma consequência lógica da existência de um critério geral de delimitação de matérias arbitrais, mas é, igualmente, a génese da adoção deste conceito: o nosso ordenamento repudia uma possibilidade geral de arbitragem de conflitos.

Consequentemente, a introdução de um requisito como a arbitrabilidade – que se apresenta simultaneamente como um requisito de validade da convenção de arbitragem

[1244] Para uma apreciação introdutória da problemática relativa à arbitrabilidade dos litígios desportivos, cfr. A. RIGOZZI, "L' arbitrabilité des...", pp. 501 e ss.
[1245] As intervenções no plano da determinação das matérias arbitrais são uma forma de adoção de medidas preventivas quanto ao acesso aos mecanismos arbitrais pelas partes que se encontram numa posição de tendencialmente debilidade. Quando a intervenção tem lugar no domínio da determinação da arbitrabilidade, podemos afirmar que a mesma opera a montante e que se apresenta como um instrumento fundamental no domínio da proteção das partes mais fracas, dado que impede, de forma inequívoca, que quaisquer abusos venham sequer a surgir: a opção pela inarbitrabilidade veda o recurso a este meio de resolução de litígios. Cfr. F. ROSENFELD, "Limits to Party…", pp. 421 e ss.
[1246] Cfr., a este propósito e num elenco meramente ilustrativo, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on…,* pp. 330 e ss., L. A. MISTELIS, "Arbitrability – International and…", pp. 3 e ss.
[1247] D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 26-27.

celebrada pelas partes[1248] e um limite da jurisdição do tribunal arbitral[1249] – resulta de uma opção expressa do legislador[1250] no sentido de restringir a margem de livre atuação das partes na escolha das matérias que podem submeter a arbitragem. No plano da delimitação das matérias arbitráveis encontramo-nos, portanto, perante uma decisão de natureza política[1251] e que se funda em motivos de cariz "político, económico, social ou moral"[1252].

O que importa determinar é que razões são estas que justificam que o ordenamento jurídico adote, quanto ao domínio arbitral, um limite expresso para além do qual a autonomia privada das partes não tem por efeito atribuir a competência para a decisão dos seus litígios a um tribunal composto por terceiros independentes e imparciais.

As justificações apresentadas para justificar a existência de domínios interditos à jurisdição arbitral podem ser de diversas ordens[1253].

Por um lado, existem autores[1254] que consideram que a introdução de um conceito como a inarbitrabilidade decorre da própria natureza de jurisdição privada da arbitragem

[1248] C. TRABUCO E M. FRANÇA GOUVEIA, "A arbitrabilidade das...", p. 446, G. KAUFMANN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 99, B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité", p. 39, A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 164. Assume-se como requisito de validade da convenção de arbitragem na medida em que a ausência dessa característica "arbitrável", ou seja, o facto do litígio em causa não poder ser submetido a arbitragem (cfr. art. 1.º, n.º 1 da LAV) acarreta a consequência da nulidade da convenção de arbitragem (v. art. 3.º da LAV). Não podem as partes celebrar convenções de arbitragem que tenham por objeto matérias que se encontrem fora do domínio da arbitrabilidade.

[1249] Na medida em que os árbitros não podem decidir sobre matérias que não sejam arbitráveis, Cfr. A. SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da...*, pp. 88 e ss., bem como A. P. PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 164.

[1250] Entre nós, J. MORAIS CARVALHO refere a existência de um "princípio, praticamente incontestado, da necessidade de exclusão de alguns conflitos da arbitragem", v. "O critério da...", pp. 832 e ss. No plano internacional, cfr. A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", pp. 15 e ss., L. A. MISTELIS, "Arbitrability – International and...", pp. 3 e ss.

[1251] Cfr. K. ABU YOUSSEF, "The Death of...", p. 47, bem como A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", p. 15.

[1252] V. A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", pp. 14-15, sendo que, de acordo com o autor, cada um destes fatores são valorados, de modo diferente, no seio das diferentes ordens jurídicas. Esta valoração nacional leva a que exista alguma desarmonia entre os diversos ordenamentos jurídicos no que ao critério da arbitrabilidade diz respeito (v. K. ABU YOUSSEF, "The Death of...", pp. 47-48) – sem prejuízo da unificação que resultou do facto de diversas ordens jurídicas acolherem na sua legislação sobre arbitragem as soluções propostas pela Lei-Modelo da CNUDCI.

[1253] Para uma análise da evolução dos critérios de arbitrabilidade seguidos em alguns países europeus, cfr. A. KIRRY, "Arbitrability: Current Trends...", pp. 373 e ss.

[1254] Cfr. N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, pp. 110-111.

que dá origem a uma sentença com força e dignidade idênticas àquela proferida por um tribunal estadual[1255].

Neste contexto, entendem que em virtude desta génese contratual e resultado público – a sentença –, alguns tipos de conflitos "são reservados para os tribunais estaduais" não sendo "aptos para resolução por arbitragem"[1256], pelo que em função das suas características económicas, sociais e políticas, cada país opta por decidir que matérias ficam reservadas à jurisdição dos tribunais estaduais e quais as que podem ser resolvidas por via arbitral. Este processo de delimitação das temáticas arbitráveis assenta num equilíbrio difícil de alcançar, dado que os interesses em jogo colidem diretamente: em primeiro lugar, a importância nacional de reservar certos assuntos para a jurisdição dos tribunais estaduais e, em segundo lugar, permitir aos sujeitos que possam ter a liberdade de organizar os assuntos particulares como entenderem ser mais conveniente para os seus interesses[1257].

Por outro lado, uma outra justificação que tem sido apresentada para fundamentar a existência de domínios inarbitráveis. Os ordenamentos jurídicos nacionais apenas admitiam que fossem arbitráveis "os direitos de natureza privada ou que pudessem ser objeto de transação pelas partes"[1258], o que significa que as matérias relativas a direitos indisponíveis – os quais as partes não podem constituir, modificar ou extinguir por efeito da sua vontade[1259] – ficam exclusivamente submetidos à jurisdição dos tribunais

[1255] Nos termos do art. 42.º, n.º 7 da LAV. Está aqui em causa a dualidade que subjaz à natureza da arbitragem e que tão bem é sintetizada na fórmula "contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado", cfr. F. CORTEZ, "A Arbitragem Voluntária...", p. 555, e C. JARROSSON, *La Notion...*, p. 5.

[1256] V. Cfr. N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter…*, p. 110. No mesmo sentido, S. BREKOULAKIS, "On Arbitrability: Persisting…", p. 20.

[1257] Cfr. N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter...*, p. 110 e também A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", p. 15.

[1258] K. ABU YOUSSEF, "The Death of Inarbitrability", pp. 49-50.

[1259] O conceito de direito disponível pode ser explicado da seguinte forma: são direitos indisponíveis aqueles que não são suscetíveis de disposição pelo seu titular, ou seja, não podem ser constituídos, extintos ou transmitidos pela vontade daquele último. V. A. PRATA, *Dicionário Jurídico,* p. 436. M. FRANÇA GOUVEIA acrescenta ainda ao conceito aqueles direitos que não são renunciáveis., V. *Curso de Resolução...,* p. 144. Para uma análise mais detalhada da disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade, cfr. J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, Vol. I, pp. 210, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", pp. 86 e ss., P. COSTA E SILVA, "Anulação e Recursos...", p. 922, D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de Conflitos...", p. 40 e J. MORAIS CARVALHO, "O critério da...", 2013, pp. 837 e ss., A. SAMPAIO CARAMELO, "A Disponibilidade do...", pp. 8 e ss., P. ROMANO MARTINEZ, "Mediação e a...", 2015, p. 21, B. DA GAMA LOBO XAVIER E P. FURTADO MAIA, "A transacção em...", p. 452, J. LEBRE DE FREITAS E I. ALEXANDRE, *Código de Processo...*, Vol. I, 3.ª ed., p. 568, D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 29 e ss.

estaduais[1260]. Em virtude desta linha de argumentação, entendia-se que a inarbitrabilidade estava ligada ao facto de os árbitros – enquanto juízes privados e com uma competência de génese convencional – não disporem das competências necessárias para poder apreciar um determinado tipo de litígios, os quais pela sua "sensibilidade" ficavam reservados para a jurisdição dos tribunais estaduais[1261]. Discordamos, com o devido respeito, deste entendimento. O critério da disponibilidade apenas significa o seguinte: se as partes não podem, por mero exercício da sua vontade, dispor, constituir ou extinguir um direito, então, também não podem atribuir esse poder a um terceiro, cuja competência decisória radica num contrato celebrado entre as partes em litígio.

III – Considerando a opção seguida pela maioria dos ordenamentos jurídicos de adotar um critério delimitador dos litígios passíveis de arbitragem, parece-nos que a mesma tem subjacente um juízo de adequação ou aptidão da arbitragem para a apreciação e decisão de todos os conflitos, existindo um núcleo que deve ficar reservado à jurisdição estadual em virtude de a arbitragem ser um instituto de raiz contratual e privado. Deste modo, seria precisamente esta última característica que justifica, aliada à problemática da ordem pública, a opção de apenas poder submeter a arbitragem determinadas categorias de litígios.

De facto, não sendo todos os litígios arbitráveis e existindo, nessa medida, um conjunto de questões que não podem ser subtraídas à jurisdição dos tribunais estaduais, isto significa que se verifica uma necessidade prática de introduzir ou eleger um mecanismo que possibilite a determinação de quais as matérias suscetíveis de decisão por

[1260] K. ABU YOUSSEF, "The Death of…", p. 50. Como explica o autor, a arbitrabilidade, tendo uma função de demarcação entre "as esferas de ambas as ordens jurisdicionais, apresenta uma "inescapável ligação à ordem pública", sendo, em bom rigor, "um reflexo jurisdicional da ordem pública. Cfr. *ibidem*, p. 50.

[1261] Neste contexto, e em síntese, os principais argumentos para justificar a inexistência de possibilidade de decisão arbitral quanto a um conjunto de matérias eram: (i) o facto de, em regra, as sentenças arbitrais não poderem ser objeto de recurso de mérito e o mecanismo da ação de anulação apenas conferir uma proteção muito limitada – os fundamentos para a ação de anulação são, geralmente, taxativos e muito vocacionados para a análise de questões de forma ou processuais, não permitindo uma reapreciação do caso, pois são meramente cassatórios – para as partes; (ii) possíveis violações ao princípio do *due process*, em virtude da especificidade do processo arbitral; (iii) a ausência de fundamentação das sentenças arbitrais; (iv) a confidencialidade da arbitragem, a qual afasta uma possibilidade de publicidade que permita que a justiça seja vista a ser feita, cfr. S. BREKOULAKIS, "On Arbitrability: Persisting...", pp. 23 e ss.

via arbitral[1262]. O que estava, portanto, em causa era a sustentação da conceção de que a arbitragem, por ser uma via de resolução de litígios de origem contratual, não permitia que os árbitros se encontrassem numa posição que lhes permitisse decidir sobre aquelas matérias[1263].

Nesta medida, e tal como já defendemos anteriormente, a necessidade – e a função de um conceito como o da arbitrabilidade – passa pela delimitação das matérias que as partes podem, no âmbito da sua liberdade contratual, submeter a arbitragem, reservando de forma exclusiva para o foro dos tribunais estaduais aqueles conflitos que, em razão da natureza contratual e privada da arbitragem, não se afiguram como adequados ou aptos à decisão por árbitros[1264]. Dito por outras palavras, a arbitrabilidade mais não é do que o reconhecimento, por parte do legislador, de que determinados litígios não podem ser subtraídos à esfera jurisdicional do Estado.

IV – Temos até este momento vindo a analisar os motivos que podem justificar a opção, de os ordenamentos jurídicos, identificarem um conjunto de matérias que se encontram fora do âmbito da resolução por via arbitral através do estabelecimento legal da sua inarbitralidade. Por conseguinte, importa agora analisar as realidades que são reconduzidas ao conceito de arbitrabilidade.

O termo arbitrabilidade, que veio a tornar-se parte integrante do nosso léxico jurídico[1265], comporta um sentido dual, referindo-se a realidades[1266] que, embora não se

[1262] Esta conclusão não implica a sustentação de um qualquer preconceito para com o instituto da arbitragem, nomeadamente rejeitando que a mesma seja também jurisdição. A este propósito, A. P. PINTO MONTEIRO, *O princípio da...*, pp. 168 e ss. e A. FLAMÍNIO DA SILVA, "Arbitragem e Jurisdição...", pp. 91 e ss.

[1263] Na nossa doutrina existe quem já se tenha pronunciado sobre a debilidade deste argumento: R. VENTURA já questionou em que medida é que a submissão de um litígio relativo a um direito indisponível a um tribunal arbitral pode afetar a natureza indisponível do mesmo, cfr. "Convenção de Arbitragem", p. 321. No mesmo sentido segue P. COSTA E SILVA, entendendo não se vislumbrar uma relação direta entre a natureza disponível do direito e a possibilidade de decisão arbitral sobre o mesmo. Afirma, neste contexto, que tal opção se encontra imbuída, no plano legislativo, por "alguma desconfiança relativamente ao tribunal arbitral ao impedir que este dirima conflitos respeitantes a direitos indisponíveis". V. "Anulação e Recursos...", p. 922, nota 79. A este propósito ver também, A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", pp. 25-26, bem como J. M. SÉRVULO CORREIA, "A arbitragem voluntária...", pp. 234-235.

[1264] V. como A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 165, bem como D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 26 e ss.

[1265] R. VENTURA qualificava, pela sua importação do plano internacional, o termo arbitrabilidade como um neologismo, v. "Convenção de Arbitragem", p. 317.

[1266] V., entre outros, R. VENTURA, "Convenção de Arbitragem", pp. 317 e ss., C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", pp. 85 e ss. e A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitrabilidade...", pp. 13-14, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 90 e ss.

confundam entre si, são complementares. Podemos, assim, referir-nos ao sentido subjetivo ou ao sentido objetivo do conceito.

No plano subjetivo, a arbitrabilidade – arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*[1267] – quer significar a possibilidade ou suscetibilidade de um determinado sujeito poder ser parte contratante numa convenção de arbitragem, encontrando-se, no nosso ordenamento jurídico, esta figura consagrada no n.º 5, do artigo 1.º da LAV[1268].

No sentido objetivo do termo, a arbitrabilidade refere-se à suscetibilidade de um determinado conflito ser passível de submissão a arbitragem, apresentando-se, neste sentido, como um requisito ou característica do objeto do conflito (*rationae materiae*)[1269]. Neste caso o cerne da questão, não diz respeito às partes contratantes, mas à natureza do objeto do litígio[1270]. Para os efeitos da nossa dissertação, esta é a vertente da arbitrabilidade que mais nos interessa, uma vez que o que pretendemos determinar é em que medida a proibição que a inarbitrabilidade transporta para o plano da celebração de convenções de arbitragem pode ou não – e em que medida – permitir garantir uma proteção das partes mais débeis da relação jurídica.

V – Na atualidade, e à imagem do que já sucedia ao abrigo da LAV86, o nosso ordenamento jurídico continua a definir as matérias arbitráveis através da combinação de um critério geral de arbitrabilidade com a exclusão perentória de um conjunto de litígios. A arbitrabilidade em Portugal delimita-se pela negativa e pela positiva. Em primeiro lugar, não são arbitráveis, de acordo com o disposto no art. 1.º, n.º 1 da LAV, (i) os litígios

[1267] V. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité", pp. 43 e ss., especialmente pp. 45 e ss.

[1268] V., M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 136 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 438, L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", pp. 1113 e ss., G. KAUFMANN-KOHLER E A. RIGOZZI, *International Arbitration...*, p. 98, G. ZEILER E A. SIWY, "Subjective Arbitrability in...", p. 4 e K.-H. BOCKSTIEGEL, 'Public Policy and..., pp. 181-182.
A problemática da arbitrabilidade subjetiva estava mais intensamente ligada à possibilidade de o Estado e outras pessoas coletivas de Direito público poderem celebrar convenções arbitrais em matéria de relações de Direito Público (dado que quanto a litígios de Direito privado a questão não se colocava). No que concerne às relações de Direito Público, o problema já não se coloca com a mesma dimensão que tinha há alguns anos, pois com a nova redação do artigo 180.º do CPTA legislador optou por alargar, em 2015, e em grande escala, a possibilidade de arbitragem de conflitos administrativos. A este propósito, v., por todos, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 439 e ss.

[1269] V. G. B. BORN, *International Commercial…*, Vol. I, pp. 944 e ss.

[1270] V. L. DE LIMA PINHEIRO, "Convenção de arbitragem...", pp. 1111 e do mesmo autor, *Arbitragem Transnacional*, p. 103 e ss., B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité", pp. 107 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem,* p. 94., P. FOUCHARD, E. GAILLARD E B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman...*, p. 330.

que se encontram exclusivamente submetidos à jurisdição dos tribunais do Estado[1271] e (ii) os que se encontram submetidos à arbitragem necessária.

Em segundo lugar, tem aplicação um critério geral de arbitrabilidade: são arbitráveis os interesses de natureza patrimonial (art. 1º, nº 1 da LAV), pelo que para que o conflito seja arbitrável basta que o objeto do mesmo respeite a um interesse patrimonial (incluindo-se neste âmbito "todas as pretensões que tenham uma expressão monetária ou pecuniária, mas também conflitos que tenham como objeto transações económicas[1272])[1273-1274]. Este é um critério de abrangência mais ampla[1275] do que aquele que constava na LAV86, uma vez que o critério de arbitrabilidade nessa sede era o da disponibilidade do direito[1276].

[1271] Incluem-se aqui os litígios que estão reservados à jurisdição pública através de uma expressa previsão de uma lei especial, consubstanciando, em regra, domínios nos quais o Estado reclama o poder decisório para os tribunais estaduais. Cfr. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 167 e ss.

[1272] V. A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, p. 168.

[1273] Para uma maior densificação do conceito de patrimonialidade no nosso ordenamento jurídico, cfr. M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 138 e ss., especialmente pp. 142 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, pp. 93-94, A. SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitragem...", pp. 34 e ss. e do mesmo autor "A disponibilidade do...", pp. 4 e ss.

[1274] O critério da patrimonialidade é, no entanto, coadjuvado por outros dois elementos (v. D. MOURA VICENTE, "Convenção de arbitragem...", p. 305). De acordo com o art. 1º, nº 2, da LAV, é possível celebrar convenções arbitrais que tenham por objeto litígios que, embora não envolvendo interesses de natureza patrimonial, possam ser transacionáveis pelas partes (instituto cujo critério é a disponibilidade dos direitos, não sendo permitido às partes que possam dispor de direitos indisponíveis – cfr. art. 289º do CPC).

Por outro lado, os conflitos laborais também contam com uma regra específica. Assim, dispõe o artigo 4º, nº 4 da lei que aprova a LAV que os conflitos laborais apenas são arbitráveis se forem disponíveis, remetendo para o critério de arbitrabilidade consagrado no art. 1.º, n. 1.º, da LAV86. Sobre a arbitragem de conflitos laborais, cfr., entre tantos outros, L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", pp. 123 e ss., D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de conflitos individuais...", pp. 36 e ss., R. VENTURA, "A arbitragem voluntária...", pp. 187 e ss., P. ROMANO MARTINEZ, "Soluções alternativas de...", pp. 867 e ss., A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 172 e ss., bem como D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 14 e ss.

[1275] A adoção de um critério geral de arbitrabilidade centrado na patrimonialidade do litígio – acompanhando a evolução que se veio verificando nos diversos ordenamentos jurídicos europeus, tal como a Suíça (B. BERGER E F.KELLERHALS, *International and Domestic...,* pp. 61) e Alemanha (v., por todos, R. TRITTMANN E I. HANEFELD, "§1030", pp. 96 e ss.) – assume-se de operacionalidade mais simples do que o critério da disponibilidade, permitindo afastar diversos problemas e dificuldades que se imputavam a este último. Para uma análise da relação da evolução da arbitrabilidade com o princípio do *favor arbitrandum*, cfr. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et...", pp. 900 e ss.

[1276] Sobre o anterior critério de arbitrabilidade da LAV – a disponibilidade do direito – a doutrina já abordou a questão com uma profundidade significativa. Remete-se, então, quanto a esta matéria, e de modo meramente ilustrativo para A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem,* p. 94, M. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...,* p. 144 e A. SAMPAIO CARAMELO, "A disponibilidade do...", pp. 5., bem como C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", pp. 86 e ss. Para uma análise do sentido material do critério da disponibilidade do direito, J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*,

Da análise do critério geral que define a arbitrabilidade dos conflitos no ordenamento jurídico português – patrimonialidade – decorre uma conclusão inequívoca: da aplicação do atual critério geral de arbitrabilidade vigente em Portugal[1277] não resulta a inarbitrabilidade de conflitos que surjam no âmbito de relações de desigualdade estrutural por si só. Nesta medida, apenas serão inarbitráveis se não respeitarem o critério da patrimonialidade em conjugação com a da disponibilidade (ou no caso de serem conflitos relativos a relações laborais, se não preencherem o critério da disponibilidade, nos termos do art. 4.º, n.º 4 da lei que aprova a LAV).

Em contrapartida, não nos parece ser possível considerar que exista um critério ontológico de inarbitrabilidade, pois não é possível determinar que um determinado conflito é, somente em virtude da sua natureza, insuscetível de decisão arbitral. A arbitrabilidade de um conflito depende sempre, a nosso ver, da aplicação dos critérios legais de arbitrabilidade conjugados com os casos em que existe uma reserva do monopólio do exercício da função jurisdicional para os tribunais do Estado.

Todavia, a questão que se deve colocar passa por saber se aqueles conflitos devem ser submetidos à sanção mais violadora da autonomia privada e da consequente liberdade contratual das partes: a inarbitrabilidade[1278]. Na senda do que referimos a propósito da adoção de medidas paternalistas, é possível que o Estado entenda submeter determinadas matérias exclusivamente à jurisdição dos tribunais estaduais[1279], fechando a porta a qualquer vontade contratual das partes em deslocar a resolução desses mesmos conflitos para a esfera de um mecanismo de jurisdição voluntária. Uma medida deste tipo assume-

Vol. I, pp. 210 e ss., A. PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 436, T. SOARES DA FONSECA, *A transação civil...*, p. 541, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem...", pp. 86 e ss., P. COSTA E SILVA, "Anulação e Recursos...", p. 922, A. SAMPAIO CARAMELO, "A Disponibilidade do...", p. 8, P. ROMANO MARTINEZ, "Mediação a Arbitragem...", p. 21, D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de Conflitos Individuais...", p. 40 e J. MORAIS CARVALHO, "O critério da...", p. 837. Numa perspetiva internacional, cfr. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et...", pp. 108 e ss.

[1277] Cfr. art. 1.º, n.º 1 da LAV.

[1278] Na medida em que um litígio inarbitrável não pode ser objeto de uma convenção de arbitragem, ficando as partes exclusivamente adstritas a buscar tutela junto dos tribunais estaduais.

[1279] É o que sucede, a título de exemplo, com as matérias de Direito Penal (cfr. art. 27.º da CRP) ou outras em que se exija um monopólio do exercício da função jurisdicional por parte dos tribunais estaduais e que, nessa medida, não existe a possibilidade de submissão dessas matérias a arbitragem. No que concerne às matérias de Direito Penal, afirma M. J. ANTUNES que "[o] direito penal é um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos, o que faz do processo penal um assunto da comunidade jurídica, (...) firmando-se nesta matéria o princípio do monopólio estadual da função jurisdicional(...)", cfr. *Direito Processual...*, p. 64.

se como sendo uma medida paternalista forte, pois consubstancia o modelo mais gravoso de intervenção estadual: limitar a possibilidade de autonomia das partes, com vista à sua própria proteção, e, nessa medida, impossibilitar a prática de um determinado comportamento (no caso concreto, a celebração de uma convenção de arbitragem).

Uma previsão legislativa neste sentido suscita problemas ao nível da sua compatibilidade com a esfera de autonomia privada que a dignidade da pessoa humana reclama que seja reconhecida às partes[1280], mas, ainda assim, não configuraria uma decisão inédita. De facto, o nosso ordenamento jurídico contém um conjunto de matérias que não podem ser submetidas à apreciação e decisão de um tribunal arbitral, tais como, *v.g.*, a apreciação e regularidade do despedimento do trabalhador (nos termos do art. 387.º, n.º 1 do CT), matérias de Direito Penal, sobretudo quando esteja em causa a aplicação de uma sanção privativa da liberdade, as matérias relativas aos menores (nos termos da Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro, na versão da Lei n.º 24/2017, de 24/05). Por conseguinte, é necessário, face a este estado de coisas, que tenhamos de indagar o que sucede com as situações que envolvam litígios abrangidos por uma convenção de arbitragem celebrada entre partes que estão numa situação de desigualdade estrutural.

A questão já não passa, portanto, pela discussão da legitimidade de adoção de medidas paternalistas no que concerne à inarbitrabilidade de conflitos abrangidos por convenções de arbitragem celebradas em situação de desigualdade estrutural[1281], mas, isso sim, pela discussão da necessidade ou proporcionalidade de uma medida tão gravosa como essa.

A existência de medidas paternalistas verifica-se um pouco por todo o nosso ordenamento jurídico e o campo da arbitragem não é exceção. Podem, no entanto, variar a intensidade das mesmas. Tomemos como exemplo o caso dos conflitos laborais

[1280] Como afirma T. NIEDERMAIER, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen...*, p. 183, "esta conceção paternalista contradiz a conceção individualístico-liberal dos ordenamentos jurídicos civilistas modernos".

[1281] A temática da relação entre a arbitragem e as partes mais fracas não é um problema recente no seio de doutrina, tendo sido já abordado ao longo dos anos, ainda que mediante perspetivas distintas. Entre os diversos autores que abordaram a questão, destaque-se a frase de E. LOQUIN, quando afirmou que "no âmbito da arbitragem deveriam ser proibidas as relações que opõem as partes reputadas como fortes às partes reputadas como frágeis", cfr. "Arbitrabilité et protection...", p. 135. Este entendimento, em bom rigor, já defendido por H. MOTULSKY, de acordo com o qual "A arbitragem supõe um equilíbrio de forças e onde quer que esse equilíbrio seja perturbado, a arbitragem sufoca (...) A arbitragem não deve ser recomendada quando ambas as partes não estão no mesmo nível", v. "L'arbitrage et...", p. 113.

individuais, domínio profundamente marcado por uma reticência da doutrina na aceitação da arbitrabilidade dos mesmos[1282].

Os conflitos individuais em matéria de contrato de trabalho encontram-se submetidos ao critério da disponibilidade[1283] e não ao da patrimonialidade, o que se traduz, na prática, na existência de um menor espaço de ação para a opção arbitral. A exigência da disponibilidade do direito leva a que se verifique uma malha mais apertada no que respeita à submissão daqueles litígios à decisão por árbitros; fosse a patrimonialidade o critério e quase todos os conflitos neste domínio seriam passíveis de arbitragem.

A justificação para esta maior exigência – e, em certa medida, preconceito – no plano da determinação dos litígios arbitráveis encontra-se relacionada como a natureza particular do contrato de trabalho[1284]. A relação laboral é pautada não só pela forte desigualdade entre as partes, a qual se verifica em virtude dos direitos e deveres que assistem a cada uma delas, mas sobretudo pelo traço inolvidável da subordinação[1285-1286] de uma – o trabalhador – em relação a outra – o empregador. Esta subordinação que se expressa, num plano, no poder disciplinar e, noutro plano, na necessidade real que o trabalhador tem na manutenção do seu vínculo laboral em virtude da importância que o mesmo assume para a sua subsistência, em conjugação com a previsão constitucional de um direito à segurança no emprego (art. 53.º da CRP) tem duas consequências diretas no plano da arbitrabilidade dos litígios laborais.

[1282] D. MOURA VICENTE, "Arbitragem de conflitos individuais...", p. 36, afirma que a lei portuguesa se assume como menos favorável à arbitragem de conflitos individuais de trabalho. Para uma síntese das críticas aduzidas a arbitrabilidade dos litígios laborais, cfr. *ibidem*, pp. 33 e ss.

[1283] Cfr. art. 4.º, n.º 4 da lei que aprova a LAV.

[1284] Tal como já afirmámos em D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", p. 15. Como já ensaiava H. MOTULSKY, os litígios laborais individuais não são "congenitamente avessos" à arbitragem, cfr. "L'arbitrage et...", pp. 115. O ponto fulcral da sua especialidade está, a nosso ver, na natureza de uma das partes e na sua submissão que esta regista perante a sua contraparte.

[1285] Cfr. M. DO R. PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do...*, p. 87, bem como J. J. ABRANTES, *Contrato de Trabalho...*, pp. 44 e ss.

[1286] A subordinação que aqui referimos não se reduz à subordinação no plano jurídico. Efetivamente, não é possível cindir, no plano laboral, a subordinação jurídica da subordinação material – ou, na expressão de L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e *Iuris...*", p. 124., "de natureza real" – a qual se verifica em virtude da essencialidade que o vínculo laboral e a respetiva remuneração assumem no plano da subsistência do trabalhador (v. J. ZENHA MARTINS, *Dos pactos de...*, p. 27). Para mais desenvolvimentos, remete-se para D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", pp. 15 e ss., bem como para a bibliografia aí referida.

Em primeiro lugar, a consagração legal do critério da disponibilidade. É precisamente a tendencial natureza de contraente mais débil do trabalhador[1287] que justifica que apenas possam ser submetidos a arbitragem os direitos disponíveis relacionados com o vínculo laboral. Os aspetos mais essenciais da relação ficam assim de fora do espectro de matérias arbitrais, não em virtude de algum preconceito quanto à competência dos árbitros para apreciarem e decidirem tais matérias, mas pelo facto de se entender que as partes não se encontrariam – aquando da celebração da convenção de arbitragem com aquele objeto – numa posição de poder dispor de forma consciente, voluntária e liberta do seu direito.

Em segundo, a consagração legal expressa da inarbitrabilidade de alguns aspetos particulares, situação que se verifica no art. 387.º do CT, onde se determina que tais matérias como a apreciação e regularidade do despedimento do trabalhador apenas podem ser feitas por tribunal judicial.

Deste estado de coisas podem retirar-se as seguintes conclusões. No campo das relações laborais, o legislador apenas optou pela "sanção" da inarbitrabilidade – e nesse sentido por um paternalismo forte – num domínio de particular sensibilidade, ficando o resto dos conflitos que podem surgir do contrato de trabalho sujeitos a um critério de arbitrabilidade mais fechado que o da patrimonialidade. Esta solução configura uma opção mais moderada – no sentido de compressão da liberdade contratual dos sujeitos – por parte do ordenamento jurídico face a esta questão.

De facto, e ainda que se possa afirmar que "[*a*] *priori*, a arbitragem só pode ser hostil às partes mais débeis que procuram terras protetoras, ancorada em um determinado espaço em que exista uma ordem pública que os proteja"[1288], não podemos presumir ou assumir, *tout court*, que a única forma de proteção das partes tendencialmente mais frágeis passe pela introdução da inarbitrabilidade daquelas controvérsias[1289], proibindo, dessa feita, a celebração de convenções de arbitragem. Os motivos que servem de substrato à

[1287] A qual, se aliada à celebração de convenções de arbitragem, poderia conduzir a "resultados que têm por efeito acentuar ainda mais a situação de fragilidade daquele, tal como vincular-se à jurisdição de um tribunal privado sem ter a real noção ou alcance do sentido daquela cláusula compromissória, podendo, inclusivamente comprimir as garantias que teria junto de um tribunal estadual", cfr. D. MIRANTE, "A Arbitragem Laboral...", p. 17, bem como L. DIAS DA SILVA, "Arbitragem e Iuris...", pp. 124-125.

[1288] M. DE FONTMICHEL, *Le faible et..*, p. 1.

[1289] Como assinala E. LOQUIN, "Arbitrabilité et protection...", p. 137.

decisão legislativa de optar pela inarbitrabilidade de um litígio não podem – ou não devem – passar por uma postura de desconfiança para com os tribunais arbitrais. Se é certo que a existência de tribunais arbitrais resulta de uma previsão constitucional que consagra precisamente a possibilidade de as partes constituírem tribunais arbitrais – art. 209.º, n.º 2 –, também não podemos ignorar que os árbitros exercem, no exercício das funções que lhes são confiadas pelas partes, uma função jurisdicional[1290-1291], estando vinculados a deveres de independência e imparcialidade[1292]. Dessa forma, o que importa determinar – tomando como ponto de partida a geral inadequação da arbitragem como meio de resolução de litígios no âmbito de relações de desigualdade estrutural – é a configuração assumida pelo processo arbitral em causa. Assim, devemos deslocar o cerne da discussão da adoção da inarbitrabilidade como regra neste domínio e tentar buscar soluções que permitam um equilíbrio entre a proteção da parte mais débil e autonomia das partes no que à opção pela via arbitral diz respeito.

Seria, aliás, paradoxal que se optasse sem hesitação pela opção mais gravosa de inarbitrabilidade num domínio inequivocamente enformado pelo princípio da liberdade

[1290] Cfr. C. JARROSSON, "Arbitrage et...", pp. 108 e ss. Sobre a distinção entre a função jurisdicional e a administrativa, v., por todos, A. QUEIRÓ, "A Função...", pp. 101 ss.

[1291] Tal como não se pode assumir, sem mais, que o resultado do processo arbitral seja "*a priori favorável à parte mais forte*", v. E. LOQUIN, "Arbitrabilité et protection...", p. 137.

[1292] A exigência de independência e imparcialidade dos tribunais arbitrais resulta de diversas previsões contidas na LAV (v. arts. 9.º, n.º 3, 10.º, n.º 6 e 13.º da LAV), mas sobretudo da sua exigência constitucional. Conforme afirma M. GALVÃO TELES, a necessidade de os árbitros serem independentes e imparciais decorre, desde logo, "de determinação da própria Constituição", v. "A independência e...", pp. 251 e ss. Também M. FRANÇA GOUVEIA partilha esta posição, defendendo – a propósito dos árbitros nomeados pelas partes – que não pode, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, admitir-se níveis intermédios de imparcialidade. O dever de imparcialidade e independência impõe-se sobre todo o tribunal arbitral e os árbitros, sendo "uma consequência direta das suas funções jurisdicionais", pois "só o desempenho dessas funções com independência e imparcialidade, que é como quem diz com integridade e seriedade, permite que o Estado valide estes exercícios privados de jurisdição", cfr. *Curso de Resolução...,* p. 203.

Também no plano da jurisprudência nacional esta questão encontra uma resposta contundente: "na medida em que a «imparcialidade é uma nota essencial do próprio conceito de tribunal» (...) haverá ainda de invocar-se a norma constitucional atributiva do direito ao tribunal enquanto órgão independente e imparcial de resolução de litígios. Ou seja, o parâmetro de avaliação de constitucionalidade é dado pelas normas conjugadas dos artigos 20.º, n.º 1, e 206.º da Constituição.", cfr. o ac. n.º 52/92 do TC. No mesmo sentido e do mesmo tribunal, cfr. o ac. n.º 366/2015, bem como o ac. n.º 230/2013, onde se escreve de forma inequívoca que "os tribunais arbitrais, enquanto categoria autónoma de tribunais a quem incumbe também o exercício da função jurisdicional, estão subordinados ao regime dos tribunais judiciais, nesse sentido apontando diversas (...) as exigências de independência, imparcialidade e irresponsabilidade, a que se aplicam correspondentemente, na parte que não contenda com o exercício meramente eventual do cargo, as garantias e incompatibilidades a que se refere o artigo 216º da Constituição".

das partes, não se procurando, antes, uma solução de compromisso que possibilite uma intervenção mínima ou mais reduzida naquele âmbito. Portanto, na nossa perspetiva e em consonância com o modo pelo qual concebemos a arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios, apenas se deverá seguir pela via do estabelecimento da inarbitrabilidade quando não existam outras soluções que, numa análise da sua necessidade, eficácia e proporcionalidade, permitam alcançar o objetivo pretendido: a proteção da parte mais débil da relação jurídica[1293]. Sufragamos, portanto, uma posição ancorada num paternalismo fraco e que não tenha por efeito limitar frontalmente a liberdade das partes no domínio da celebração das convenções de arbitragem[1294]. Deste modo, antes de optar pela sanção da inarbitrabilidade, deveremos buscar outras soluções que possam oferecer tutela à posição da parte mais débil e equacionar se as mesmas são viáveis para resolver o problema que deriva da falta de natureza consensual da arbitragem desportiva.

9.5.3. O cumprimento integral das garantias exigidas pelo art. 6.º § da CEDH: a equiparação da arbitragem forçada à arbitragem necessária

I – Nos termos do art. 6.º§1 da CEDH, a todos é garantido o direito a um processo equitativo. Este é um direito complexo, sendo integrado por diversos elementos garantísticos, os quais, considerados em conjunto, permitem que um determinado sujeito tenha acesso a um processo com aquela característica. Neste sentido, nos termos do art. 6.º§1 da CEDH, todos têm o direito a (i) ter acesso a um tribunal, (ii) independente e

[1293] V. M. DE FONTMICHEL, *Le faible et...*, pp. 242 e ss.
[1294] Para uma perspetiva das medidas paternalistas – fortes e fracas – tomadas em diversos ordenamentos jurídicos, cfr. F. ROSENFELD, "Limits to Party...", pp. 423 e ss.

imparcial, (iii) que a sua causa seja examinada de forma equitativa, (iv) de forma pública, (v) num prazo razoável[1295-1296].

Da formulação do referido artigo resultam, quanto à arbitragem desportiva desenvolvida junto do TAS, duas questões principais. A primeira questão passa por determinar se o art. 6.º da CEDH é aplicável aos tribunais arbitrais e respetivos processos. A segunda questão, por seu turno, divide-se em dois segmentos interligados: (i) aferir da natureza imperativa dos direitos estabelecidos no art. 6.º§1 da CEDH ou se, pelo contrário, os mesmos são passíveis de renúncia pelo seu titular e (ii) caso a resposta seja a da possibilidade de renúncia, se a convenção de arbitragem consubstancia uma renúncia aos mesmos e em que extensão.

A aplicabilidade da CEDH aos tribunais arbitrais[1297], sobretudo na arbitragem desportiva, tem sido controversa, colhendo respostas divergentes na doutrina[1298] e na jurisprudência[1299]. Da interpretação da Convenção não resulta uma resposta ou sequer um

[1295] Dispõe o art. 6.º §1 da CEDH que "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça".

[1296] Para uma perspetiva integrada do art. 6.º, cfr. C. GRABENWARTER, *European Convention on...*, pp. 98 e ss., W. A. SCHABAS, *The European Convention...,* pp. 265 e ss., I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, pp. 147 e ss.

[1297] Abordando o tema de forma integrada e não apenas por referência à realidade desportiva, C. JARROSSON, "L'arbitrage et la...", pp. 574 e ss., J. CARLOS LANDROVE, "European Convention on...", pp. 73 e ss.

[1298] Cfr. U. HAAS, "International sports arbitration...", pp. 133 e ss. e do mesmo autor "Role and application…", pp. 45 e ss., A. M. STEINGRUBER, "Sports Arbitration: How…", pp. 88, M. GEISTLINGER E S. GAPPMAIER, "Some thoughts on…", pp. 308 e ss, bem como A. JAKSIC, "Procedural Guarantees…", pp. 159 e ss.

[1299] A jurisprudência do TFS tem, quanto a este tópico, vindo a apresentar oscilações nas últimas décadas (pelo que U.HAAS, "International sports arbitration...", p. 132, afirma que esta é uma questão "em aberto para o TFS"). Na decisão de 22/07/1986, o tribunal decidiu que a CEDH não era aplicável aos tribunais arbitrais, mas somente aos processos judiciais. O mesmo sustentou o tribunal na sua decisão de 11/06/2001. Não obstante, na sua decisão de 30/04/1991, o TFS entendeu que o art. 6.º da CEDH seria aplicável à arbitragem, mas tão-somente quanto à exigência de independência e imparcialidade dos árbitros. Para uma análise de flutuação decisiva ao longo das décadas mais recentes, cfr. N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", pp. 159-160.
A própria jurisprudência do TAS vem caminhando no sentido de negar a aplicação da CEDH aos processos arbitrais que ali se desenvolvam, a título de exemplo, TAS 2012/A/2862, § 105 e 106 cfr. F. LATTY, "Le TAS marque des...", pp. 35-36.

elemento indicador em qualquer dos sentidos, pois na letra do art. 6.º§1[1300] não existe qualquer menção à sua aplicabilidade à arbitragem, o que tem conduzido dúvidas quanto a esse aspeto, sobretudo nos casos de arbitragem voluntária[1301].

II – A discussão[1302], no que respeita à arbitragem desportiva desenvolvida junto TAS, tem registado uma evolução significativa[1303], designadamente após a decisão pelo TEDH do caso *Mutu e Pechstein v. Suíça*[1304], no âmbito da qual este tribunal tomou uma posição específica quanto à aplicação do art. 6.º§1[1305] à arbitragem desportiva que se desenvolve junto do TAS.

Tal como resulta do § 94 da decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, entende o TEDH que o acesso a um tribunal, nos termos do art. 6.º§ 1, não tem de ser entendido no sentido tradicional de tribunal, podendo, desde que asseguradas as garantias previstas nesta norma, estar incluído no seu escopo um tribunal arbitral[1306]. Neste sentido, do art. 6.º§ 1, não resulta uma "qualquer preclusão do estabelecimento de tribunais arbitrais", sendo,

[1300] V. C. JARROSSON, "L'arbitrage et la...", p. 574, U. HAAS, "International sports arbitration...", p. 132. Além do mais, dos trabalhos preparatórios também não resulta um qualquer elemento que permita esclarecer a questão com maior detalhe, cfr. J. CARLOS LANDROVE, "European Convention on...", p. 74.

[1301] A questão surge quanto a saber se as partes podem renunciar às garantias estabelecidas no art. 6.º da CEDH e, caso a resposta seja positiva, em que termos se deve verificar esta renúncia. Cfr., C. GRABENWARTER, *European Convention on...*, pp. 99 e ss., J. LUKOMSKI, "Arbitration clauses in…", pp. 65 e ss, J. AALL, "Waiver of Human…", pp. 206-278, do mesmo autor "Waiver of Human…Scene", pp. 300-370, U. HAAS, "International sports arbitration...", pp. 140 e ss. e do mesmo autor "Role and application…", pp. 49 e ss., P. GILLIAUX, *Droit(s) européns(s)…*, pp. 927 e ss.

[1302] A discussão sobre a aplicabilidade da CEDH à arbitragem assume, naturalmente, contornos mais complexos do que aqueles que teremos a oportunidade de abordar na nossa dissertação. Discute-se, junto da doutrina, particularmente, a interpretação da expressão "que a sua causa seja examinada por um (...) tribunal (...) estabelecido pela lei", no sentido de saber se no conceito de tribunal se incluem os tribunais arbitrais ou se o mesmo é restrito somente aos estaduais e, por outro lado, qual a extensão da expressão "determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil". Atendendo a que o TEDH se pronunciou expressamente sobre a arbitragem desportiva do TAS, tomamos a decisão de prescindir dessa análise. Sobre o problema em concreto, cfr. C. GRABENWARTER, *European Convention on...*, pp. 99 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 361 e ss., A. P. PINTO MONTEIRO, A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, *Manual de...*, pp. 113, T. KRŪMIŅŠ, *Arbitration and Human...*, pp. 35 e ss. e pp. 65 e ss., J. CARLOS LANDROVE, "European Convention on...", pp. 74 e ss., J. LUKOMSKI, "Arbitration clauses in sport…", pp. 65 e ss.

[1303] M. MAISONNEUVE, "Le Tribunal arbitral...", p. 692.

[1304] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, §97 e ss.

[1305] Neste ponto da nossa dissertação, todos os arts. 6.º, n.º 1, cuja proveniência não seja expressamente indicada, referem-se à norma da CEDH.

[1306] Assim se defendeu na decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, de 8/07/1986, § 201.

aliás, reconhecidas vantagens à opção pela via arbitral[1307-1308]. Tem vindo assim a entender-se que, às partes em litígio, assiste a possibilidade de renunciar ao seu direito a um tribunal judicial pela via da celebração de uma convenção de arbitragem[1309]. Este ponto carece de maior detalhe de modo a compreender-se a conceção do TEDH quanto à possibilidade de renúncia.

Em primeiro lugar, mesmo com a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes não renunciam, em bloco, a todas as garantias estabelecidas no art. 6.º§ 1[1310]. A questão da renunciabilidade não tem, no entanto, uma resposta direta e inequívoca quanto a saber, *prima facie*, que direitos podem ser renunciados[1311]. A norma da CEDH consagra um direito geral de acesso à justiça e ao processo equitativo, pelo que existem garantias processuais que, mesmo em sede de arbitragem voluntária, não podem ser afastadas em virtude da sua própria natureza essencial[1312]. A análise das garantias renunciáveis dependerá, no entanto, da consideração do caso concreto das características do mesmo[1313], motivo pelo qual o TEDH tem realizado essa análise sempre por referência ao caso concreto. Ainda assim, diríamos que, em regra, a independência e imparcialidade do tribunal a que a causa é sujeita será um reduto mínimo do qual as partes não podem prescindir sem afetar o núcleo essencial do seu direito[1314].

Em segundo lugar, para que a renúncia às garantias processuais estabelecidas na CEDH seja lícita, a mesma tem de ser (i) livre, (ii) (lícita) e (iii) esclarecida[1315]. Neste sentido, a possibilidade de renúncia às garantias processuais encontra-se ancorada na

[1307] O TEDH segue o sentido decisório que já havia sido adotado no caso *Suda vs. República Checa*, de 28/10/2010.
[1308] V. *Suda vs. República Checa*, §48.
[1309] Rejeitando, igualmente, o entendimento de que as convenções de arbitragem têm por efeito imediato uma violação do previsto no art. 6.º, n.º 1Cfr. *Tabbane vs. Suíça*, de 1/03/2016.
[1310] Cfr. N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", p. 156
[1311] V. T. KRŪMIŅŠ, *Arbitration and Human...*, pp. 75 e ss
[1312] Cfr., a este propósito, ALEKSANDAR JAKSIC, "Procedural Guarantees…", pp. 166.
[1313] V. N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", pp. 156-157, J. C. LANDROVE, "European Convention on...", pp. 80 e ss., S. BESSON, "Arbitration and Human…", pp. 400 e ss.
[1314] Partilhando da mesma posição, cfr. S. BESSON, "Arbitration and Human…", p. 400 e N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", pp. 156-157, T. KRŪMIŅŠ, *Arbitration and Human...*, pp. 70e ss. No mesmo sentido considere-se a decisão *Suovaniemi and others vs. Finland*, de 23/02/1999, onde se afirmou que uma renúncia aos direitos do art. 6.º, n.º 1 não tem de ser total, pelo contrário é necessário que o direito em causa seja renunciável: uns podem encontrar-se nessa categoria e outros não. Neste contexto, entendeu o TEDH que o direito a uma audiência pública pode, em sede de arbitragem voluntária, ser renunciado pelas partes. cfr., ainda, *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, §96, parte final.
[1315] Cfr. *Osmo Souvaniemi vs. Filândia, Mutu e Pechstein vs. Suíça*, §103, entre outros. Na doutrina, cfr. TOMS KRŪMIŅŠ, *Arbitration and Human...*, pp. 67 e ss.

voluntariedade da mesma. O TEDH traça, deste modo, uma linha divisória, no que à renúncia às garantias do processo equitativo diz respeito, assente na distinção entre a arbitragem voluntária e a necessária. Na hipótese da arbitragem voluntária, as partes podem nos termos acima referidos renunciar a algumas das garantias, pois a sua vontade formou-se de modo livre e sem constrangimentos de Direito ou de facto. O mesmo já não sucede com a arbitragem necessária.

Como resulta da jurisprudência do TEDH, para que a renúncia operada pela celebração de uma convenção de arbitragem seja válida, é necessário que as partes tenham a possibilidade de celebrar esse negócio jurídico. Logo, entende o TEDH que os tribunais arbitrais necessários se devem encontrar plenamente submetidos às garantias estabelecidas pelo art. 6.º da CEDH[1316], pois a ausência de uma renúncia, das partes, àquele conjunto de garantias processuais reclama um maior garantismo no plano processual[1317]. É-lhes, portanto, aplicável um bloco garantístico idêntico ao dirigido aos tribunais estaduais[1318].

III – A questão que aqui se coloca é saber em que categorização cabe a arbitragem desportiva realizada junto do TAS, ou seja, se é voluntária ou necessária. O TEDH é inequívoco[1319] no caso *Mutu e Pechstein vs. Suíça*: a arbitragem desportiva cuja convenção de arbitragem seja celebrada no contexto que temos vindo a analisar é uma arbitragem forçada, ou, se se preferir, deve ser qualificada como *compulsory arbitration* ou *arbitrage forcé*[1320]. Esta qualificação é obtida por contraposição aos casos de arbitragem puramente voluntária, nos quais as partes não experienciam, aquando da celebração da convenção, quaisquer constrangimentos de facto que as despojem de qualquer outra alternativa que não seja proceder à celebração da mesma.

[1316] Considerem-se quanto a este ponto, a decisão do TEDH *Deweer vs. Bélgica*, de 27/02/1980, bem como a decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 25/10/1984, *Bramelid vs. Suécia,* bem como os casos *Osmo Souvaniemi vs. Filândia* e *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 95.
[1317] V., N. KRAUSZ, "Waiver of appeal…", pp. 160 e ss., A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, p. 368, N. MCDONALD, "More harm than...", p. 523, A. SAMUEL, "Arbitration, Alternative...", pp. 414 e ss.
[1318] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 95 e *Suda vs. República Checa*, §48.
[1319] V. M. MAISONNEUVE, "Le Tribunal arbitral..." p. 690
[1320] V. Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 115. Os termos em língua inglesa e francesa são os utilizados nos textos oficiais da decisão. Reconhecendo de forma expressa na doutrina a possível falta de voluntariedade na renúncia quando estejam em causa relações desportivas (ou de Direito do consumo), cfr. T. KRŪMIŅŠ, *Arbitration and Human...*, pp. 248 e ss.

Neste sentido, com vista a aferir da voluntariedade na celebração da convenção de arbitragem, o TEDH comparou o contexto fáctico e jurídico no seio do qual se desenrolou a celebração da convenção de arbitragem pela atleta Claudia Pechstein[1321] com três casos de arbitragem comercial internacional que já havia decidido e nos quais entendeu existir liberdade das partes na celebração da convenção: (i) *Tabbane vs. Suíça*, (ii) *Eiffage S.A and Others vs. Suíça*, (iii) *Transportes Fluviais do Sado, S.A. vs. Portugal*.

No caso *Tabbane*, o requerente era um empresário tunisino que estava envolvido em relações comerciais com a empresa Colgate, no âmbito das quais foi celebrada, de livre vontade por ambas as partes, uma convenção de arbitragem, no âmbito da qual as partes renunciaram, ao abrigo do art. 192.º da LDIP, ao direito à ação de anulação. Tendo sido vencido na ação arbitral, o requerente (*Tabbane*) procurou anular a sentença, vendo a sua pretensão indeferida em função da previsão expressa que havia sido incluída na convenção de arbitragem. Neste sentido, veio buscar tutela junto do TEDH, alegando que estava em causa uma violação ao art. 6.º §1 da CEDH.

Quanto a este caso, o TEDH considerou que, ao celebrar uma convenção de arbitragem, sem quaisquer constrangimentos, o requerente expressamente e livremente renunciou à possibilidade de buscar tutela junto de um tribunal comum, que lhe teria proporcionado todas as salvaguardas do art. 6.º §1 da CEDH. Logo, não existindo quaisquer provas de que a convenção foi celebrada mediante coação, considerou-se não existir uma violação do art. 6.º §1 da CEDH[1322].

No caso *Eiffage S.A and Others vs. Suíça*[1323] e no caso *Transportes Fluviais do Sado, S.A. vs. Portugal*[1324], estavam em causa – de forma sucinta – duas pessoas coletivas que no âmbito da celebração de contratos concordaram com a inclusão de uma cláusula compromissória. Em ambas as hipóteses, entendeu o TEDH que os recorrentes escolheram livremente celebrar aqueles contratos, não tendo sido, de todo, forçados a aceitar a inclusão de uma cláusula compromissória. Destacou, aliás, o tribunal que aqueles

[1321] Que consubstancia um exemplo prático indiscutível do modelo e celebração de convenção de arbitragem que analisámos no capítulo III, §7, 7.1.2.
[1322] Cfr., *Tabbane vs. Suíça*, § 25 e ss. Na doutrina, v. D. BAIZEAU, "Article 192", pp. 377 e ss.
[1323] Cfr. *Eiffage S.A and Others vs. Suíça*, de 15/09/2009.
[1324] V. *Transportes Fluviais do Sado, S.A. vs. Portugal*, de 26/09/2002.

tipos de cláusulas eram comuns naquele tipo de contratos e que as partes agiram sempre de forma livre[1325].

Este, todavia, não foi o contexto que em foi celebrada a convenção de atleta Pechstein. Aqui considerou o tribunal que atleta "não tinha escolha a não ser levar o seu caso ao CAS. As regras da ISU deixavam claro que os litígios deveriam ser apresentados ao TAS, sob pena de exclusão das competições internacionais". Logo, não considerou o TEDH que se pudesse afirmar que a atleta renunciou livremente aos direitos previstos no art. 6.º§1 da CEDH, "em particular do direito a uma audiência pública num tribunal independente e imparcial"[1326].

Consequente, e pese embora não seja imposta por lei, o TEDH reconheceu que esta modalidade de arbitragem configurava uma hipótese de arbitragem forçada e que, nessa medida, "o processo arbitral deveria assegurar todas as garantias processuais estabelecidas pelo art. 6.º §1 da Convenção"[1327].

Por conseguinte, tendo a arbitragem desportiva uma génese forçada, a mesma encontra-se obrigada, dado não ter existido uma renúncia das partes à mesma, a respeitar todas as garantias previstas naquela norma[1328], ou seja, i) acesso a um tribunal, (ii) independente e imparcial, (iii) que a sua causa seja examinada de forma equitativa, (iv) de forma pública, (v) num prazo razoável. O nível de exigência no plano garantístico é, assim, distinto, daquele que se aplica à arbitragem voluntária[1329], sendo mais exigente no sentido de salvaguardar a posição do atleta[1330].

[1325] Esta tem sido a orientação seguida também na jurisprudência do TEDH, sobretudo após o caso *Bramelid vs. Suécia*, no âmbito do qual se decidiu que quando esteja em causa uma arbitragem necessária, devem ser cumpridas as garantias estabelecidas no art. 6.º §1 da CEDH, incluindo a possibilidade de recurso da decisão para um tribunal estadual. cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "The Constitutional Limits...".

[1326] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 113, 114 e 115.

[1327] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 115.

[1328] Assim afirmou de forma expressa na decisão *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 115. Na doutrina, G. SIMON defende a aplicação de toda CEDH aos processos arbitrais do TAS, cfr. "L'applicabilité de la...", pp.115-116.

[1329] V. M. MAISONNEUVE, "Le Tribunal arbitral...", p. 691.

[1330] A questão da natureza forçada da arbitragem desportiva ainda não foi colocada perante o nosso TC motivo pelo qual não existe na sua jurisprudência qualquer apreciação da questão. No plano nacional a discussão que se tem desenvolvido diz respeito à compatibilidade da arbitragem necessária com a previsão constitucional da existência de tribunais arbitrais, nos termos do art. 209.º, n.º 2 da CRP, cfrs. J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República...*, Vol. II, p. 561, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com...*, pp. 573 e ss., R. MEDEIROS, "Arbitragem Necessária e...", pp. 1312 e ss. e A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 354 e ss. Não obstante, a mesma discussão poderia ser feita quanto a saber se este tipo de arbitragem se encontra devidamente

IV – Da submissão da arbitragem desportiva às garantias estabelecidas no art. 6 §1 da CEDH não resulta necessariamente uma alteração profunda do atual *status quo*. É certo que o TAS, no que concerne à publicidade da audiência e afastamento da regra da confidencialidade, procurou ajustar as suas regras da câmara de apelo em virtude de o TEDH, no caso *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, ter considerado que, ao ser negado à atleta o direito a uma audiência pública quando o mesmo havia sido expressamente solicitado, existiu uma violação das garantias estabelecidas no art. 6 §1 da CEDH[1331].

legitimada nos termos dos arts. 20.º e 209.º, n.º 2 da CRP. Neste contexto, poder-se-ia questionar, em primeiro lugar, se o art. 39.º, n.º 4, nos termos da qual apenas há lugar a recurso da decisão quando as partes o tenham expressamente previsto, se afigura compatível com a exigência garantística da CEDH e mesmo com as exigências constitucionais portuguesas. É certo que esta tem sido a orientação propugnada pela Lei-modelo da CNUDCI, mas no que respeita a este tipo de arbitragens, a matriz é distinta: não estamos perante uma arbitragem voluntária no sentido clássico do instituto, pelo que são necessárias adaptações que atendam às suas características concretas. Foi este o sentido do decisório dos acs. n.º 230/2013 e n.º 781/2013 do TC, que, a propósito da arbitragem necessária, consideraram ser imperativa a existência de um recurso de mérito da decisão arbitral para os tribunais estaduais, de modo a assegurar-se a constitucionalidade deste regime de arbitragem necessária do TAD (cfr., Com amplos desenvolvimentos sobre o assunto, v., entre nós, A. FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de...*, pp. 448 e ss.) Em segundo lugar, é necessário que o tribunal arbitral que decide a causa seja independente e imparcial, devendo estes requisitos ser cumpridos não só pelos sujeitos que desempenham a função de árbitros, mas pelo próprio centro de arbitragem institucionalizada. Remetemos aqui para o que referimos no capítulo IV, §8, 8.3.

Um último aspeto que merece escrutínio diz respeito às custas com o processo arbitral, nomeadamente a sua compatibilidade com a CRP. Quando estejamos perante uma arbitragem forçada, é imperativo que o Estado assegure mecanismos de apoio que permitam à parte que não dispõe de meios exercer o seu direito fundamental de acesso à justiça. Como forma de mitigar o problema, pode haver lugar, num primeiro momento, ao estabelecimento de apoio judiciário, mas, acima de tudo, por uma intervenção legislativa no plano das custas, no sentido de reduzir as mesmas ou de serem tendencialmente gratuitas. Não aderimos, assim, à posição adotada pelo TC no ac. n.º 543/2019, onde, analisando as custas processuais em sede de arbitragem necessária no TAD, se considerou que as mesmas não se apresentam como inconstitucionais, não se verificando uma violação do princípio da proporcionalidade. Consideramos que os argumentos aduzidos pelo TC para fundamentar a sua decisão não colhem, denotando, pelo contrário, uma fragilidade dos mesmos e um afastamento do entendimento que o mesmo tribunal já havia adotado noutros processos (cfr., *maxime*, ac. n.º 123/2015). Nesta medida, parece-nos que procurar legitimar as custas do TAD com recurso à ideia de que aquele tem "[n]as custas processuais a sua principal fonte de financiamento" ou que "não se e deve ignorar a especificidade da justiça arbitral (necessária) face à justiça estadual, nem a especificidade do tipo de litígios integrados na competência necessária do TAD face à generalidade dos demais litígios carecidos de resolução jurisdicional" nada nos diz sobre a constitucionalidade das mesmas. O essencial – e que não se deve perder de vista quanto à questão – é que, mesmo nos casos em que exista apoio judiciário, não é compatível com a CRP que um agente desportivo – quer seja na sua pessoa, quer por intermédio do apoio judiciário, o qual tem um escopo relativamente reduzido – seja forçado a suportar custas significativamente mais elevadas do que as que lhe seriam aplicáveis no tribunal estadual competente, sob pena de violação do princípio da igualdade.

[1331] *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 175. Cfr. capítulo IV, § 8.3, c). Na doutrina e com vastos desenvolvimentos sobre o tema, cfr. A. DUVAL, "Time to go...", pp. 5 e ss., *maxime* pp. 13 e ss.

Ainda assim, mesmo tendo promovido uma alteração do seu art. R57 RTAS, as regras processuais da arbitragem desenvolvida junto do TAS continuam a não respeitar o direito a uma audiência pública

No entanto, quanto à questão da imparcialidade e independência do ICAS ou do CAS em relação àquele, bem como quanto composição da lista de árbitros, não houve qualquer modificação. Sendo que a, nosso ver, o problema permanece: não estão asseguradas as exigências de imparcialidade e independência que permitam a qualificação dos tribunais arbitrais constituídos sob a égide do TAS como verdadeiros tribunais. Poderia equacionar-se que a violação de uma destas garantias processuais poderia, em última análise, ser tutelada em sede de reconhecimento e execução da sentença arbitral ao abrigo da CNI. Neste contexto, a parte contra a qual se procura obter o reconhecimento da sentença poderia invocar que aquela violaria a ordem pública em virtude de desrespeitar um dos direitos previstos no art. 6 §1 da CEDH[1332].

O auxílio que a CNI pode fornecer quanto à matéria das sentenças arbitrais desportivas é, todavia, reduzido, desde logo porque no âmbito das arbitragens do TAS não é prática comum buscar o reconhecimento e execução de sentenças ao abrigo da CNI. Logo, existe quem afirme na doutrina que o papel da CNI no domínio do desporto transnacional é muito diminuto[1333], desde logo porque as federações e os próprios atletas são, em regra, obrigados pelos próprios estatutos das federações transnacionais a conformarem-se com as decisões do TAS, sob pena de serem sancionados a nível disciplinar[1334].

É neste contexto que as garantias processuais aplicáveis à arbitragem forçada, ao serem mais exigentes que no domínio da arbitragem voluntária, têm de ser compreendidas, mas sempre com consciência de que, ainda assim, poderão não ser suficientes para proteger a parte que se encontra na posição mais débil no seio de uma relação de desigualdade estrutural.

consagrado no art. 6.º da CEDH, desde logo porque, nos termos do referido artigo, apenas há lugar a uma audiência pública nos casos em que o litígio corra termos junto da câmara arbitral de recurso e quando o seu objeto esteja relacionado com uma questão de natureza disciplinar. Esta limitação ao direito a uma audiência pública não resulta da jurisprudência do TEDH, consubstanciando, pelo contrário, uma leitura restritiva daquela. Cfr., sobre o art. R57 do RTAS, A. RIGOZZI E E. HASLER, "Article R57", pp. 1674-1676.

[1332] Cfr. A. G. MAURER, *Public Policy Exception…,* pp. 11 e ss. H. ARFAZADEH, "In the Shadow…", pp. 43 e ss. e N. DARWAZEH E F. YEOH, "Recognition and Enforcement…", pp. 837 e ss., M. PAULSSON, *The 1958 New York…,* pp. 166 e ss., bem como A. SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e…*, pp. 205 e 206

[1333] B. HESS, *The private-public…*, pp. 167 e ss.

[1334] Cfr., a título de exemplo, art. 336, do capítulo 10 do regulamento da FIB. Na doutrina, cfr. M. VAN DER HARST, "The Enforcement of…", pp. 286 e ss..

V – Resta, porém, analisar um último problema: o que sucede se – apesar da jurisprudência do TEDH considerar que à arbitragem desenvolvida junto do TAS, em virtude da sua natureza não voluntária, devem ser aplicadas na sua força máxima as garantias do art. 6 §1 – o TAS continuar a não cumprir as garantias estabelecidas na CEDH. Conforme já tivemos oportunidade de defender, uma possível solução que permitirá assegurar a compatibilidade destes mecanismos arbitrais obrigatórios com o direito a um processo equitativo, tal como o mesmo se encontra previsto no art. 6 §1, passa pela consagração de um recurso pleno[1335] para os tribunais competentes – no caso o TFS – da decisão arbitral[1336].

Nesta hipótese a concordância com as garantias estabelecidas pela CEDH resulta da possibilidade de um tribunal independente e imparcial, no âmbito do qual aquelas são efetivadas, ter a possibilidade de rever a decisão arbitral de uma forma completa, sem estar, portanto, limitado aos fundamentos estalecidos para a ação de anulação[1337].

A introdução de um mecanismo de recurso das sentenças permitiria salvaguardar, por um lado, o interesse na manutenção de centro institucionalizado que congregue a resolução da maior parte da litigiosidade desportiva transnacionais e, por outro lado, o cumprimento e respeito pelas garantias do processo equitativo estabelecidas no art. 6 §1, afastando dúvidas quanto à utilidade do TAS enquanto centro de arbitragem[1338].

[1335] V. M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy…", p. 14.

[1336] A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "The Constitutional Limits...", *no prelo*.

[1337] Pois, como relembra M. BADDELEY, a ação de anulação, enquanto mecanismo de reação contra a sentença arbitral, está configurada, na Suíça e nos restantes países, por referência ao padrão da arbitragem internacional comercial. Ora, a matriz da arbitragem imposta aos agentes desportivos carece do elemento da voluntariedade, o que não permite que aqueles mecanismos – que assentam numa ideia de autonomia – possam ser totalmente adequados a salvaguardar aqui os interesses em causa. Como medidas para ultrapassar este problema, a autora sugere a expansão da "possibilidade de revisão das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais", entre as quais destaca (i) uma interpretação mais abrangente dos fundamentos de anulação previstos no art. 190 § 2 da LDIP ou (ii) a modificação formal destas disposições pelo legislador suíço. Cfr. "The extraordinary autonomy…", p. 14.

[1338] Face à sugestão de introdução de um mecanismo de recurso podemos antever duas críticas que serão dirigidas à mesma: (i) o número de recursos atingirá uma proporção significativa e (ii) a utilização do mecanismo poderá ser feita de modo dilatório, o que contribuiria para o aumento do tempo que medeia entre o surgimento do litígio e a sua conclusão final. Quanto à primeira questão, e fazendo um paralelo com o número de sentenças arbitrais objeto de ação de anulação (Cfr. S. NETZLE, "Appeals against Arbitral...", pp. 19-20, J. LINDHOLM, *The Court of...*, p. 34), o qual se cifra nos 10%, nada aponta no sentido de os números serem muito superiores em matéria de recursos. No que respeita ao segundo argumento, consideramos que, pese embora, a celeridade da arbitragem se encontre entre uma das maiores vantagens atribuídas a este meio de composição de litígios (v. A. RIGOZZI, "Chapter 4...", p. 89), este não é um valor absoluto: o cumprimento das garantias relativas ao processo equitativo, nos termos do art. 6§1 da CEDH deve prevalecer em confronto direto com aquele princípio.

A consagração de um mecanismo de recurso afigura-se, ainda, como a solução mais consentânea com vista a assegurar um dos principais objetivos que tem sido, desde a sua criação, atribuído ao TAS: a manutenção da – tendencial – igualdade de tratamento dos atletas perante a aplicação do Direito[1339]. Com efeito, sendo a *lex arbitri* o Direito suíço, o tribunal competente para analisar os recursos da decisão arbitral seria o mesmo tribunal com competência para conhecer da ação de anulação: o TFS.

Em simultâneo, esta consagração permitiria ultrapassar um outro obstáculo que existe quanto à igualdade dos atletas. Tal como já referimos[1340], nas hipóteses em que as arbitragens do TAS assumam um caráter nacional, às partes assistem dois mecanismos de reação à sentença arbitral: o recurso e a revisão da sentença[1341]. Quando assim suceda, as partes têm uma tutela, ao nível de garantias, distinta daquela que se verifica em sede de arbitragem internacional, estando, desde logo, respeitado o art. 6.º §1 da CEDH.

Logo, a introdução expressa de uma possibilidade de recurso para o TFS permitiria colocar todos os sujeitos submetidos à jurisdição do TAS numa posição de – aproximada – igualdade, pelo menos no plano da reação à sentença. Deste modo, pese embora estejamos perante um fenómeno de arbitragem forçada, as garantias processuais da CEDH estariam, a manter-se o estado atual de coisas, respeitadas, permitindo, que mesmo no seio de uma relação de desigualdade estrutural, se pudesse, de algum modo, ultrapassar a ausência de consentimento das partes[1342], a par da compressão da sua liberdade contratual[1343].

De todo o modo, em virtude da aplicação destas garantias, nunca a decisão final do recurso poderia ser proferida em tempo não útil, desde logo porque o direito ao processo equitativo compreende, precisamente, o direito a uma decisão em tempo razoável.

[1339] Sobre a prossecução da garantia da igualdade dos atletas perante a aplicação das regras, a qual seria – possivelmente – afetada pela existência de diversas jurisdições estaduais paralelas com competência para decidir os litígios, cfr. A. DUVAL, "Time to go...", p. 10, M. MAISONNEUVE, "Oberlandesgericht München, AZ...", p. 369, P. ZEN-RUFFINEN, "La necessaire reforme...", pp. 487, J. A.R. NAFZIGER, "Lex Sportiva", pp. 3 e ss., A. RIGOZZI, "Chapter 4...", p. 88 e ss., entre outros.

[1340] Cfr. capítulo IV, §8, 8.3.1, b) da nossa dissertação.

[1341] Cfr. arts. 390.º e ss. e arts. 396.º e ss. do ZPO suíço.

[1342] G. KAUFMANN-KOHLER E P. HENRY, "Formula 1 racing...", p. 186.

[1343] Existiria, em tese, uma outra possibilidade de proteger a parte mais fraca da relação jurídica: através da consagração de *right to exit* ou de um direito a sair da convenção de arbitragem. Existe no nosso ordenamento jurídico um exemplo bem conseguido: referimo-nos à solução introduzida pela Lei n.º 144/2015, no seu art. 13.º. De acordo com esta norma, quando tenha havido, entre o consumidor e o fornecedor de bens ou prestador de serviços, lugar à celebração de um acordo com vista a recorrer a um meio de resolução de litígios e essa celebração tenha ocorrido previamente ao nascimento do litígio, o acordo celebrado "não pod[e] privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial." Assim, o consumidor pode optar pelo recurso

ao mecanismo arbitral ou pelo tribunal estadual competente. Estamos, portanto, perante a consagração legal de um verdadeiro "*right to exit*" (F. HÖTTE, *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit*, pp. 246 e ss.), que na prática se traduz no seguinte: uma vez verificado o litígio que opõe as partes contratantes na convenção de arbitragem, o consumidor (v. A. KIRRY, "Arbitrability: Current Trends in Europe", p. 388, N. REICH, "Party Autonomy and Consumer Arbitration…", pp. 307 e ss.) – a parte tendencialmente mais débil da relação jurídica – tem a possibilidade de se desvincular do contrato anteriormente celebrado, sem que a sua contraparte possa invocar, junto do tribunal estadual, a verificação de uma exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário.

Contudo, a introdução de tal solução teria por efeito afetar o ideal de tratamento igual dos praticantes desportivos no plano transnacional, pois levaria a que se registasse uma fragmentação na tutela dos litígios: cada um buscaria tutela junto da sua ordem jurídica. Embora a busca de igualdade e unanimidade no plano transnacional não seja sempre possível, parece-nos que as soluções que apresentámos nos pontos anteriores poderão, pelo menos no momento atual, apresentar-se como mais consentâneas com a realidade desportiva transnacional.

CONCLUSÃO

I – O contrato é, enquanto modalidade do negócio jurídico, o veículo privilegiado de atuação no Direito Privado, permitindo aos sujeitos, dentro dos limites imperativos, a autorregulação das suas relações. Esta ideia de uma liberdade contratual – enquanto uma das principais expressões da autonomia privada – vem reproduzindo ecos do ideal clássico de igualdade, o qual tradicionalmente enforma o Direito Privado. Com efeito, a conceção de igualdade das partes é, a par da sua liberdade contratual, um dos principais esteios do Direito Privado[1344].

No entanto, o instituto contratual tem vindo a registar, progressivamente, um abandono da sua génese voluntária, afastando-se dos cânones clássicos que o caracterizavam. As modificações que se têm vindo a registar, sobretudo no domínio transnacional, têm originado uma dissociação entre o contrato e a sua génese consensual, promovendo o surgimento, entre privados, de "relações de poder assimétricas e comparáveis àquelas que se verificam entre o Estado e os cidadãos"[1345], as quais podem assumir diversos graus de intensidade. Entre estas relações de caráter assimétrico encontra-se aquele conjunto de situações que, no âmbito da nossa dissertação, viemos a designar como relações de desigualdade estrutural. Nestas últimas, em decorrência direta do desequilíbrio que existe entre as partes, uma delas consegue – através do exercício do seu poder – operar por via do contrato a produção de uma vinculação heterónima na esfera jurídica da sua contraparte. Consequentemente, o momento contratual surge como afastado do tradicional espaço de autodeterminação garantido na esfera da autonomia privada.

É esta a metamorfose, desenvolvida a ritmos variáveis, do contrato: o afastamento do espaço de liberdade, igualdade e autorregulação dos sujeitos, assumindo-se, pelo contrário, como um mecanismo de normação unilateral das partes mais fortes da relação jurídica sobre os contraentes mais débeis[1346].

[1344] J. J. ABRANTES, "Liberdade contratual e...", p. 129.
[1345] Cfr. G. TEUBNER, "Exogenous self-binding…". Do mesmo autor e no mesmo sentido, "In the Blind Spot…", pp. 52 e ss.
[1346] J. J. ABRANTES, *Contrato de...*, p. 23, nota 50, destaca precisamente o facto de o poder de determinados grupos sociais, o qual se pode apresentar como superior ao do Estado, lhes permitir influenciar – ou, acrescentamos nós, modificar – o campo de autonomia dos destinatários do seu poder.

Este modelo de relação resulta do facto de uma das partes deter, no âmbito da relação jurídica, um poder sobre a outra que origina uma situação de desigualdade tão profunda – um *unequal bargaining power* – que tem por efeito condicionar não só o plano da celebração do contrato, como a sua própria execução. Este desequilíbrio de poder encontra a sua origem num conjunto diverso de fatores, tais como (i) a existência de um monopólio de facto (existindo uma oposição lógica entre a ausência de liberdade e a possibilidade de escolha), (ii) a ausência da possibilidade de determinação da sua atuação (iii) outros fatores, tais como a assimetria económica ou de poder. A ausência de equilíbrio entre as partes contratantes origina um problema estrutural, o qual encontrando-se na origem da mesma, produz efeitos transversais a toda a relação jurídica[1347].

Entre estas relações de desigualdade estrutural encontra-se a relação jurídica que se estabelece entre os praticantes desportivos e as federações desportivas transnacionais (e nacionais). Neste domínio social e jurídico, profundamente imbuído de uma rígida e definida estruturação hierárquica, o poder destes entes privados permite-lhes afetar, em quase toda a esfera, a situação do praticante desportivo, impactando a sua vida profissional – através da introdução de mecanismos para controlar o acesso do mesmo ao desenvolvimento da sua profissão, bem como por via do exercício do poder disciplinar, o qual lhes permite terminar a carreira desportiva daqueles sujeitos[1348] –, mas também a sua vida privada[1349].

A este estado de coisas não é alheia a resolução de conflitos pela via arbitral. A celebração de convenções de arbitragem tem, em termos clássicos, uma origem contratual por excelência. No âmbito de uma relação entre iguais, as partes podem decidir influir sobre os mecanismos de resolução dos seus litígios, optando por recorrer – de forma livre, consciente e esclarecida – à arbitragem e, nessa medida, renunciar, pelo menos num primeiro momento, ao exercício do seu direito de acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva junto dos tribunais estaduais.

[1347] Conforme resulta da análise que desenvolvemos no capítulo IV, § 8, a propósito § 8.º do impacto da natureza não voluntária da arbitragem desportiva no processo arbitral e no acesso à justiça.
[1348] V. A. DUVAL, "Time to go…", pp. 3 e ss.
[1349] Pense-se, a título de exemplo, nas obrigações resultantes dos treinos e cuidados de preparação física que o desenvolvimento da atividade desportiva requer.

Contudo, na atualidade, vêm-se registando diversos casos em que arbitragem se encontra dissociada do consentimento das partes, sendo, pelo contrário, imposta às partes, em virtude de uma sujeição *de facto*[1350].

Exemplo vivo desta desigualdade estrutural pode ser encontrado na realidade desportiva em virtude do monopólio de facto que neste domínio se identifica e que, nessa medida, impede que às partes assista outra alternativa que não seja a celebração daquela convenção de arbitragem. Com efeito, no âmbito das relações jurídico-desportivas, uma das partes – as federações desportivas – pode forçar a sua contraparte – o praticante desportivo – a vincular-se à jurisdição arbitral. As federações desportivas surgem, aqui, perante os restantes agentes desportivos com uma posição de supremacia que acarreta a sujeição daqueles últimos, não sendo possível identificar um verdadeiro exercício da liberdade contratual quanto à *adesão* à jurisdição arbitral. A utilização do termo "adesão" é aqui propositada, na medida em que a questão se coloca precisamente nesses termos: ao praticante desportivo apenas assiste, caso pretenda desenvolver a sua atividade desportiva de forma profissional, aderir à jurisdição arbitral que a federação desportiva respetiva lhe impõe[1351].

A natureza não consensual desta arbitragem tem-se assumido como um dos pontos particularmente problemáticos, desde logo no que concerne à sua compatibilidade com o direito ao processo equitativo estabelecido no art. 6.º §1 da CEDH, bem como em virtude das críticas que têm sido dirigidas à constituição e funcionamento do TAS, designadamente quanto à sua independência estrutural e desrespeito pelo bloco de garantias estabelecido naquela norma.

Nesta medida, e perante uma sociedade marcada pela afirmação do poder de entes federativos privados que se assumem, em determinados domínios, como tão ou mais poderosos que o Estado, este último deixa de assumir a posição de agressor, para, pelo contrário, assumir a função de protetor, garantido a igualdade e os direitos fundamentais dos seus cidadãos. A linha que separa o Estado e a sociedade apresenta, neste contexto, uma diluição, sobretudo em função de entidades privadas que assumem posições de forte

[1350] V. G. KAUFMANN-KOHLER E P. HENRY, "Formula 1 racing…", p.186.
[1351] Cfr. *Mutu e Pechstein vs. Suíça*, § 113, 114 e 115, onde o tribunal afirma, de forma perentória, que, em virtude do contexto, a escolha da atleta apenas se configurava por referência ao seguinte binómio: aceitar a cláusula e praticar a sua atividade de forma profissional ou rejeitar a cláusula e ficar impedida de assegurar o seu sustento através da prática da atividade desportiva.

consolidação económica ou mesmo de monopólio de facto que lhes permite a construção de uma normatividade própria que tem por efeito acentuar as assimetrias que existem entre os sujeitos privados[1352].

Neste contexto, e considerando que o direito de acesso à justiça consubstancia um direito fundamental, a busca pelo equilíbrio entre a autonomia privada das partes contratantes de convenções de arbitragem e a proteção da parte tendencialmente mais débil afigura-se como um objetivo essencial, convocando, quando assim se revele necessário a intervenção do poder público.

Não defendemos, a este respeito, a atribuição de uma permissão genérica de adoção de medidas protecionistas, mas tão-somente a instituição de uma solução que permita ao atleta – enquanto parte mais débil numa relação de desigualdade estrutural –, uma vez verificado o litígio, obter uma tutela consentânea com a exigências do art. 6.º§1 da CEDH. Impera, portanto, o estabelecimento de medidas compensatórias que permitam a salvaguarda da posição contratual dos agentes desportivos, devendo buscar-se uma tutela que seja orientada numa progressão escalonada da sua gravidade.

A liberdade contratual das partes mais débeis deve ser naturalmente protegida, mas daí não deve, em momento algum, resultar a supressão do espaço de autonomia privada dos sujeitos jurídicos, não podendo admitir-se – ou desejar-se – uma intervenção estadual de tal modo intensa que impeça a possibilidade de autoterminação resultante da autonomia privada, transformando-a em heterodeterminação.

Em busca de uma resposta para este fenómeno de arbitragem *forçada* – seguindo a terminologia que adotámos ao longo da nossa dissertação – ensaiámos algumas soluções possíveis, tais como (i) o dever de comunicação e informação da convenção de arbitragem com natureza da cláusula contratual geral e a validade da mesma (ii) a introdução da inarbitralidade como mecanismo de proteção em caso de desigualdade estrutural das partes (iii) a obrigatoriedade de cumprimento integral das garantias exigidas pelo art. 6.º §1 da CEDH, incluindo o estabelecimento de um recurso de mérito das decisões do TAS para o TFS.

Neste contexto, afastámos o estabelecimento da inarbitrabilidade deste tipo de conflitos como sendo uma solução ideal, pois esta medida seria, por um lado, demasiado

[1352] G. TEUBNER, "Exogenous self-binding…", p. 8.

gravosa, de tal modo que se traduzia na amputação real de um espaço de autonomia das partes, e, por outro lado, teria por efeito negar a utilidade que a arbitragem tem no domínio desportivo.

Entendemos, portanto, que da conjugação do ideal de liberdade e igualdade típico do Direito Privado com o dever de proteção da parte mais débil, deriva a necessidade de aplicar a esta arbitragem forçada – em consonância com o decidido na jurisprudência do TEDH – o bloco garantístico estabelecido no art. 6.º§1 da CEDH. O respeito e cumprimento pelas regras do processo equitativo, aliado à introdução de um recurso de mérito da decisão arbitral permitirá, na nossa opinião, uma conciliação entre o espaço de autonomia das federações desportivas – o qual buscam continuamente em relação aos ordenamentos estaduais – e os interesses das partes mais débeis da relação jurídica, permitindo a coexistência entre a autonomia privada e o processo equitativo. O mesmo é afirmar que é este o ponto de equilíbrio que buscávamos quando iniciámos a nossa dissertação: a manutenção da autonomia privada das federações desportivas é compatível com a salvaguarda da posição das partes mais fracas da relação, as quais ao terem acesso a um processo que respeite as garantias do art. 6.º §1 não veem produzir-se na sua esfera uma amputação – por via unilateral – do seu direito de acesso à justiça. A formulação da questão modificou-se: não é o consentimento, mas as garantias processuais que podem permitir a legitimação deste modelo arbitral, pois não tendo uma génese voluntária, deve oferecer às partes as mesmas garantias de *due process* que existem nos tribunais estaduais.

II – Tal como referimos na introdução da nossa tese, a arbitragem desportiva transnacional configura somente um dos domínios – embora inequívoco – marcado pela existência de situações de desigualdade estrutural no âmbito das quais pode haver lugar à celebração de uma convenção de arbitragem. Este novo *modelo* de arbitragem que não contém na sua génese um elemento puramente consensual apresenta-se como uma possibilidade em todos os contextos em que uma das partes contratuais detenha sobre os seus contraentes um poder tão forte que lhe permita configurar as caraterísticas concretas da relação contratual. É o que se verifica, a título ilustrativo, no âmbito das relações laborais ou de consumo e, eventualmente, da contratação pública, entre tantas outras.

Neste sentido, e no seguimento da análise que fizemos sobre o nosso *case study*, entendemos ser possível apresentar algumas considerações gerais sobre o problema da

celebração de convenções de arbitragem em contexto de desigualdade estrutural das partes, avançando algumas propostas para a resposta ao problema que ali se coloca.

Pese embora o nosso estudo tenha sido orientado com vista à discussão do problema que se coloca quanto aos atletas na arbitragem desportiva transnacional, os problemas que derivam da celebração de uma convenção de arbitragem no seio de uma relação de desigualdade estrutural são idênticos aos que já havíamos identificado. Referimo-nos à possibilidade de, em virtude da sua posição *de supremacia* – a qual se estabelece ao arrepio da igualdade contratual –, uma das partes poder (i) impor aos seus contraentes a opção arbitral como a única via para a resolução dos litígios que entre elas se venham a verificar e (ii) configurar este processo como deficitário no que às garantias processuais concerne. É da conjugação destes dois fatores que *pode* – referimo-nos sempre à possibilidade meramente hipotética e que carece de verificação casuística, pese embora seja comum – verificar-se uma imposição abusiva do mecanismo arbitral à parte mais débil da relação. Por seu turno, este processo arbitral comunga, em regra, de tais caraterísticas que tem a suscetibilidade de ameaçar o próprio exercício do direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva. Considere-se, assim e em síntese: (i) custos processuais (diretos e indiretos) substancialmente mais elevados do que os seriam suportados com o processo judicial, podendo mesmo assumir valores "proibitivos" para uma das partes, (ii) a ausência de um recurso de mérito da decisão arbitral, (iii) a escolha de um centro de arbitragem em concreto cujo regulamento processual (entre outros aspetos) se adeque melhor aos interesses de uma das partes (iv) confidencialidade do processo e respetivo afastamento do direito à publicidade do processo.

Ora, face a estes possíveis problemas, que analisámos com detalhe ao longo da nossa dissertação, é possível conceber diversas formas de reação que permitam, em simultâneo, restabelecer o equilíbrio entre os contraentes, afastando uma utilização abusiva do mecanismo arbitral pela parte mais forte, bem como assegurar o respeito pelas garantias processuais.

A articulação entre as possíveis soluções deve, segundo consideramos, pautar-se por um princípio de proporcionalidade. Significa isto que não se deve optar pela adoção de uma medida mais gravosa quando o mesmo resultado possa ser obtido por aplicação de outra menos gravosa ou intensa. Com efeito, não devemos, em momento algum,

ignorar que nos situamos no domínio do Direito Privado. Assim, a autonomia das partes deve ser – enquanto expressão da sua própria capacidade civil – preservada, apenas sendo admissível a sua compressão com vista a assegurar que as restantes partes contratuais mantenham a sua própria autonomia.

Deste modo, podemos equacionar em tese três[1353] possibilidades gerais de compatibilização destes mecanismos de *arbitragem forçada* com o quadro constitucional português.

Em primeiro lugar, considere-se a introdução de um *cooling-off period* ou um período de arrependimento quanto à convenção de arbitragem celebrada, pois não entendemos que a possibilidade de livre resolução se deva estender ao contrato ou relação principal aos quais a convenção surge acoplada.

É certo que esta posição pode suscitar algumas dificuldades, designadamente quanto ao facto de deixar na esfera da parte mais débil a possibilidade de impor à sua contraparte a manutenção do contrato principal, mas sem a opção de resolver os litígios através de arbitragem. Contudo, consideramos que o sacrifício da esfera da liberdade contratual imposto ao seu contraente se apresenta como menor quando comparado com a situação da parte mais débil. Com efeito, para a parte mais forte apenas se altera a forma de obtenção de tutela, pois terá de utilizar os tribunais comuns ao invés dos arbitrais, isto é, é uma mera alteração do meio, não do resultado. Em momento algum vê negado o seu direito de acesso à justiça. Em sentido oposto, se o direito de arrependimento operasse quanto à convenção de arbitragem e ao contrato principal, o problema inicial mantinha-se: a parte mais débil ficava, novamente, colocada perante o binómio de (i) aceitar a cláusula e celebrar o contrato que lhe permite suprir as suas necessidades ou (ii) exercer o direito de arrependimento e, desse modo, não ter acesso à posição jurídica que havia resultado da celebração do contrato. Este resultado seria particularmente gravoso nas hipóteses em que estivéssemos perante uma posição monopolista, pois não existe qualquer alternativa para a parte. Assim, estaríamos perante o mesmo problema a que

[1353] Em bom rigor, poderíamos equacionar cinco mecanismos: aos acima identificados poderíamos adicionar o estabelecimento da inarbitrabilidade do litígio, bem como a existência de um dever de comunicação e informação sobre a convenção de arbitragem quando a mesma configure uma cláusula contratual geral. Todavia, optamos por não repetir neste momento a análise que já fizemos no capítulo IV, §9, remetendo para o que aí se escreveu por ser plenamente transponível para este contexto.

pretendemos dar uma solução. Por conseguinte, esta amputação da esfera de liberdade do contraente mais forte afigura-se não só como proporcional, mas como necessária.

O conceito de direito de arrependimento ou de livre resolução não é algo desconhecido do nosso ordenamento jurídico[1354] e assume aqui uma finalidade idêntica: a consagração de um mecanismo de proteção da parte contratual que foi sujeita a técnicas de pressão e que, nesse sentido, poderá ter tomado a sua decisão de forma impensada ou menos ponderada. Nesta medida, consagra-se a possibilidade de um distanciamento temporal necessário para que a parte que se encontra na posição de debilidade possa formar a sua vontade de forma consciente, ponderada e livre.

Desta feita, poderia introduzir-se no âmbito da celebração de convenções de arbitragem um período de arrependimento de natureza não renunciável. Este mecanismo, permitiria que a parte mais fraca tivesse a possibilidade de, distanciando-se do momento da celebração do contrato, ponderar sobre a vinculação que assumiu e, nesse sentido, tomar uma decisão livre e totalmente voluntária quanto a manter a sua vinculação contratual ou, pelo contrário, optar por, unilateralmente, findar aquele vínculo. O prazo para o exercício deste direito nunca deveria ser inferior ao que já se consagra, por exemplo, no âmbito dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento (art. 10.º do DL n.º 24/2014). Nesse referido diploma estabelece-se um prazo de 14 dias para o exercício do direito, o que nos parece ser de considerar como o patamar mínimo, pois, em alguns casos, pode ser manifestamente insuficiente para que a parte possa tomar uma decisão completamente esclarecida. Estamos, neste contexto, a dispor sobre o exercício de um direito fundamental, pelo que se exige uma ponderação adequada.

A opção por esta via permite salvaguardar a autonomia privada das partes e, em simultâneo, evitar a tomada de uma posição paternalista forte de cunho estadual, sem, no entanto, descurar a proteção da parte tendencialmente mais débil. Todavia, admitimos que tal opção pode não ser suficiente para acautelar a posição da parte mais débil em todas as hipóteses, sobretudo quando o problema central não seja a falta de ponderação, mas sim a falta de liberdade ou escolha na celebração. Com efeito, inexistindo uma qualquer alternativa à celebração do contrato, a consagração do direito de arrependimento não permitirá salvaguardar a posição da parte mais débil.

[1354] Cfr. o art. 10.º do DL n.º 24/2014, no qual se consagra um direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento.

Quando assim suceda, uma segunda possibilidade para permitir compatibilizar esta *arbitragem forçada* com o quadro constitucional português, bem com o estabelecido na CEDH, passa pela existência de um recurso de mérito da decisão arbitral, permitindo um reexame da causa por parte de um tribunal estadual. A introdução da possibilidade de recurso da decisão vem recuperar para a relação jurídica das partes um momento de voluntariedade. Isto significa que embora não tenha tido uma verdadeira escolha quanto à celebração da convenção, assiste à parte mais débil, após o proferimento da sentença, a possibilidade de reagir não só quanto a potenciais erros da mesma, como também buscar uma reapreciação do mérito do caso junto dos tribunais estaduais. Esta questão é, no nosso entender, fundamental.

De facto, não conseguimos conceber que num contexto de imposição da via arbitral e sem haver lugar a uma renúncia – dado que um dos requisitos da mesma é a sua voluntariedade – do direito de ação junto dos tribunais estaduais, não assista às partes contratantes a possibilidade de obter uma reapreciação do mérito da causa junto da jurisdição estadual. Não se trata de um preconceito para com a arbitragem ou sequer de desconfiança para com este meio de resolução de litígios. O cerne da questão passa sempre pela ausência de voluntariedade e pelas consequências que daí advém[1355].

Por outro lado, acrescente-se que a questão se encontra longe de estar resolvida, mesmo em domínios nos quais tem existido uma particular atenção do legislador com vista a restaurar a igualdade real entre as partes, como por exemplo a arbitragem de consumo. De acordo com o art. 39.º, n.º 4 da LAV, apenas existe recurso da decisão arbitral quando as partes tenham decidido de forma expressa a sua existência, designadamente na convenção de arbitragem. A questão surge quando não existe convenção de arbitragem – pense-se nos casos previstos no art. 14.º, n.º 2 da LDC, em que o consumidor pode impor ao profissional a resolução por via arbitral dos seus litígios, dado que existe um regime de arbitragem necessária unilateral – e o próprio regulamento do centro de arbitragem não prevê a possibilidade de recurso. Nesta hipótese, é certo que

[1355] Neste sentido, veio RUI MEDEIROS considerar como "parcialmente inconstitucional" a solução acolhida no art. 476.º, n.º 5 do CCP, onde por imposição unilateral – das entidades adjudicantes e contraentes públicos – a "arbitragem forçada" não é acompanhada da previsão de recurso da decisão arbitral quando o valor do litígio seja inferior € 500 000. Entende o autor que este modelo de arbitragem forçada deve "por imperativo constitucional ser acompanhada da previsão da possibilidade de (...) recorrer[em] da decisão arbitral", cfr. *A Constituição e...*, pp. 127-128.

a nenhuma das partes assiste a possibilidade de aceder a um segundo grau de jurisdição, mas também não devemos ignorar que a posição do profissional se apresenta como particularmente débil. De facto, não só não escolheu o meio de composição de litígios, como vê ser-lhe amputada a possibilidade de reapreciar a sua causa.

É certo que a existência, no domínio do Direito do Consumo, de um mecanismo arbitral com estas características se pode ter como justificada em virtude do interesse público que existe na proteção da parte tendencialmente mais fraca da relação jurídica – o consumidor – que de outra forma não encontraria tutela para os seus direitos[1356]. Contudo, não se pode ignorar que a introdução deste mecanismo coloca o consumidor numa posição de supremacia (tem o direito potestativo de escolher a via de resolução de litígios) e, concomitantemente, o profissional numa posição de sujeição. Ora, admitir, neste contexto, a inexistência da possibilidade de recorrer da decisão origina um novo desequilíbrio – a nosso ver injustificado – na relação processual, desta feita em desfavor do profissional.

Consideramos, portanto, que sempre que exista uma desigualdade estrutural entre as partes que se traduza na imposição a uma delas de *arbitragem forçada*, deve haver, por um lado, lugar ao cumprimento de todo o bloco garantístico que se impõe aos tribunais estaduais e, por outro lado, não pode deixar de existir a possibilidade de recurso da decisão arbitral para os tribunais estaduais por parte do elemento da relação jurídica ao qual foi imposto o mecanismo arbitral[1357]. Esta solução é válida para domínios tão dispares como o Direito do Consumo ou a contratação pública. Sempre que o modelo arbitral seja em tudo materialmente semelhante à arbitragem necessária – porque prescinde da génese voluntária – tem de existir a possibilidade de recurso de mérito da decisão.

Finalmente, o último mecanismo que poderia permitir a compatibilização destes mecanismos de *arbitragem forçada* com o ordenamento português seria a introdução de uma cláusula de liberdade. Referimo-nos aqui à adoção de uma regra similar à que consta no art. 13.º da Lei n.º 144/2015.

[1356] Cfr. A. FLAMÍNIO DA SILVA E D. MIRANTE, "Da constitucionalidade da...", pp. 100 e ss.
[1357] Nada obsta a que se possa consagrar este direito a todas as partes da relação. O essencial é que aquele que foi *forçado* a seguir a via arbitral, possa ter um mecanismo de reação que lhe permita obter uma reapreciação da sentença.

Por conseguinte, em situação de arbitragem forçada, permitir-se-ia à parte mais débil da relação – aquela que foi forçada a aceitar a convenção – que uma vez nascido o litígio, e mesmo que existisse uma convenção de arbitragem válida e eficaz, optar pela via de resolução de conflitos que lhe parece mais adequada ao seu caso: a arbitragem ou o tribunal estadual, ficando a sua contraparte vinculada à escolha operada pelo atleta. Evitava-se, deste modo, a adoção de soluções mais gravosas como a inarbitrabilidade, mas, em contrapartida, afetar-se-ia o princípio do *pacta sunt servanda*, pois atribuir-se-ia a uma das partes o poder de se desvincular da convenção de arbitragem celebrada.

Qualquer uma das soluções acima apresentadas tem a vantagem de equilibrar a autonomia privada e respetiva liberdade contratual com a proteção do direito fundamental de acesso à justiça da parte mais débil da relação jurídica. A adoção de uma das medidas em concreto depende do domínio em que se pretenda dar uma resposta ao problema.

O foco central tem sempre de passar pela salvaguarda da liberdade real de todos os contraentes, não permitindo que a liberdade contratual de um se apresente como mecanismo opressor da autonomia privada do outro.

Estamos, assim, em condições de responder à última questão que nos propusemos a resolver na nossa tese, ou seja, saber se é o consentimento a fonte da legitimidade deste modelo de arbitragem *forçada*. Conforme enunciámos anteriormente, nos casos de uma arbitragem *forçada*, no âmbito da qual se prescinde do consentimento de ambas as partes como elemento fundante da sua legitimidade, a ótica a adotar pelo ordenamento jurídico carece de ser alterada. Significamos com isto que a legitimidade da utilização destes mecanismos arbitrais em concreto já não se deve buscar junto de uma qualquer ideia de consentimento ou fazendo apelo a uma ficção de consenso. Este modelo arbitral prescinde, inequivocamente, do consentimento de uma das partes. Estamos, portanto, perante uma realidade que não se confunde com o modelo clássico de arbitragem voluntária, mas que também não se reconduz à ideia tradicional de arbitragem necessária.

Por conseguinte, e assumindo esta natureza anómala de um mecanismo tradicionalmente consensual, a questão fulcral para poder responder à sua essência passa a ser de garantias processuais. A legitimidade vai encontrar-se na existência de um *due process*, o qual garanta a todos os elementos da relação jurídica a realização da justiça, de tal modo que a debilidade de uma das partes não seja sinónimo de ausência de tutela jurídica. Se a utilização do mecanismo lhes é imposta em virtude da sua posição estrutural

que ocupam na relação jurídica, tentar forçar uma raiz meramente consensual para este modelo arbitral não permitirá dar resposta às especificidades que apresenta.

É, portanto, o momento de admitir que nestas hipóteses estamos perante uma arbitragem sem natureza consensual. Nessa medida, a sua legitimidade ficará na dependência de, no seu âmbito, se respeitarem os imperativos constitucionais que garantem a existência de um processo equitativo, de modo que posição de desigualdade estrutural de uma parte não se reflita no plano processual. Este modelo arbitral é uma realidade inescapável em diversos domínios, pelo que somente o respeito pelas garantias processuais do *due process* permitem que não se afete o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, o qual é incindível do Estado de Direito Democrático.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

– Acórdão n.º 230/86

– Acórdão n.º 289/86

– Acórdão n.º 86/87

– Acórdão n.º 419/87

– Acórdão n.º 33/88

– Acórdão n.º 98/88

– Acórdão n.º 307/90

– Acórdão n.º 52/92

– Acórdão n.º 757/95

– Acórdão n.º 33/96

– Acórdão n.º 259/97

– Acórdão n.º 465/97

– Acórdão n.º 214/2000

– Acórdão n.º 422/2000

– Acórdão n.º 25/2001

– Acórdão n.º 311/2008

– Acórdão n.º 423/2008

– Acórdão n.º 347/2009

– Acórdão n.º 2/2013

– Acórdão n.º 230/2013

– Acórdão n.º 781/2013

– Acórdão n.º 674/2014

– Acórdão n.º 2/2015

– Acórdão n.º 123/2015

– Acórdão n.º 366/2015

– Acórdão n.º 244/2018

– Acórdão n.º 615/2018

– Acórdão n.º 221/2019

– Acórdão n.º 543/2019

– Acórdão n.º 661/2019

– Acórdão n.º 782/2019

– Acórdão n.º 116/2020

2. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– Acórdão de 18/01/2000, processo n.º 99A1015, Relator Aragão Seia

– Acórdão de 01/02/2000, processo n.º 99A877, Relator Ribeiro Coelho

– Acórdão de 05/06/2001, processo n.º 00110641, Relator Lopes Bento

– Acórdão de 03/07/2003, processo n.º 03B1442, Relator Salvador da Costa

– Acórdão de 09/10/2003, processo n.º 03B1604, Relator Pires da Rosa

– Acórdão de 19/01/2006, processo n.º 05B4052, Relator Pereira da Silva

– Acórdão de 24/05/2007, processo n.º 7A1337, Relator Sebastião Póvoas

– Acórdão de 05/07/2007, processo n.º 07A2107, Relator Sebastião Póvoas

– Acórdão de 30/10/2007, processo n.º 07A3048, Relator Fonseca Ramos

– Acórdão de 15/01/2008, processo n.º 07A4318, Relator Azevedo Ramos

– Acórdão de 20/01/2010, processo n.º 2963/07.6TVLSB.L1.S1, Relator Alves Velho

– Acórdão de 08/04/2010, processo n.º 3501/06.3TVLSB.C1.S1, Relator Lopes do Rego

– Acórdão de 20/01/2011, processo n.º 2207/09.6TBSTB.E1.S1, Relator Álvaro Rodrigues

– Acórdão de 24/03/2011, processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1, Relator Granja da Fonseca

– Acórdão de 06/10/2011, processo n.º 454/09.0TVLSB.L1.S1, Relator Álvaro Velho

– Acórdão de 15/12/2011, processo n.º 4867/07.3TBSTS.P1.S1, Relator Lopes do Rego

– Acórdão de 29/05/2012, processo n.º 7615/06.1TBVNG.P1.S1, Relator Garcia Calejo

– Acórdão de 18/12/2012, processo n.º 1947/07.9TBAMT-A.P1.S1, Relator Álvaro Velho

– Acórdão de 02/12/2013, processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor

– Acórdão de 09/09/2014, processo n.º 679/10.5TJLSB.L1.S1, Relator Gabriel Catarino

– Acórdão de 24/09/2015, processo n.º 178/13.3TVPRT.P1.S1, Relator Távora Victor

– Acórdão de 28/05/2015, processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, Relator João Bernardo

– Acórdão de 09/07/2015, processo nº 36/14.4YRLSB.S1, Relator Salazar Casanova

– Acórdão de 22/09/2015, processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7, Relator Roque Nogueira

– Acórdão de 08/10/2015, processo n.º 438/10.6YXLSB.L1.S1, Relatora Fernanda Isabel Pereira

– Acórdão de 05/11/2015, processo n.º 1737/12.7TBVCT-D.G1.S1, Relator Mário Mendes

– Acórdão de 08/03/2016, processo 1786/12.5TVLSB.L1.S1, Relator Hélder Roque

– Acórdão de 21/06/2016, processo n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1, Relator Fernandes do Vale

– Acórdão de 14/07/2016, processo n.º 2100/13.8TJLSB.L1.S1, Relator António da Silva Gonçalves

– Acórdão de 13/09/2016, processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator Alexandre Reis

– Acórdão de 07/12/2016, processo n.º 1776/11.5TVLSB.L1.S1, Relator Salazar Casanova

– Acórdão de 16/03/2017, processo n.º 2042/13.7TVLSB.L1.S1, Relator Nuno Ribeiro

– Acórdão de 28/03/2017, processo n.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1, Relator Roque Nogueira

– Acórdão de 30/03/2017, processo n.º 4267/12.3TBBRG.G1.S1, Relator João Trindade

– Acórdão de 04/05/2017.a), processo n.º 1961/13.5TVLSB.L1.S1, Relator Lopes do Rego

– Acórdão de 04/05/2017.b), processo n.º 1566/15.6T8OAZ.P1.S1, António Piçarra

– Acórdão de 03/10/2017, processo n.º 569/13.0TBCSC.L1.S1, Relator Henrique Araújo

– Acórdão de 30/11/2017, processo n.º 1329/14.6T8LSB.L1.S1, Relatora Rosa Ribeiro Coelho

– Acórdão de 08/02/2018, processo n.º 461/14.0TJLSB.L1.S1, Relator Álvaro Velho

– Acórdão de 07/06/2018, processo n.º 6155/15.2T8GMR.G1.S2, Relator Tomé Gomes

– Acórdão de 23/08/2018, processo n.º 1149/14.8T8LRS.L1.S1, Relator Henrique Araújo

– Acórdão de 18/09/2018, processo n.º 838/15.4T8VRL.G1.S1, Relator Fonseca Ramos

– Acórdão de 19/12/2018, processo n.º 857/08.7TVLSB.L1.S2, Relatora Maria do Rosário Morgado

– Acórdão de 06/06/2019, processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator António Joaquim Piçarra

– Acórdão de 12/11/2019, processo n.º 8927/18.7T8LSB-A.L1.S1, Relator Pedro de Lima Gonçalves

– Acórdão de 10/12/2019, processo n.º 634/13.3TVPRT.P1.S1, Relator Hélder Almeida

– Acórdão de 05/03/2020, processo n.º 415/18.8T8SNT.L1-2, António Moreira

3. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

– Acórdão de 18/10/2011, processo n.º 231/10.5TBNLS.C1, Relatora Regina Rosa

– Acórdão de 19/12/2012 477/11.8TBACN.C1, Relatora Albertina Pedroso

– Acórdão de 05/02/2013, processo 57/12.1TBMGL-A.C1, Maria José Guerra Correia

– Acórdão de 21/04/2015, processo n.º 3486/12.7TBLRA.C1, Relator Henrique Antunes

– Acórdão de 03/05/2016, processo n.º 401/07.3TBSCD-C.C1, Relator Fernando Monteiro

4. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

– Acórdão de 26/04/2012, processo n.º 3560/10.4TBLLE.E1, Relator João Gonçalves Marques

– Acórdão de 08/09/2016, processo n.º 204/14.9T2GDL.E1, Relator Rui Machado e Moura

– Acórdão de 12/07/2018, processo n.º 3022/16.6T8STR.E1, Relator Sílvio Sousa

– Acórdão de 10/10/2019, processo n.º 38/18.1T8VRL-A.E1, Relatora Cristina Dá Mesquita

5. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

– Acórdão de 04/03/2013, processo n.º 306/10.0TCGMR.G1, Relator Filipe Caroço

– Acórdão de 30/01/2014, processo n.º 1257/13.2TBVCT.G1, Relator Filipe Caroço

– Acórdão de 25/09/2014, processo n.º 403/13.0TCGMR.G1, Relator Jorge Teixeira

– Acórdão de 09/07/2015, processo n.º 1100/12.0TVPRT.G1, Relatora Estelita Mendonça

– Acórdão de 18/12/2017, processo n.º 2159/16.6T8VCT-D.G1), Relatora Maria Purificação Carvalho

– Acórdão de 17/05/2018, processo n.º 963/16.4T8BCL.G1, Relatora Maria João Matos

– Acórdão de 27/02/2020, processo n.º 70/19.8T8VRL.G1, Relatora Ana Cristina Duarte

6. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

– Acórdão de 15/05/2007, processo n.º 1473/2007-1, Relator Carlos Moreira

– Acórdão de 05/06/2007, processo n.º 1380/2007-1, Relator Rui Vouga

– Acórdão de 06/10/2011, processo n.º 193098/09.7YIPRT.L1-2, Relator Jorge Leal

– Acórdão de 28/10/2010, processo n.º 357/10.5YRLSB-8, Relator Caetano Duarte

– Acórdão de 15/12/2011, processo n.º316/10.8YXLSB.L1-2, Relatora Teresa Albuquerque

– Acórdão de 22/11/2012, processo n.º processo n.º 1194/10.2TVLSB.L1-6, Relatora Maria Teresa Pardal

– Acórdão de 24/11/2011, processo n.º 1615/10.4TVLSB.L1-8, Relator Luís Correia de Mendonça

– Acórdão de 17/12/2013, processo n.º 659/13.9YRLSB-2, Relatora Ondina Carmo Alves

– Acórdão de 24/03/2015, processo n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, Relatora Isabel Fonseca

– Acórdão de 28/04/2015, processo n.º 928/13.8TJLSB.L1-7, Relator Jorge Leal

– Acórdão de 30/05/2015, processo n.º 1934/12.5 TBCSC-A.L1-1, Relator Pedro Brighton

– Acórdão de 30/06/2015, processo n.º 1934/12.5 TBCSC-A.L1-1, Relator Pedro Brighton

– Acórdão de 22/09/2015, processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7, Relator Roque Nogueira

– Acórdão de 27/09/2016, processo n.º 1961/13.5TVLSB.L1-1, Relator Manuel Rodrigues

– Acórdão de 29/09/2016, processo n.º 1138/13.0TJLSB.L1.-2, Relator Luís Espírito Santo

– Acórdão de 12/10/2016, processo n.º 2130/14.2T8CSC.L1-4, Relatora Filomena Manso

– Acórdão de 07/12/2016, processo n.º 459-13.6TBPCV.L1-6, Relator Eduardo Petersen Silva

– Acórdão de 26/06/2017, processo n.º 5365/15.7T8LSB-D.L1-7, Relatora Cristina Coelho

– Acórdão de 16/11/2017, processo n.º 244-14.8TVLSB.L1-6, Relatora Francisca Mendes

– Acórdão de 14/12/2017, processo n.º 1706-12.7TVLSB.L1-6, Relator Manuel Rodrigues

– Acórdão de 17/05/2018, processo n.º 21912/16.4T8LSB.L1-6, Relator António Santos

– Acórdão de 13/09/2018, processo n.º 2741/16.1T8PTM.L1-2, Relator Jorge Leal

– Acórdão de 05/11/2019, processo n.º 1232/16.5T8AGH.L1-7, Relatora Maria Amélia Ribeiro

– Acórdão de 21/11/2019, processo n.º 2669/19.3YRLSB-6, Relatora Ana de Azeredo Coelho

7. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

– Acórdão de 23/03/2004, processo n.º 0326177, Relator Henrique Araújo

– Acórdão de 17/05/2005, processo n.º 0721539, Relator Emídio Costa

– Acórdão de 17/04/2007, processo n.º 0721539, Relator Mário Cruz

– Acórdão de 13/03/2012 processo n.º 3062/10.9TJVNF.P1, Relatora Márcia Portela

– Acórdão de 17/06/2014, processo n.º 182/13.1TVPRT.P1, Relatora Márcia Portela

– Acórdão de 23/10/2014, processo n.º 178/13.3TVPRT.P1, Relatora Judite Pires

– Acórdão de 10/02/2015 processo n.º 3795/13.8TBMTS.P1, Relatora Maria Amália Santos

– Acórdão de 13/04/2015, processo n.º 471/14.8TVPRT.P1, Relator Carlos Querido

– Acórdão de 08/03/2016, processo n.º 2164/14.7TBSTS.P1, Relator Vieira e Cunha

– Acórdão de 07/07/2016, processo n.º 4573/14.2T8LOU-A.P1, Relator Augusto de Carvalho

– Acórdão de 06/11/2017, processo n.º 472/17.4T8VNG.P1, Relatora Fernanda Soares

– Acórdão de 07/05/2019, processo n.º 1188/16.4T8STS.P1, Relator Anabela Dias da Silva

8. Supremo Tribunal Administrativo

– Acórdão de 07/06/2006, processo nº 0262/06, Relator Adérito Santos

– Acórdão de 29/03/2011, processo n.º 028/10, Relator Políbio Henriques

– Acórdão de 30/10/2013, processo n.º 037/13, Relator Oliveira Mendes

– Acórdão de 27/11/2014, processo n.º 0226/11, Relator Vítor Gomes

9. Tribunal Central Administrativo Sul

– Acórdão de 26/01/2006, processo nº 01270/05, Relator Rogério Martins

– Acórdão de 06/12/2018, processo n.º 79/18.9BCLSB, Relator José Gomes Correia

– Acórdão de 06/12/2017, processo n.º 2141/06.1 BELSB, Relatora Ana Celeste Carvalho

– Acórdão de 09/05/2019, processo n.º 42/19.2BCLSB, Relator José Gomes Correia

– Acórdão de 26/09/2019, processo n.º 74/19.0BCLSB, Relator Paulo Pereira Gouveia

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

ALEMANHA

– Decisão do BVERFGE 7, 198 Lüth

– Decisão do BVERFGE 89, 214 Bürgschaftsverträge

– Decisão do Landgericht München I de 26/02/2014, processo nº 37 O 2833112.

– Decisão do Oberlandesgericht München de 15/01/2015, processo nº U 1110/14 Kart.

– Decisão do BGH de 7/06/2016, processo KZR 6/15 (Pechstein v. International Skating Union)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

– Decisão do Supreme Court of The United States, 531 U.S Green Tree Financial Corp.-Alabama And Green Tree Financial Corporation, Petitioners v. Larketta Randolph (2000)

– Decisão do Supreme Court of The United States, American Express Co. *Et Al*. v. Italian Colors Restaurant *Et Al.*, n.12-133 (2013)

– Decisão do Supreme Court of Montana, Kloss v. Edward D. Jones Co. 310 Mont. 123 Mont. 2002

SUÍÇA

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 15/03/1993, processo n.º 4P.217/1992 (Gundel *v.* FEI e TAS)

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 27/05/2003, processo n.º 4P.267/2002 do TFS (Lazutina e Danilova *vs.* COI e ISU)

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 22/03/2007, processo n.º 4P.172/2006 (Cañas *v. ATP*)

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 10/02/2010, processo n.º 4A_612/2009 (Claudia Pechstein *v.* Fédération International de Ski)

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 27/03/2012, processo n.º 4A_558/2011

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 04/01/2012, processo n.º 4A_238/2011

– Decisão do Tribunal Fédéral Suisse de 25/08/2020, processo n.º 4A_398/2019

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

– *Bramelid vs. Suécia*, de 25/10/1984, processos n.º 8588/79 e 8589/79

– *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, de 8/07/1986, processos n.º 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

– *Deweer vs. Bélgica*, de 27/02/1980, processo n.º 6903/75

– *Osmo Souvaniemi e outros vs. Filândia,* de 23/02/1999, processo n.º 31737/96

– *Transportes Fluviais do Sado, S.A. vs. Portugal*, de 26/09/2002, processo n.º 35943/02.

– *Eiffage S.A and Others vs. Suíça*, de 15/09/2009, processo n. º 1742/05

– *Suda vs. República Checa*, de 28/10/2010, processo n.º 1643/06.

– *Tabbane vs. Suíça*, de 1/03/2016, processo n.º 41069/12

– *Mutu e Pechstein vs. Switzerland*, de 2/10/2018, processos n.º 40575/10 e 67474/10

COURT OF ARBITRATION FOR SPORT /TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO

– CAS 92/A/63, de 10/09/1992

– CAS 2009/A/1912 Claudia Pechstein *v.* International Skating Union e CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft *e.V. v.* International Skating Union*, de* 25/11/2009

– CAS 2012/A/2862, 11/01/2013

BIBLIOGRAFIA

AALL, JORGEN,

– "Waiver of Human Rights: Setting the Scene", *in Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 28, n.º 3-4 (2010), pp. 300-370

– "Waiver of Human Rights: Waiver of Procedural Rights according to Article 6 ECHR", *in Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 29, n.º 2-3 (2011), pp. 206-278

ABRANTES, JOSÉ JOÃO,

– *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990

– "Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, n.º 4 (2001), pp. 23-39

– *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

– "Sobre a Constituição e a crise do *favor laboratoris* em Direito do Trabalho", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, MARCELO REBELO DE SOUSA *et. al.* (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 269-284

– "Direitos fundamentais como limite aos poderes empresariais", *in Estudos de Direito do Trabalho*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 171-181

– "Liberdade contratual e dignidade da pessoa humana", *in* 50 Anos do Código civil de 1966, JOSÉ JOÃO ABRANTES (Coord.), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 129-147

ADOLPHSEN, JENS, *Internationale Dopingstrafen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003

AFONSO, ISABEL, "Cláusulas Contratuais Gerais", *in Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 1 (1999), pp. 465-478

AGUILA-REAL, JESUS ALFARO, *Las Condiciones Generales de la Contratacion – Estudios de las disposiciones generales*, Madrid, Editorial Civitas, 1991

ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, Coimbra, *s.l.*, 1983

ALDERMAN, RICHARD M., "Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform", *in Texas Consumer Law*, Vol. 5 (2002), pp. 58-71

ALEMANY, MACARIO, "El concepto y la justificación del paternalismo", *in DOXA – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n.º 28 (2005), pp. 265-303

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO,
–, *Direitos Fundamentais*, 2.ª Ed., Cascais, Principia, 2011

–, "Direitos, Liberdades e Garantias na Relação Desportiva", *in O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 315-355

ALMEIDA, ANTÓNIO, "Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual", *in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n.º 2 (1998), pp. 283-311

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE,
– *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982

–, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1992

–, *Direito Comparado. Ensino e Método*, Lisboa, Cosmos, 2000

–, *Direito de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005

–, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 81-95

–, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013

–, *Contratos IV– Funções*, *Circunstâncias, Interpretação,* 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018

–, *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2019

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE E JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017

ALMEIDA, DANIELA VICENTE DE, *O Dever de Revelação como Problema de Independência e Imparcialidade dos Árbitros*, Coimbra, Almedina, 2018

ANDRADE, José CARLOS VIEIRA DE, "Os Direitos Fundamentais e o Desporto", *in II Congresso do Direito do Desporto – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 23 e ss.

–, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016

AMADO, JOÃO LEAL,
– Vinculação versus Liberdade – O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

–, *Contrato de Trabalho*, 4.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014

–, *Contrato de Trabalho Desportivo – Lei n.º 54/2017, de 14 de julho – Anotada*, Coimbra, Almedina, 2018

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *História do pensamento político ocidental,* Almedina, Coimbra, 2012

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1992

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Direito Processual Penal*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018

ARAÚJO, FERNANDO, *Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001

ARCHARD, DAVID, "Paternalism Defined", *in Analysis* Vol. 50, n.º 1 (1990), pp. 36-42

ARFAZADEH, HOMAYOON, "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception", *in The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, nºs. 1-4 (2002), pp. 43-64

ARNTZ, THOMAS, "Die missglückte Eskalationsklausel", *in SchiedsVZ – German Arbitration Journal*, Vol. 12, nº 5 (2014), pp. 237-244

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA,
– "Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, Vol. II (2000), pp. 573-595

–, "Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* Vol. 39 (2003), pp. 5-22

–, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II – *Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003

–, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005

ATIYAH, P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1979

AYRES, IAN E ALAN SCHWARTZ, "The No-Reading Problem in Consumer Contract Law", *in Stanford Law Review*, Vol. 66 (2014), pp. 545-610

BADDELEY, MARGARETA,
– *L'association sportive face au droit – les limites de son autonomie*, Basileia, Helbing Lichtenhahn, 1994

–, "La résolution des litiges dans le sport international: Importance et particularités du Droit Suisse", *in Revue Juridique et Économique du Sport*, n.º 3 (1997), pp. 5-29

–, "The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn", *in International Sports Law Journal*, n.º 20 (2019), pp. 3-17

BAKOS, YANNIS, FLORENCIA MAROTTA-WURGLER E DAVID R. TROSSEN, "Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts", *in The Journal of Legal Studies*, Vol. 43, n.º 1 (2014), pp. 1-35

BAIZEAU, DOMITILLE, "Article 192 [Waiver of annulment]", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, MANUEL ARROYO (Ed.), 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn Kluwer Law International, 2018, pp. 376-39

BARNETT, MICHAEL N., "Introduction: International Paternalism: Framing the Debate", *in Paternalism Beyond Boarders*, MICHAEL N. BARNETT (Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 1-43

BARNETT, RANDY E.,
– "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", *in Virginia Law Review*, Vol. 78 (1992), pp. 821-911

–, "Consenting to Form Contracts", *in Fordham Law Review*, Vol. 71 (2002-2003), pp. 627-645

BARNHIZER, DANIEL B., "Inequality of Bargaining Power", *in University of Colorado Law Review*, Vol. 76 (2005), pp. 139-241

BARRETO, IRENEU CABRAL, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016

BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010

BARROS, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010

BASTOS, FILIPE BRITO, "A arbitragem em Direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses", *in Arbitragem e Direito Público*, Lisboa AAFDL, 2015, pp. 75-98

BEALE, HUGH, "Inequality of Bargaining Power", *in Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n.º 1 (1986), pp. 123-136

BECHER, SHMUEL I., "Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to be Met", *in American Business Law Journal*, Vol. 45 (2008), pp. 2-53

BECKER, WOLFGANG, *Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandwesen*, Berlim, Duncker & Humblot, 1985

BEN-SHAHAR, OMRI, "The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law", *in European Review of Contract Law,* n.º 1 (2009) pp. 1-28

BENNETT, STEVEN C.,

–, "Click-wrap Arbitration Clauses", *in International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 14, n.º 3 (2000), pp. 397-409,

–, "Is Binding Arbitration Just a Click Away: The Use of Click-Wrap Arbitration Clauses in E-Commerce", *in Journal of Legal Studies in Business*, Vol. 8 (2001), pp. 121-135

BERG, ALBERT JAN VAN DEN, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Haia, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981

BERG, JESSICA WILEN, "Understanding Waiver", *in Houston Law Review*, Vol. 40, n.º 281 (2003), pp. 281-344

BERGER, KLAUS PETER,
– "Law and practice of escalation clauses", *in Arbitration International,* Vol. 22, nº 1 (2006), pp. 1-18

–, "The Arbitrator Dr. Martin Regli: Pierre Karrer's Alter Ego", *in The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, PATRICIA SHAUGHNESSY E SHERLIN TUNG (Eds.) Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017, pp. 25-38

BERNARD, ALFRED, *L'arbitrage volontaire en Droit Privé*, Bruxelas/ Paris, Bruylant / Libraire Général de Droit, 1937

BERNHARD BERGER E FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª Ed., Berna, Stämpfli Publishing, 2014

BERRY, ROBERT C., WILLIAM B. GOULD IV E PAUL D. STAUDOHAR, *Labour Relations in Professional Sports*, Massachussets / Londres, Auburn House Publishing, 1986

BESSON, SEBASTIEN,
– "Arbitration and Human Rights", *in Asa Bulletin*, Vol. 24, n.º 3 (2006), pp. 395-416

–, "Le recours contre la sentence arbitrale international selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux), *in Asa Bulletin*, Vol. 25, n.º 1 (2007), pp. 2-35

BIERSTEKER, THOMAS J. E RODNEY BRUCE HALL, "Private authority as global governance", *in The Emergence of Private Authority in Global Governance*, RODNEY BRUCE HALL E THOMAS J. BIERSTEKER (Eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 3-22

BILLEMONT, JEAN, *La Liberté Contractuelle à l'Épreuve de l'Arbitrage*, Paris, LGDJ, 2013

BINDER, PETER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019

BLACKABY, NIGEL, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN E MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª Ed., Nova Iorque, Oxford, 2015

BLACKSHAW, IAN,
–, "The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport'", *in The Entertainment and Sports Law Journal,* Vol. 2, n.º 2 (2003), pp. 61-83

–, "Are Athletes Obliged to Accept the Jurisdiction of the Court of Arbitration for Sport Ad Hoc Division for Settling Their Disputes at the Olympic Games?", *in The International Sports Law Journal*, n.ºs 1-2 (2010), pp. 149-151

– *International Sports Law: An Introductory Guide*, Haia, Asser Press / Springer, 2017

BLAIR, ALLEN, "A Matter of Trust: Should No-Reliance Causes Bar Claims for Fraudulent Inducement of Contract?", *in Marquette Law* Review, Vol. 92, n.º 423 (2009), pp. 423-475

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, "Public Policy and Arbitrability", *in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration,* Pieter Sanders (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1987, pp. 177-204

BÓLGAR, VERA, "The Contract of Adhesion a Comparison of Theory and Practice", *in The American Journal of Comparative Law,* Vol. 20, n.º 1 (1972), pp. 53-78

BOOM, WILLEM H. VAN & ANTHONY OGUS, "Introducing, Defining and Balancing Autonomy v. Paternalism", *in Erasmus Law Review*, Vol. 3, n.º 1 (2010), pp. 1-6

BORELLI, SILVIA, "Judicial Debate on the General Theme: 'State Courts and International Arbitration: The Future'", *in* ALBERT JAN VAN DEN BERG (Ed.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, pp. 671-694

BORGES, CARLA GONÇALVES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VII, n.º 13 (2006), pp. 109-153

BORN, GARY B.,

–., *International Commercial Arbitration,* Vol. I, 2.ª Ed., Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2014

–, *International Commercial Arbitration,* Vol. II, 2.ª Ed., Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2014

–, *International Commercial Arbitration,* Vol. III, 2.ª Ed., Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2014

–, *International Arbitration: Cases and Materials*, 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015

–, *International Arbitration: Law and Practice*, 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015

BREKOULAKIS, STRAVOS,
–, "The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room", *in Penn State Law Review*, Vol. 113, n.º 4 (2008-2009), pp. 1165-1188

–, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *in Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, LOUKAS A. MISTELIS E STAVROS BREKOULAKIS (Eds.), Alphem aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 19-46

–, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010

–, "Consent v. Commercial Reality", *The Evolution and Future of International Arbitration*, STAVROS L. BREKOULAKIS E JULIAN D. M. LEW *et al*. (Eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, pp. 119-160

–, "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories", *in Journal of International Dispute Settlement,* Vol. 8, n.º 4 (2017), pp. 610-643

BREKOULAKIS, STAVROS, JOHN RIBEIRO E LAURENCE SHORE, "UNCITRAL Model Law, Chapter II, Option II - Article 7 [Definition of arbitration agreement]", *in* LOUKAS A. MISTELIS (Ed.), *Concise International Arbitration*, 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 853-855

BRIGGS, ASA, "The Welfare State in Historical Perspective", *in European Journal of Sociology*, Vol. 2, n.º 2 (1961), pp. 221-258

BRITO, MARIA HELENA, "Arbitragem Internacional. A propósito da nova Lei de Arbitragem Voluntária", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XII, nºs 22/23 (2012), pp. 103-143

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE,
– "O Novo Regime das Federações Desportivas", *in Desporto & Direito*, Ano VII, n.º 19 (2010), pp. 9-47

–, "Sobre a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado – II", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, MARCELO REBELO DE SOUSA *et. al.* (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 375-402

BROCHES, ARON, "Commentary on the UNCITRAL Model Law (1990)", *in ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, LISE BOSMAN (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019, pp. 1-202

BROWNSWORD, ROGER, *Contract Law – Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, Oxford University Press, 2006

BRUNET, EDWARD, "Questioning the quality of alternative dispute resolution", *in Tulane Law Review*, Vol. 62, n.º 1 (1987), pp. 1-56

BU, RUI, "Emergency Arbitrator Procedure and Open-List Arbitrator Appointment Under the New China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules: Dawn of a New Era?", *in University of Pennsylvania East Asia Law Review*, nº 10 (2014), pp. 66-100

BUCKLEY, F. H. (Ed.), *The Fall and Rise of freedom of contract*, Durham, Duke University Press, 1999

BUDNITZ, MARK E.,

–, "Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to Consumer Protection", *in Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, n.º 267 (1995), pp. 268-342

–, "The High Cost of Mandatory Consumer Arbitration", *in Law & Contemporary Problems*, Vol. 67, n.º 133 (2004), pp. 133-166

BURKE, DEBRA D. E DEVON M. GREEN, "The Cost of Arbitration: A Defense to the Enforceability of Arbitration Agreements?", *in Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Vol. 14, n.º 1 (2011), pp. 71-89

BUSCHE, JAN, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1999

BUSH, ROBERT A. BARUCH, "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments", *in Denver University Law Review*, Vol. 66, n.º 3 335 (1989), pp. 335-380

BUY, FRÉDÉRIC ET AL., *Droit du Sport*, 3ª Ed., Paris, LGDJ, 2012

BYDLINSKI, PETER, *Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis*, Viena, Manz, 2017

CAETANO, MARCELLO,
–, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.ª Ed., 5.ª Reimp., Coimbra, Almedina, 2012

–, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Reimp., Coimbra, Almedina, 2016

CALAMARI, JOHN D., "Duty to Read – A Changing Concept", *in Fordham Law Review*, Vol. 43, n.º 341 (1974), pp. 341-362

CALDAS, FRANCISCO DE CASTRO, *Portugal e a Arbitragem Internacional*, Lisboa, 1935

CALDEIRA, MARCO, "A arbitragem no Código dos Contratos Públicos revisto", *in A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 277-322

CANARIS, CLAUS-WILHELM,
– "A Liberdade e a Justiça Contratual na "Sociedade de Direito Privado"", *in Contratos: Actualidade e Evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991),* Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 49-66.

–, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de INGO WOLFGANG SARLET E PAULO MOTA PINTO (Tradução), Reimp., 2009

CANOTILHO, J. J,
–, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002

–, "Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias", *in Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 85-96

–, "Vinculação e aplicabilidade directa de normas de direitos fundamentais: eficácia externa, matrizes comunicativas e espaço público", *in Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 57, Tomo 1 (2014), pp. 975-1015

CANOTILHO, J. J. GOMES E ALEXANDRA PESSANHA, "Relações jurídicas jusfundamentais no âmbito do desporto profissional", *in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 357-377

CANOTILHO, J. J E VITAL MOREIRA,
–, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

–, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010

CAPELO, MARIA JOSÉ, "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

CAPPELLETTI, MAURO, BRYANT GARTH E NICOLÒ TROCKER, "Access to Justice: Comparative General Report", *in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Ano 40, n.º 3/4 (1976), pp. 669-717

CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO,
–, "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *in Revista Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III (2006), pp. 1-19

–, "A 'autonomia' da cláusula compromissória e da competência da competência do tribunal arbitral", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Vol. 1 (2008), pp. 353-378

–, "A reforma da lei da arbitragem voluntária", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II (2009), pp. 7-56

–, "Arbitragem de litígios societários", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, n.º 4 (2011), p. 7-64

–, "Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema", *in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Coimbra, Almedina 2011, pp. 13-44

–, "Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça", *in Revista de Direito Civil,* Ano I, n.º1 (2016), pp. 65-116

–, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras,* Coimbra, Almedina, 2016

–, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018

CARBONNEAU, THOMAS E., "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *in Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Ano 36 (2003), pp. 1189-1232

CARLOS, ADELINO DA PALMA, "La prócedure arbitral em droit comparé", *in Revue de droit international et de droit comparé,* n.os 3 e 4 (1965), pp. 5-60

CARTER, ROSEMARY, "Justifying Paternalism", *in Canadian Journal of Philosophy,* Vol. 7, n.º 1 (1977), pp. 133-145

CARVALHO, JORGE MORAIS,
–, "A Consagração Legal da Mediação em Portugal", *in Julgar*, n.º 15 (2011), pp. 271-290

–, "O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral", *in O Direito*, Ano 143º, IV (2011), pp. 751 a 791

–, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012

–, "O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Vol. II, Almedina, 2013, pp. 831-860

–, "Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual", *in Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos,* Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 99-119

–, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2016

–, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018

–, "Artigo 282.º", *in Código Civil Anotado*, Vol. I, 2.ª Ed., ANA PRATA (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 346-348

CARVALHO, JOANA CAMPOS E JORGE MORAIS CARVALHO,
–, "Especificidades da Arbitragem e da Mediação de Consumo", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 11 (2016), pp. 73-111

–, "Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo"*, in RED – Revista Electrónica de Direito,* n.º 1 (2016), pp. 3-32

CARVALHO, JORGE MORAIS E MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "Arbitragens complexas: Questões Materiais e Processuais", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4 (2011), pp. 111-161

CARVALHO, JORGE MORAIS, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA E JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo,* Almedina, Coimbra, 2017

CASTRO, FEDERICO DE, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomia de la voluntad", *in Anuario de derecho civil*, Vol. 35, n.º 4 (1982), pp. 987-1086

CATERINA, RAFFAELE, "Paternalismo e antipaternalismo nel Diritto Privato", *in Rivista di Diritto Civile,* Ano 51, n.º 6 (2005), pp. 771-796

CAUPERS, JOÃO, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Lisboa, Almedina, 1985

CHAPMAN, SIMON, "Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 27, n.º 1 (2010), pp. 89-98

CHEREDNYCHENKO, OLHA O.,

–, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Munique, Sellier European Law Publishers, 2007

– "Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or Towards Walking in Circles?", *in Constitutional Values and European Contract Law,* STEFAN GRUNDMANN (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 35-60

CHUMBINHO, JOÃO PAULO DA CUNHA RENDEIRO, *A Constituição e a Independência dos Tribunais,* Lisboa, Quid Iuris, 2009

CLARKE, SIMON, "A definition of paternalism", *in Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Ano 5, n.º 1 (2002), pp. 81-91

CLAY, THOMAS, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001

COCCIA, MASSIMO, "International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport", *in European Sports Law and Policy Bulletin*, n.º 1 (2013), pp. 23-76

COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, *A renúncia abdicativa no Direito Civil – Algumas Notas Tendentes à Definição do seu Regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

CONSTANTINESCO, VLAD, "Brève note sur la utilisation de la méthode comparative em droit europeèn", *in L' Utilisation de la Méthode Comparative en Droit Européen*, FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE (Coord.), Namur, Presses Universitaires de Namur, 2003, pp. 169-183

COOLEY, JOHN W., *The Mediators Handbook – Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, 2.ª Ed., *[s.l.]*, NITA, 2006

CORBETT, WILLIAM L., "Arbitration Employment Law Disputes", *in Montana Law Review*, Vol. 68 (2007), pp. 415-450

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,
–, "Da natureza civil do Direito do Consumo", *in O Direito*, Ano 136º, IV (2004), pp. 605-640

–, *Tratado de Direito Civil* I – Parte Geral, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005

–, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3.ª Reimp., Coimbra, Almedina, 2007

–, *Tratado de Direito Civil*, I – *Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, doutrina geral* –, 4.ª Ed. Coimbra, Almedina, 2012

–, *Tratado de Direito Civil* – II*, Parte Geral*, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2014

–, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015

–, "A Arbitragem de Consumo", *in Estudos De Direito Do Consumidor,* n.º 11 (2016), pp. 67-71

CORNELL, BRADFORD, "The Incentive to Sue: An Option-Pricing Approach", *in The Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º 1 (1990), pp. 173-187

CORREIA, A. FERRER, *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, "A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos", *in Estudos em Memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 229-263

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contrato nos Contratos Administrativos*, Reimp., Coimbra, Almedina, 2003

CORTEZ, FRANCISCO,
–, "A arbitragem voluntária em Portugal: dos 'ricos homens' aos tribunais privados", *in O Direito*, Ano 124º, III (1992), pp. 365-404

–, "A arbitragem voluntária em Portugal: dos 'ricos homens' aos tribunais privados", *in O Direito*, Ano 124º, IV (1992), pp. 541-587

COSENTINO, FABRIZIO, "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell' autonomia dei privati", *in Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato,* n.º1 (1993), pp. 119-139

COSTA, JEAN-PAUL, "La Cour européenne des droits de l'homme et l'arbitrage", *in b-Arbitral / Belgian Review of Arbitration*, Vol. 2019, n.º 2 (2019) pp. 299-308

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA E ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei N.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986

CRISCUOLO, FABRIZIO, *L'autodisciplina*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000

CRORIE, BENEDITA MAC,
–, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005

–, "O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria", *in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I –

Responsabilidade e Cidadania, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, pp. 33-45

–, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2013

–, "Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – Algumas notas", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS *et al.* (Coord.), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 141-150

CSERNE, PÉTER, *Freedom of Contract and Paternalism Prospects and Limits of an Economic Approach*, Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2012

D'ASPREMONT, JEAN, "Non-state actors and the social practice of international law", *in Non-State Actors in International Law*, MATH NOORTMANN, AUGUST REINISCH, CEDRIC RYNGAERT (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 11-32

DAELE, KAREL, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Alpheen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012

DAHL, ROBERT A., "The concept pf power", *in Behavioral Science*, Vol. 2, n.º 3 (1957), pp. 201-215

DARWAZEH, NADIA E FRIVEN YEOH, "Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention", *in Journal of International Arbitration*, nº 6 (2008), pp. 837-856

DASSER, FELIX E PIOTR WÓJTOWICZ, "Challenges of Swiss Arbitral Awards. Updated Statistical Data as of 2017", *in ASA Bulletin*, Vol. 36, n.º 2 (2018), pp. 276-294

DAUER, EDWARD A., "Contracts of Adhesion in Light of The Bargain Hypothesis: An Introduction", *in Akron Law Review*, Vol. 5, n.º 1 (1972), pp. 1-41

DAVID, RENÉ, "Arbitrage et droit comparé", *in Revue internationale de droit comparé*, Vol. 11, n.°1 (1959), pp. 5-18

DEMAINE, LINDA J. E DEBORAH R. HENSLER, "'Volunteering' to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: The Average Consumer Experience", *in Law and Contemporary Problems*, Vol. 67 (2004), pp. 55-74

DEREUX, M. GEORGES, "De la Nature Juridique des 'Contrats d'adhésion»", *in Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1910), pp. 503-540

DEUTSCH, MORTON, "Introduction", *in The Handbook of Conflict Resolution*, MORTON DEUTSCH, COLEMAN, PETER T. E ERIC C. MARCUS (Eds.), 2ª Ed., São Francisco, Jossey-Bass, 2006, pp. 1-21

DIALLO, OUSMANE, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Paris, PUF, 2010

DIAS, MARCO, "O Critério da Boa Fé no D.L. N.º 446/85", *in Estudos de Direito do Consumidor,* Coimbra, Centro de Direito do Consumo, n.º 6, 2004, pp. 437-452

DIAS, RUI PEREIRA,

–, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários", *in II Congresso de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 291-304

–, "Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* Ano X (2017), pp.74-94

DONEFF, ANDREA, "Arbitration Clauses in Contracts of Adhesion Trap "Sophisticated Parties" Too", *in Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2010, n.º 2 (2010), pp. 235-269

DRAHOZAL, CHRISTOPHER R.,

–, "Arbitration Costs and Contingent Fee Contracts", *in Vanderbilt Law* Review, Vol. 59, n.º 3 (2006), pp. 729-791

–, "Arbitration Costs and Forum Accessibility: Empirical Evidence", *in University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 41 (2008), pp. 813-841

–, "Why Arbitrate? Substantive Versus Procedural Theories of Private Judging", *in American Review of International* Arbitration, Vol. 22, n.º 2 (2011), pp. 163-189

DRAY, GUILHERME MACHADO,
–, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999

–, "Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho", *in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 21-105

–, "Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente Mais Débil", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO E JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Org.), Coimbra, Almedina, 2002, pp. 75-105

–, *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia,* Almedina, Coimbra, 2016

DUARTE, RONNIE PREUSS, *Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, RUI PINTO, "Uma introdução ao direito comparado", *in O Direito,* Ano 138, n.º IV (200), pp. 769-792

DUNCAN, NORA K., "Adhesion Contracts: A Twentieth Century Problem for a Nineteenth Century Code", *in Lousiana Law Review,* Vol. 34, n.º 5 (1974), pp. 1081-1100

DUVAL, ANTOINE,

–, "The Court of Arbitration for Sport and the EU LAW: Chronicle of an Encounter", *in MJ*, Vol. 22, n.º 2 (2015), pp. 224-255

–, "Time to Go Public? The Need for Transparency at the Court of Arbitration for Sport", *in Yearbook of International Sports Arbitration*, ANTOINE DUVAL E ANTONIO RIGOZZI (EDS.) HAIA, Asser Press / Springer, 2019, pp. 1-25

– "Not in My Name! Claudia Pechstein and the Post-Consensual Foundations of the Court of Arbitration for Sport", *in International Judicial Legitimacy*, HÉLÈNE RUIZ FABRI *et. al.* (Eds.), Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 169-202

DUVAL, ANTOINE E ROMPUY, BEN VAN, "Protecting Athletes' Right to a Fair Trial Through EU Competition Law: The Pechstein Case", *in Fundamental Rights in International and European Law Public and Private Law Perspectives*, CHRISTOPHE PAULUSSEN *ET AL.* (Eds.), Berlim, Springer, 2016, pp. 245-278

DWORKIN, GERALD,

–, "Paternalism", *in The Monist,* Vol. 56, n.º 1 (1972), pp. 64-84

–, "Paternalism: some second thoughts", *in The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 121-129

EDWARDS, HARRY T., "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema", *in Harvard Law Review*, Vol. 99, n.º 3 (1986), pp. 668-684

EHLE, BERND E IGNACIO GUAIA, "Bundesgerichtshof, Az. KZR 6/15, Pechstein v. International Skating Union (ISU), 7 June 2016", *in Yearbook of International Sports Arbitration 2016*, ANTOINE DUVAL E ANTONIO RIGOZZI (Eds.) Haia, Asser Press / Springer, 2018, pp. 415-427

EISENBERG, THEODORE, GEOFFREY P. MILLER E EMILY SHERWIN, "Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Non consumer Contracts", *in Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 41, n.º 4 (2008), pp. 871-896

ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS, *Os contratos administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A Fuga para o Direito Privado*, 2.ª Reimp., Coimbra, Almedina, 2009

FABAS-SERLOOTEN, ANNE-LAURA, *L'obrigation de soins em droit prive*, Paris, L.G.D.J., 2018

FARIA, PAULO RAMOS DE E ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2014

FARINHO, DOMINGOS SOARES, "As políticas públicas de resolução alternativa de litígios: da alternatividade rumo à seleção apropriada", *in 40 Anos de políticas de justiça em* Portugal, MARIA DE LURDES RODRIGUES *et al*. (Coord.), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 331-368

FEINBERG, JOEL,
–, "Legal Paternalism", *in Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 1, n.º 1 (1971), pp. 105-124

–, *Harm to self. The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1986

–, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits*, Vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 1990

FERNANDES, LUÍS DE CARVALHO,

– *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral*, Lisboa, *Policopiado*, 1961.

–, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, Quid Juris, 2008

–, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 5.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010

–, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 6.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012

FISCHER-LESCANO, ANDREAS E GUNTHER TEUBNER, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *in Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), pp. 999-1046

FLÉCHEUX, GEORGES, "L'arbitrage du bâtonnier - Un exemple d'arbitrage forcé", *in Revue de l'Arbitrage*, Volume 1990, n.º 1 (1990), pp. 101-114

FLUME, WERNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4.ª Ed., Tomo II, Berlim / Nova Iorque, Springer, 1992

FONSECA, ISABEL CELESTE M., "A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, LUÍS COUTO GONÇALVES *et al.* (Eds.), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1171-1182

FONSECA, TIAGO SOARES DA, *A transação civil na litigância extrajudicial e judicial*, Coimbra, Gestlegal, 2018

FONTMICHEL, MAXIMIN DE, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013

FOSTER, KEVIN, "Is There a Global Sports Law", *in The Entertainment and Sports Law Journal,* Vol. 2, n.º 1 (2003), pp. 1-18

FOTION, N., "Paternalism", *in Ethics*, Vol. 89, n.º 2 (1979), pp. 191-198

FOUCHARD, PHILIPPE, "Bibliographie - La notion d'arbitrage", *in Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1988, n.º 2 (1988), pp. 415-417

FOUCHARD, PHILIPPE, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Haia, Kluwer Law International, 1999

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, "Autonomia Privada e Justiça Contratual. Duas questões, nos 50 anos do Código Civil", *in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, ELSA SEQUEIRA VAZ (Coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 239-250

FREDMAN, SARA, "Substantive equality revisited", *in International Journal of Constitutional Law,* Vol. 14, n.º 3 (2016), pp 712-738

FREEBURN, LLOYD, *Regulating International Sport. Power, Authority and Legitimacy*, Leiden / Boston, Brill/Nijhoff, 2018

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE,

–, "Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem", *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço,* Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 549-566

–, "Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objecto do litígio a submeter a arbitragem", *in Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 567-587

–, "Intervenção de terceiros em processo arbitral", *in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 183-198

–, "O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano X, n.º 18 (2010), pp. 33-45

–, "Da renúncia ao direito de recorrer da decisão arbitral", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano X, n.º 16 (2010), pp. 327-344

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE E ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I – *Artigos 1.º a 361.º*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014

GAILLARD, EMMANUEL, *Le pouvoir em droit privé*, Paris, Economica, 1985

GALANTER, MARC, "Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *in Law and Society Review*, Vol. 9, n.º 1 (1974), pp. 95-160

GALBRAITH, JOHN KENNETH, *American Capitalism – The concept of countervailing power*, Nova Jersey, Transaction Publishers, 1993

GARLAND, DAVID, *The Welfare State – A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2016

GARREN, DAVID J., "Paternalism, Part I", *in Philosophical Books*, Vol. 47, n.º 4 (2006) pp. 334-341

GARVIN, LARRY T., "Small Business and the False Dichotomies of Contract Law", *in Wake Forest L. Rev.*, Vol. 40 (2005), pp. 295-388

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES, "Tribunais estaduais e tribunais arbitrais", *in VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 115-119

GATSI, JEAN, *Le droit du sport*, Paris, PUF, 2007

GEEST, GERRIT DE, "The Signing-Without-Reading Problem: An Analysis of the European Directive on Unfair Contract Terms", *in Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen*, H.-B. SCHÄFER *et al*. (Eds.), Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, 2002, pp. 213-235

GEISTLINGER, MICHAEL E STEPHAN GAPPMAIER, "Some Thoughts on the Role of the European Convention on Human Rights in the Jurisprudence of the Court of Arbitration for Sport", *in Yearbook on International Arbitration,* Vol. 3, 2013, p. 307-314

GÉLINAS, PAUL A., "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness", *in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1999, pp. 47-66

GERBAY, RÉMY, *The Functions of Arbitral Institutions*, Alpheen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016

GERGEN, MARK P., "A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts", *in Indiana Law Journal*, Vol. 71, n.º 1 (1995), pp. 45-99

GERT, BERNARD e CHARLES M. CULVER, "Paternalistic Behavior*", in Philosophy & Public Affairs*, Vol. 6, n.º 1 (1976), pp. 45-57

GIANNINI, MASSIMO SEVERO, "Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)", *in Scritti 1949-1954*, Vol. III, Milão, Giuffrè, 2003

GILLIAUX, PASCAL, *Droit(s) européen(s) à une procès équitable*, Bruxelas, Bruylant, 2012

GILLIES, LORNA E., "Recent developments in the approximation of EU private international laws: towards mutual trust, mutual recognition and enhancing social justice

in civil and commercial matters", *in Research Handbooks in European Law*, CHRISTIAN TWIGG-FLESNER (Ed.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 159-181

GILMORE, GRANT, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1992

GINO GORLA, "Il dogma del "consenso", o "acordo" e la formazione del contrato di mandato gratuito nel diritto continentale", *in Studi Giuridica in Memoria di Filippo Vassali*, Vol. II, Turim, UTET, 1961, pp. 921-940

GIRSBERGER, DANIEL E NATHALIE VOSER, *Comparative and Swiss Perspectives*, 3.ª Ed., Basel, Schulthess, 2016, pp. 486-522

GÖKSU, TARKAN, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurique, Dike, 2014

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

GOMEZ-ACEBO, ALFONSO, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016

GONÇALVES, PEDRO *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005

GOODMAN, BATY, "Honey, I Shrink-Wrapped the Consumer: The Shrink-Wrap Agreement as an Adhesion Contract", *in Cardozo Law Review*, Vol. 21, n.º 1 (1999), pp. 319-360

GORDLEY, JAMES, "Morality and Contract: The Question of Paternalism", *in William and Mary Law Review*, Vol. 48, n.º 5 (2006-2007), pp. 1733-1772

GORLA, GINO, "Il dogma del "consenso" o "acordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", *in Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Turim, UTET, 1960, pp. 921-940

GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II – *Direito Constitucional Português*, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA,
– "A novíssima acção executiva - Análise das mais importantes alterações", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, Vol. III/IV (2009), pp. 567-601

–, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2014

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA E ANA COIMBRA TRIGO, "L'affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* n.º 11 (2018), pp. 65-106

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA E JORGE MORAIS CARVALHO,
–, "Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.3.2011, Proc. 5961/09", *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 36 (2011), pp. 36-49

– "Arbitragens complexas – Questões materiais e processuais", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* n.º 4 (2011), pp. 111-161

GOUVEIA, PAULO PEREIRA, "Arbitragem administrativa e CCP: dissidentes da boa administração do interesse público", *in Revista de Direito Administrativo*, nº 1 (2018), pp. 66-81

GRABENWARTER, CHRISTOPH, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Munique, C.H. Beck, 2014

GRAND, JULIAN LE E BILL NEW, *Government Paternalism – Nanny State or Helpful Friend?*, Princeton, Princeton University Press, 2015

GREGER, REINHARD, HANNES UNBERATH E FELIX STEFFEK, *Recht der alternativen Konfliktlösung – Mediationsgesetz Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*, Munique, C. H. Beck, 2016

GRODDE, MEINHARD, *Der Einfluss des Europarechts auf die Vertragsfreiheit autonomer Sportverbände in Deutschland*, Munique, LIT Verlag, 2007

GRUNDFEST, JOSEPH A. E PETER H. HUANG, "The Unexpected Value of Litigation: A Real Options Perspective", *in Stanford Law Review*, Vol. 58 (2006), pp. 1267-1336

GRUNDMANN, STEFAN,
–, "European Contract Law(s) of What Colour?", *in European Review of Contract Law*, Vol.1, n.º 2 (2005), pp. 184-210

–, "On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law", *in European Review of Private Law*, Vol. 18, n.º 6 (2010) pp. 1055-1078

–, "The Future of Contract Law", *in European Review of Contract Law*, Vol. 7, n.º 4 (2011), pp. 490-527

GUBI, JASON, "The Olympic Binding Arbitration Clause and the Court of Arbitration for Sport: An Analysis of Due Process Concerns", *in Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 18, n.º 4 (2008), pp. 997-1024

GUILLEMIN, JEAN-FRANÇOIS, "Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution", *in ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, ARNOLD INGEN-HOUSZ (Ed.), Alphen aan deen Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 13-47

GUZZINI, STEFANO, "The Concept of Power: a Constructivist Analysis", *in Millennium: Journal of International Studies,* Vol. 33, n.º 3 (2005), pp. 495-521

HAAS, ULRICH,
–, "International sports arbitration and the European Convention on Human Rights", *in RePro*, Vol 34, n.º 173 (2009), pp. 128-157

–, "Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK', *in SchiedsVZ / German Arbitration Journal*, Vol. 7, n.º 2 (2009), pp. 73-84

–, "Role and Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS Procedures", *in International Sports Law Revue*, Vol. 3, (2012), pp. 43-60

–, "The Court of Arbitration for Sport in the Case Law of the German Courts", *in International Sports Law Journal,* Vol. 15, n.º 4 (2015), pp. 71-83

HABERMAS, JÜRGEN E THOMAS MCCARTHY, "Hannah Arendt's Communications Concept of Power", *in Social Research*, Vol. 44, n.º 1 (1977), pp. 3-24

HABSCHEID, WALTER, "Zur Kompetenz-Kompetenz nach dem neuen Schiedsrecht", *in Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 247-256

HAGER, JOHANNES, "Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law", *in Constitutional Values and European Contract Law*, STEFAN GRUNDMANN (Ed.), Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 21-34

HALL, RODNEY BRUCE E THOMAS J. BIERSTEKER, "The emergence of private authority in global governance", *in The Emergence of Private Authority in Global Governance*, RODNEY BRUCE HALL E THOMAS J. BIERSTEKER (Eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-22

HAMZEHZADEH, BAHAAR, "Repeat Player vs. One-Shotter: Is Victory all that Obvious", *in Hastings Business Law Journal*, Vol. 6, n.º 1 (2010), pp. 239-259

HANEFELD, INKA E JÖRN HOMBECK, "International arbitration between standardization and flexibility – Predictability and flexibility seen from a client's perspective", *in SchiedsVZ / German Arbitration Journal,* Vol. 13, n.º 1 (2015) pp. 20-25

HANNA, JASON,
–, "Hard and soft paternalism", *in The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, KALLE GRILL E JASON HANNA (Coord.), Londres / Nova Iorque, Routledge, 2018, pp. 24-34

–, *In our best interest: A defense of paternalism,* Oxford, Oxford University Press, 2018

HANNA, JASON E KALLE GRILL, "Introduction", *in The Routledge Handbook of The Philosophy of Paternalism*, KALLE GRILL E JASON HANNA (Coord.), Londres / Nova Iorque, Routledge, 2018, pp. 1-8

HANOTIAU, BERNARD,
–, "L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen", *in Journal du Droit International*, Ano 121, n.º 4 (1994), pp. 899-966

–, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions,* Haia, Kluwer Law International, 2005

HARRISON, ZACHARY M., "Just Click Here: Article 2B' Failure to Guarantee Adequate Manifestation of Assent in Click-Wrap Contracts", *in Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 8, n.º 3 (1998), pp. 907-944

HARSANYI, JOHN C., *Essays on Ethics, Social Behavior, and Scientific Explanation*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 1980

HARST, MARCO VAN DER, "The Enforcement of CAS Arbitral Awards by National Courts and the Effective Protection of EU Law", *in Fundamental Rights in International and European Law Public and Private Law Perspectives*, CHRISTOPHE PAULUSSEN *et al.* (Eds.), Berlim, Springer, pp. 279-307

HASLER, ERIKA, "The Basketball Arbitral Tribunal – an Overview of Its Process and Decisions", *in Yearbook of International Sports Arbitration 2015,* ANTOINE DUVAL E ANTONIO RIGOZZI (Eds.) HAIA, Asser Press / Springer, 2016, pp. 111-152

HAUPT, STEFAN, "An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law", *in German Law Journal*, Vol. 4, n.º 11 (2003) , pp. 1137-1164

HAY, EMILY, "Winds of Change? Confidentiality and in International Commercial Arbitration", *in 40 under 40 International Arbitration*, CARLOS GONZÁLEZ-BUENO (Ed.), Dykinson, *s.l.*, 2018, pp. 211-230

HELVESTON, MAX E MICHAEL JACOBS, "The Incoherent Role of Bargaining Power in Contract Law", *in Wake Forest Law Review*, Vol. 49 (2014), pp. 1017-1058

HERMALIN, BENJAMIN E. E MICHAEL L. KATZ, "Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach", *in Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 9*,* n.º 2 (1993), pp. 230-255

HERRMANN, GEROLD, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts", *in International Arbitration in a Changing World*, ALBERT JAN VAN DEN BERG (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1994, pp. 41-50

HESS, BURKHARD, *The private-public divide in international dispute-resolution*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018

HILLMAN, ROBERT A., "The Crisis in Modern Contract Theory", *in Texas Law Review,* Vol. 67, n.º 1 (1988), pp. 103-136

HILLMAN, ROBERT A. E JEFFREY J. RACHLINSKI, "Standard-Form Contracting in the Electronic Age", *in Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 77, n.º 2 (2002), pp. 429-495

HILPERT, HORST, *Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland*, Berlim, De Gruyter, 2007

HYLTON, KEITH N. E CHRISTOPHER R. DRAHOZAL, "The Economics of Litigation and Arbitration: An Application to Franchise Contracts", *in The Journal of Legal Studies*, Vol. 32, n.º 2 (2003), pp. 549-584

HOFFMAN, DAVID A., "Relational Contracts of Adhesion", *in The University of Chicago Law Review* Vol. 85 (2018), pp. 1395-1461

HOLTZMANN, HOWARD M. E JOSEPH NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1989

HONDIUS, EWOUD, "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", *in Journal of Consumer Policy*, Vol. 27 (2004), pp. 245-251

HÖRSTER, HEINRICH EWALD E EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil,* 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2019

HORVATH, GÜNTHER J., STEPHAN WILSKE, *et al*., *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013

HOSPERS, JOHN, "Libertarianism and Legal Paternalism", *in Journal of Libertarian Studies*, Vol. 4, n.º 3 (1980), pp. 255-265

HÖTTE, FRANZISKA, *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013

HOUTTE, VERA VAN, "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", *in Arbitration International,* Vol. 16, n.º 1 (2000), pp. 1-18

HUSAK, DOUGLAS N., "Paternalism and Autonomy", *in Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, n.º 1 (1981), pp. 27-46

HUTCHENS, MELISSA BRIGGS, "At What Costs?: When Consumers Cannot Afford the Costs of Arbitration in Alabama", *in Alabama Law Review*, Vol. 53, n.º 2 (2002), pp. 599-619

ICHINO, PIETRO, *Il Contratto di Lavoro*, Vol. I, Milão, Giufrrè Editore, 2000

JACQUET, JEAN-MICHEL, "Droit International Privé et Arbitrage Commercial International", *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* Leiden, Brill Nijhoff, 2019, pp. 13-36

JAKSIC, ALEKSANDAR, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 24, n.º 2 (2007), pp. 159-172

JANDA, KENNETH J., "Towards the Explication of the Concept of Leadership in Terms of the Concept of Power", *in Human Relations*, Vol. 13, n.º 4 (1960), pp. 345-363

JANSEN, NILS E RALF MICHAELS, "Private Law and the State – Comparative Perceptions and Historical Observations", *in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Ano 71, n.º 2 (2007), pp. 345-397

JARROSSON, CHARLES,
–, *La Notion D'Arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987

–, "Arbitrage et jurisdiction", *in Droits*, n.º 9 (1989), pp. 107-117

–, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l' Homme", *in Revue de l'Arbitrage*, n.º 4 (1989), pp. 573-607

–, "Les fronteires de l'arbitrage", *in Revue de l'arbitrage*, n.º 1 (2001), pp. 5-41

JERMINI, CESARE E NICOLA BERNARDONI, "Part II: Domestic Arbitration under the Swiss Code of Civil Procedure", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, MANUEL ARROYO (Ed.), 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn Kluwer Law International 2018, pp. 21-29

JOERGES, CHRISTIAN, INGER-JOHANNE SAND E GUNTHER TEUBNER, *Transnational Governance and Constitutionalism,* CHRISTIAN JOERGES, INGER-JOHANNE SAND E GUNTHER TEUBNER (Eds.), Oxford, Hart, 2004

JORGE, FERNANDO PESSOA, "Forma da cláusula compromissória incumprimento do contrato-promessa: jurisprudência comentada", *in O Direito*, Ano 1957, pp. 213-221

JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, "Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 2 (2009), pp. 161-190

JÚNIOR, E. SANTOS, *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*. *Estudo de Direito Privado*, Lisboa, AAFDL, 1988

KAHLERT, HEINER, *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren. Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen,* Tubinga, Mohr Siebeck, 2015

KANT, IMMANUEL, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, *tradução portuguesa,* Lisboa, Edições 70, 1995

KARAQUILLO, JEAN-PIERRE, *Le droit du sport*, 3ª Ed., Paris, Dalloz, 2011

KARRER, PIERRE A., "Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis and Therapy", *in The International Practice of Law – Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer*, Patricia Shaughnessy e Sherlin Tun (Eds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1997, pp. 109-128

KASSIS, ANTOINE, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international: Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2005

KATZ, AVERY, "Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts", *in The RAND Journal of Economics*, Vol. 21, n.º 4 (1990), pp. 518-53

KAUFMAN-KOHLER, GABRIELLE E ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford, Oxford University Press, 2015

KAUFMAN-KOHLER, GABRIELLE E PETER HENRY, "Formula 1 racing and arbitration: the FIA tailor-made system for fast-track dispute resolution", *in Arbitration International*, Vol. 17, n.º 2 (2001), pp. 173-210

KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofia do Direito*, *tradução portuguesa,* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

KELSEN, HANS,
–, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949

–, *Teoria Pura do Direito*, 7ª Ed. da tradução portuguesa da 2ª Edição (1960), Coimbra, Almedina, 2008

KENNY, MEL, JAMES DEVENNEY E LORNA FOX O'MAHONY, "Conceptualising unconscionability in Europe: in the kaleidoscope of private and public law", *in Unconscionability in European Financial Transactions. Protecting the Vulnerable*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 377-399

KERR, MICHAEL, "Concord and Conflict in International Arbitration", *in Arbitration International,* Vol. 13, n.º (1997), pp. 121-144

KESSLER, FRIEDRICH, "Contracts of Adhesion – Some thoughts about freedom of contract role of compulsion in economic transactions", *in Columbia Law Review*, Vol. 43 (1943), pp. 629-642

KEUTGEN, GUY E GEORGES-ALBERT DAL, *L'arbitrage em droit belge et international,* Tomo I – *Le droit belge*, 3.ª Ed., Bruxelas, Bruylant, 2015

KIRCHHOF, PAUL, "Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit", *in Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, MATHIAS HABERSACK *et. al.*, (Eds.), Berlim, De Gruyter, 2003, pp. 1211-1230

KIRRY, ANTOINE, "Arbitrability: Current Trends in Europe", *in Arbitration International*, Vol. 12, n.º 4 (1996), pp. 373-390

KNAPP, CHARLES L., "Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law", *in Fordham Law Review*, Vol. 71 (2002), pp. 761-798

KNOEPFLER, FRANÇOIS e PHILIPPE SCHWEIZER, *Arbitrage Internacional*, Zurique, Schultess, 2003

KOVACH, KIMBERLEE K., "Mediation", *in The Handbook of Dispute Resolution*, MICHAEL L. MOFFITT E ROBERT C. BORDONE (Eds.), São Francisco, Jossey-Bass, 2005, pp. 304-317

KRAUSZ, NORA, "Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 28, n.º 2 (2011) pp. 137-162

KRONMAN, ANTHONY T., "Paternalism and the Law of Contracts", *in The Yale Law Journal*, Vol. 92, n.º 5 (1983), pp. 763-798

KRŪMIŅŠ, TOMS, *Arbitration and Human Rights Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, Cham, Springer, 2020

KURKELA, MATTI S. E SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., Oxford, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010

LALIVE, PIERRE,

–, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, *in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, PIETER SANDERS (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 1987, pp. 258-318

–, "Le choix de l'arbitre*", in Mélanges Jacques Robert, "Libertés", Montchrestien*, Paris 1998, pp. 353-363

–, "Dérives arbitrales (I)", *in ASA Bulletin*, Vol. 23, n.º 4 (2005), pp. 587-592

LANDROVE, JUAN CARLOS, "European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration", *in Human Rights at the Center*, BESSON, HOTTELIER E WERRO (Eds.), Basel, Schultess, 2006, pp. 73-101

LAPOUBLE, J.-C., *Droit du Sport*, Paris, Elipses, 2006

LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014

LASKI, HAROLD J., *A Grammar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1925

LATTY, FRANCK,

–, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

–, "Le TAS marque des points devant la CEDH", *in Jurisport*, n.° 192 (2018), pp. 31-36

LEFEBVRE, BRIGITTE, "La justice contractuelle: mythe ou réalité", *in Les Cahiers de Droit*, Vol. 37, n.º 1 (1996), pp. 17–30

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito do Trabalho*, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2019

LEW, JULIAN D. M., LOUKAS A. MISTELIS E STEFAN MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003

LIM, CHARLES, "The Developmental Life Cycle of International Arbitration Legislation — Singapore IAA Case Study", *in Asian International Arbitration Journal,* Vol. 7, n.º 1 (2011) pp. 1-28

LIMA, PIRES DE E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º), 4.ªEd. Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987

LINDHOLM, JOHAN, *The Court of Arbitration for Sport and its Jurisprudence an Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, Haia, Asser Press / Springer, 2019

LLEWELLYN, KARL N., "What price contract? – An essay in perspective", *in Yale Law Journal*, Vol. 40 (1931), pp. 704-751

LOONEY, J.W. E ANITA K. POOLE, "Adhesion Contracts, Bad Faith and Economically Faulty Contracts", *in Drake Journal of Agricultural Law,* Vol. 4 (1999), pp. 177-194.

LOPES, DULCE E AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016

LOQUIN, ERIC, "Arbitrabilité et protection des parties faibles", *in Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé,* (2004-2006), Pédone, 2008, pp. 135-164;

LOVE, LELA P. E KIMBERLEE K. KOVACH, "ADR: An Eclectic Array of Processes, Rather than One Eclectic Process", *in Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2000, n.º 2 (2000), pp. 295-307

LUKOMSKI, JAN, "Arbitration clauses in Sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective Article 6(1) of the European Convention on Human Rights", *in International Sports Law Journal*, Vol. 13, n.º 1-2 (2013), pp. 60-70

LUTTRELL, SAM, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 63-127

LÜTTRINGHAUS, JAN D., *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018

LYONS, DANIEL, "The weakness of formal equality", *in The University of Chicago Press*, Vol. 76, n.º 2 (1966), pp. 146-148

MACEDO, JOAQUIM SHERMAN DE, "Sobre a qualificação civil da incapacidade suportar os custos do processo arbitral por uma das partes", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano IX, nº 16 (2009), pp. 225-244

MACHADO, JOÃO BAPTISTA,
–, "O princípio da liberdade contratual. Anotação", *in Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, Scientia Ivridica, 1991, pp. 623-646

–, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, Reimp., 2019

MACHADO, JOSÉ CARLOS SOARES, "Cláusulas arbitrais escalonadas. Reflexões sobre a sua redacção e interpretação", *in Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 89-108

MACNEIL, IAN R.,
– "Power, Contract, and the Economic Model", *in Journal of Economic Issues*, Vol. 14, n.. 4 (1980), pp. 909-923

– "Bureaucracy and contracts of adhesion", *in Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 22, n.º 1 (1984), pp. 5-28

MAIA, PEDRO, "Arbitragem Societária: presente e prospectiva", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* n.º 10 (2017), pp. 38-73

MAISONNEUVE, MATHIEU,
–, *L'Arbitrage des Litiges Sportifs*, Paris, LGDJ, 2011

–, "Note: Claudia Pechstein v. International skating union (ISU), Higher Regional Court of Munich, Az. U 1110/14 Kart, 15 January 2015", *in Revue de l'Arbitrage,* Vol. 2015, n.º 3 (2015) pp. 909-921

–, "Note: Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU), Federal Court of Justice of Germany, KZR 6/15, 07 June 2016", *in Revue de l'Arbitrage*, Vol. 2016, n.º 3 (2016), pp. 908-922

– "Oberlandesgericht München, Az. U 1110/14 Kart, Claudia Pechstein v/ International Skating Union (ISU)", *in Yearbook of International Sports Arbitration 2015,* ANTOINE DUVAL E ANTONIO RIGOZZI (Eds.) HAIA, Asser Press / Springer, 2016, pp. 335-447

– "Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable: l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme", *in Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 119 (2019), pp. 687-705

MARNEFFE, PETER DE, "Moralism and moral paternalism", *in Philosophy & Public Affairs*, Vol. 34, n.º 1 (2006), pp. 68-94

MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

MARTENS, DIRK-REINER,
–, "An Innovative System for Basketball Arbitral Tribunal – An Innovative System for Resolving Disputes in Sport (only in Sport?)", *in International Sports Law Journal*, n.º 1-2 (2011), pp. 54-57

– "Disputes in Sport: Reflections on Dispute Resolution in International Sport Federations", *in Citius, Altius, Fortius – Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, ANTONIO RIGOZZI *et al.* (Eds.), Basel, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 429-438

MARTENS, DIRK-REINER E ALEXANDER ENGELHARD, "Is the Pechstein Saga Coming to an End? German Federal Court of Justice Ruling on Claudia Pechstein v International Skating Union, June 2016", *in Business Law International*, Vol. 18, n.º 1 (2017), pp. 75-81

MARTINEZ, MIGUEL ROYO, "Contratos de Adhesión", *in Anuario de derecho civil,* Vol. 2, n.º 1 (1949), pp. 54-70

MARTINEZ, PEDRO ROMANO,
–, "Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem", *in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 859-897

–, "Mediação e Arbitragem em Direito Laboral", *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LVI, nº 4 (2015), pp. 7-28

–, *Direito do Trabalho*, 7.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2015

MARTINS, JOÃO ZENHA, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016

MARTINS, PEDRO A. BATISTA,
–, "Cláusula Arbitral Estatutária e sua Aprovação por Voto Majoritário: Por que Resistir?", *in Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 211-222

–,"A Cláusula Compromissória Societária", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* Ano n.º 10 (2017), pp. 32-37

MASON, EDWARD S., "Monopoly in Law and Economics", *The Yale Law Journal*, Vol. 47 (1937), pp. 34-49

MAURER, ANTON G., *Public Policy Exception Under The New York Convention*, Nova Iorque, Juris, 2013

MAVROMATI, DESPINA,
–, "Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal in Appeals Against CAS Awards on Jurisdiction", *in International Sports Law Journal*, n.º 2 (2011), pp. 37-47

–, "Arbitration clause in the contract or in the rules of the federation in disputes brought before the CAS", 2014, pp. 1-22, *disponível online*

MAVROMATI, DESPINA E MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport – Commentary, Cases and Materials*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2015

MAYER, PIERRE, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden / Boston, Brill, 2008 pp. 327-427

MAYR, ANDREAS MARKUS, *Schiedsvereinbarung und Privatrecht: Zu der Rechtsnatur und den Wirkungen der Schiedsvereinbarung*, Berlim, Duncker & Humblot, 2019

MBAYE, KÉBA,
–, "Une Nouvelle Institution d'arbitrage: Le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) », *in Annuaire Français de Droit Internationale*, Vol. 30 (1984), pp. 409-424

–, "Foreword", *in Digest of CAS Awards, Vol. I – 1986-1998*, MATTHIEU REEB, (Ed.), Berna, Staempfli, Berna, 1998, pp. xi-xii

–, "Introduction", *in Digest of CAS Award, Vol. III – 2001-2003*, MATTHIEU REEB, (Ed.) Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2004, pp. ix-xvi

MCDONALD, NEIL, "More Harm than Good - Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 20, n.º 6 (2003), pp. 327-427

MCILWRATH, MICHAEL N. BARNETT, "Introduction: International Paternalism: Framing the Debate", *in Paternalism beyond Borders,* MICHAEL N. BARNETT (Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-43

MCLAREN, RICHARD H.,
–, "A New Order: Athletes Rights and the Court of Arbitration at the Olympic Games", *in Olympika: The International Journal of Olympic Studies*, Vol. VII (1998), pp. 1-24

–, "The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes", *in Valparaiso University Law Review*, Vol. 35, n.º 2 (2001), pp. 379-405

–, "Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for Sport: a Look in the Rear-View Mirror", *in Marquette Sports Law Review*, Vol. 20, n.º 2 (2010), pp. 305-333

MEDEIROS, RUI,
–, "Arbitragem necessária e Constituição", *in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, MARIA JOÃO ANTUNES (Ed.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 1301-1330

–, "Artigo 20.º", *in Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 304-333

–, *A Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português*, Lisboa, AAFDL, 2018

MEDEIROS, RUI E CORTÊS, ANTÓNIO, "Artigo 26.º", *in Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 440-460

MEIRIM, JOSÉ MANUEL, *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

MENDES, ARMINDO RIBEIRO,
–, "Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não são 'Tribunais como os outros'", *in Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 57-65

–, "A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano XI (2018), pp. 9-36

–, "ARTIGO 35.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 123-124

MENDES, JOÃO DE CASTRO,
–, *Direito Comparado. Revisto e actualizado*, Lisboa, AAFDL, 1983

–, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1995

–, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Reimp., Lisboa, AAFDL, 2012

MENDES, SOFIA RIBEIRO, "O novo regime da arbitragem necessária de litígios relativos a medicamentos de referência e genéricos", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* Vol. II, MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora 2013, pp. 1005-1037

MESQUITA, M. HENRIQUE, "Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro", *in Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 1381-1392

MCILWRATH, MICHAEL E JOHN SAVAGE, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010

MICHAELS, RALF,
–, "The true Lex Mercatoria: Law Beyond the State", *in Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, n.º 2 (2007), pp. 447-468

–, "The Mirage of Non-State Governance", *in Utah Law Review*, n.º 1 (2010) , pp. 31-45

–, "Globalization and Law: Law Beyond the State", *in Law and Social Theory*, 2.ª Ed., REZA BANAKAR E MAX TRAVERS (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 287-303

MICKLITZ, HANS-W., "The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality", *in Journal of Consumer* Policy, Vol. 25, n.º 3 (2002), pp. 379-401

MILL, JOHN STUART, *On Liberty*, DAVID BROMWICH E GEORGE KATEB (Eds.), New Haven / Londres, Yale University Press, 2003

MILLER, MEREDITH R.,

–, "Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism", *in Missouri Law Review*, Vol. 75, n.º 2 (2010), pp. 493-536

–, "Party Sophistication and Value Pluralism in Contract", *in Touro Law Review*, Vol. 29, n.º3 (2013), pp. 659-679

MIRANDA, JORGE,
–, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

–, *Direitos Fundamentais*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017

MIRANDA, JORGE E JORGE PEREIRA DA SILVA, "Artigo 18.º", *in Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 229-296

MIRANDA, JORGE E RUI MEDEIROS,
–, "Artigo 13.º" *in Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 159-179

–, "Artigo 47.º, *in Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 697-714

MIRANTE, DANIELA,
–, "Os contratos de adesão e o regime das cláusulas contratuais gerais: o caso especial do contrato de trabalho de adesão. Contributo para o estudo da questão.", *in Questões Laborais*, Ano XXII, n.º 46 (2015), pp. 47-86

–, "A Arbitragem Laboral Desportiva em Portugal: Um Jogo De Espelhos? *in Anuário do Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios – ADR Lab Yearbook*, Ano 1 (2018), pp. 13-38

MISTELIS, LOUKAS A., "Arbitrability – International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *in Arbitrability: International*

*and Comparative Perspective*s, LOUKAS A. MISTELIS E STAVROS BREKOULAKIS (Eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 1-18

MITTEN, MATTHEW J., "Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations", *in Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 10, n.º 1 (2009), pp. 51-67

MITTEN, MATTHEW J. E TIMOTHY DAVIS, "Athlete Eligibility Requirements and Legal Protection of Sports Participation Opportunities", *in Virginia Sports And Entertainment Law Journal*, Vol. 8, n.º 1 (2008), pp. 71-146

MITTEN, MATTHEW J. E HAYDEN OPIE, "Sports Law": Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution", *in Tulane Law Review*, Vol. 85, n.º 2 (2010), pp. 269-322

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Lições de Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1995

MONIZ, ANA RAQUEL, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017

MONTEIRO, ANTÓNIO P. PINTO,
–, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, nº XVI (2009), pp. 185-224

— "Do Caso Julgado nas Questões de Estado", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano X, nº 18 (2010), pp. 77-130

–, "Da Ordem Pública", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 589-673

–, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral,* Coimbra, Almedina, 2017

MONTEIRO, ANTÓNIO P. PINTO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA E DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2019

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO
–, "Contratos de adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 46, Vol. III (1986), pp. 733-769

–, *A Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990

–, "El Problema de las Condiciones Generales de los Contratos y la Directiva sobre Clausulas Abusivas em los Contratos con Consumidores", *in Revista de derecho mercantil,* n.º 219 (1996), pp. 79-115

–, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 1103-1131

–, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 62, Vol. I (2002), pp. 111-142

–, *Noções Gerais de Direito*, Coimbra, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2003

–, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Reimp., Coimbra, Almedina, 2011

–, "A interpretação e o protagonismo da doutrina", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência,* Ano 145, n.ºs 3995 (2015), pp. 66-77

–, "Resolução Alternativa de Litígios de Consumo – Breve Apresentação", *in Actas: Colóquio Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2016, pp. 7-11

–, "O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade", *in O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (Coord.), Coimbra, Instituto Jurídico FDUC, 2017, pp. 9-29

MOORE, CHRISTOPHER W., *The Mediation Process – Pratical strategies for resolving conflict*, 4.ª Ed., São Francisco, Jossey-Bass, 2014

MORANT, BLAKE D., "The salience of power in the regulation of bargains", *in Michigan State Law Review*, Vol. 2006, n.º 4 (2006), pp. 925-961

MOREIA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português – Parte Geral*, Vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907

MOREIRA, VITAL,
–, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 1997

–, "Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: Uma perspetiva constitucional", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IX (2016), pp. 123-151

MOSCA, MANUELA, "On the origins of the concept of natural monopoly: Economics of sale and competition", *in The European Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 15, n.º 2 (2018), pp. 317-353

MOSES, MARGARET L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008

MOTULSKY, HENRI,

–, "La nature de l'arbitrage", *in Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 6-25

–, "L'arbitrage et les conflits du travail", *in Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 113-121

MOURA, MIGUEL ALEXANDRE CALADO DE ALBUQUERQUE E AZEVEDO, O*s limites da vinculação unilateral: a promessa (unilateral) no Direito Civil*, Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *disponível online*

MOURRE, ALEXIS, "Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal", *in Arbitrability: International and Comparative Perspectives,* LOUKAS A. MISTELIS AND STAVROS BREKOULAKIS (Eds.), Alphem aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 207-240

MULLER, CHRISTOPH E OLIVIER RISKE, "Article 178 [Arbitration agreement]", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, *in* MANUEL ARROYO (Ed.), 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, pp. 71-98

NAFZIGER, JAMES A. R.,
–, "International Sports Law as a Process for Resolving Disputes", *in International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, n.º 1 (1996), pp. 130-149

–, "Dispute Resolution in the Arena of International Sports Competition", *in The American Journal of Comparative Law,* Vol. 50 (2002), pp. 161-179

–, "Lex Sportiva", *in The International Sports Law Journal*, n.ºs 1-2 (2004) pp. 3-8

NAGEL, THOMAS, "The justification of equality", *in Justice and Equality*, Vol II., PETER VALLENTYNE (Ed.), Nova Iorque, Routledge, 2003, pp. 193-217

NALIN, PAULO E FELIPE HASSON, "Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado", *in Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XIV n.º 55 (2017), pp. 11-37

NÁPOLES, PEDRO METELLO DE, "Efeitos da insolvência na convenção de arbitragem. Insuficiência económica das partes em processo arbitrais", *in V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 139-158

NATER-BASS, GABRIELLE, "Class Action Arbitration: A New Challenge?", *in ASA Bulletin*, Vol. 27, n.º 4 (2009), pp. 671-690

NETO, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL, "A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1987, pp. 5-41

NETO, LUÍSA,

–, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

–, "O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 4 (2004), pp. 221-246

NETZLE, STEPHAN,

–, "Appeals against Arbitral Awards by the CAS", *in Bulletin TAS / CAS Bulletin*, n.º 2 (2011), pp. 19-26

–, "Sports Arbitration", *in ASA Special Series,* n.º 41, (2015), pp. 17-30

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, 1ª Edição (Reimp.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014

NIEDERMAIER, TILMAN,
–, "Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic", *in ZDAR*, Ano 12, n.º 1 (2004), pp. 12-21

–, *Schieds- und Schiedsvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013

–, "The Athlete as the "Weaker" Party", *in ASA Special Series,* n.º 4 (2015), pp. 145-158

NOBLES, KIMBERLEY CHEN, "Emerging Issues and Trends in International Arbitration", *in California Western International Law Journal*: Vol. 43, n.º 1, pp. 77-108
NOGUEIRA, JOSÉ A. A. DUARTE, "A arbitragem na história do direito português (subsídios)", *in Revista Jurídica*, nº 20 (1996), pp. 9-35

NOLAN, MICHAEL E FRÉDÉRIC G. CAIVANO, "Limits of Consent – Arbitration without Privity and Beyond", *in Liber Amicorum Bernardo Cremades*, MIGUEL ANGEL FERNANDEZ-BALLESTER AND DAVID ARIAS LOZANO (Eds.), Madrid, Wolters Kluwer España /La Ley, 2010, pp. 873-911

NOTH, MICHAEL E ULRICH HAAS, "Article R43 [Confidentiality]", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2.ª Ed., MANUEL ARROYO (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, pp. 1538-1541

NOVAIS, JORGE REIS,
–, "Renúncia a Direitos Fundamentais", *in Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976,* Vol. I*,* JORGE MIRANDA (Org.), Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 265-335

–, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

–, *As restrições os Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010

–, *Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa*, Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2011

–, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2018

NUNES, PEDRO CAETANO, "Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *et al.* (Org.), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 507-534

O'LEARY, LEANNE, *Employment and Relations Law in the Premier League, NBA and International Rugby Union*, Haia, Asser Press / Springer, 2017

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, "Brevíssima introdução à arbitragem societária: a propósito do Anteprojeto da Associação Portuguesa de Arbitragem", *in Revista de Direito Civil*, Ano IV, n.º 3 (2019), pp. 467-482

OLIVEIRA, ISABEL, "A Arbitragem de Consumo", *in Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 371-413

OLIVEIRA, LUÍS CABRAL DE, "Arbitragem em direito público", *in Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 17-74

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária*, Coimbra, Almedina, 2014

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

OLIVEIRA, NUNO PINTO E BENEDITA MAC CRORIE, "O Princípio da Igualdade no Direito Europeu dos Contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE", *in O Direito,* Ano 38, n.º 5 (2006), pp. 1085-1100

OLSEN, CHRISTOPHER J., "Paternalism", *in The New Encyclopedia of Southern Culture* , Vol. 13, NANCY BERCAW E TED OWNBY (Eds.), Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2009, pp. 201-205

OPPENHEIM, FELIX E., "Egalitarism as a descriptive concept", *in Justice and Equality*, Vol II., PETER VALLENTYNE (Ed.), Nova Iorque, Routledge, 2003, pp. 223-231

OPPETIT, BRUNO, *Théorie de* l'arbitrage, Paris, Presses Universitaires de France, 1998

ORTH, JAN,
–, "Erdbeben in der Sportschiedsgerichtsbarkeit", *in NJW-aktuell*, Vol. 22 (2014), p. 14

–, "Zur Zukunft der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Sport – auch in Deutschland", *in SpuRT*, n.º 6 (2015), pp. 230-234

OSCHÜTZ, FRANK, "Institutional Arbitration in Sport", *in Sport et garanties fondamentales / Sports and fundamental guarantees*, NATHALIE KORCHIA E CHRISTOPHE PETTITI (Coord.), Paris, Institut de Formation en Droits de l'Homme du Barreau de Paris, 2003, pp. 507-521

OTERO, PAULO,
–, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade,* Coimbra, Almedina, 2003

–, "Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas – Arguição da Dissertação de Doutoramento do Mestre Pedro Gonçalves", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 46, n.º 1 (2006), pp. 841-851

–, *A Democracia Totalitária*, Cascais, Principia, 2015

PARK, WILLIAM, "Non-signatories and International Contracts: an arbitrator's dilemma", *in Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 3-33

PASSINHAS, SANDRA,
–, "Alterações Recentes no Âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo", *in O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (Coord.), Coimbra, Instituto Jurídico FDUC, 2017, pp. 357-388

–, "O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português", *in Estudos do Direito do Consumidor,* n.º 15 (2019), pp. 215-314

PAULSSON, JAN,
–, "Arbitration of International Sports Disputes", *in Arbitration International,* Vol. 9, n.º 4 (1993), pp. 359-369

–, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013

–, "Assessing the Usefulness and Legitimacy of CAS", *in Yearbook of International Sports Arbitration 2015,* ANTOINE DUVAL E ANTONIO RIGOZZI (EDS.), Haia, Asser Press / Springer, 2016, pp. 3-15

PAULSSON, MARIKE R. P., *The 1958 New York Convention in Action*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016

PAVLOVIĆ, MARINA, "Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts", *in McGill Law Journal,* Vol. 62, n.º 2 (2017) pp. 389-440.

PENA, NUNO, "Reflexões sobre o regime da impecuniosidade nos sistemas de Common Law e em Portugal", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano XI (2018), pp. 107-140

PERELMAN, CH., "Égalité et Valeurs", *in Revue Internationale de Philosophie*, Vol. 25, n.º 97 (1971), pp. 381-388

PERRET, FRANÇOIS, "Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law", *in Arbitration International*, Vol. 16, n.º 3 (2000), pp. 333-342

PIERS, MAUD E DIRK DE MEULEMEESTER, "The New Arbitration Law – Belgium Adopted the UNCITRAL Model Law", *in Asian International Arbitration Journal*, Vol. 9, n. º 2 (2013), pp. 147-183

PIERSON, CHRISTOPHER, *Beyond the welfare state?: the new political economy of welfare*, 3.ª Ed., Oxford, Polity, 2006

PIJETLOVIC, KATARINA, *EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football*, Heidelberga, Springer, 2015

PINA, PEDRO, "Arbitragem e Jurisdição", *in Julgar,* nº 6 (2008), pp. 135-160

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA,

–, "Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63, Vol. I / II (2003), pp. 1-35

–, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem,* Almedina, Coimbra, 2005

–, "Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)", *in Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira,* JORGE MIRANDA (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 1095-1151

PINNA, ANDREA,
– "Les vicissitudes du Tribunal Arbitral du Sport: Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires", *in La Gazette du Palais*, Vol. 19, nº 140-141 (2004), pp. 31-45

– "Motivation de la sentence et renonciation au recours"*, in Gazette du Palais*, Ano 127, n.os 194-198 (2007), pp. 35-38

– "Réflexions sur l'arbitrage force", *in Gazette du Palais*, n.º 14-16 (2008), pp. 1-8

PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO,
–, "Alegação Oportuna da Incompetência e da Irregularidade na Constituição do Tribunal Arbitral na Jurisprudência", *in Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre De Freitas*, MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 761-811

–, "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*, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA *et al.* (Coord.), Lisboa, DECO, 2016, pp. 10-332

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA,
–, "Contratos de adesão", *in Revista Forense (Separata)*, *s.l., s.d.*, Volume 257, pp. 31-43

–, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO, 2.ª Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2012

PINTO, PAULO MOTA,

–, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995

–, "Autonomia Privada e Discriminação – Algumas Notas", *in Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 123-298

- "A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português", *in Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 299-319

–, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *in Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 9-122

PITET, CHRISTOPHER L., "The Problem with "Money Now, Terms Later: ProCd, Inc. v. Zeidenberg and the Enforceability of Shrinkwrap Software Licenses", *in Loyola of los Angeles Law Review*, Vol. 31, pp. 325-352

POJMAN, LOUIS, "Theories of Equality: A Critical Analysis", *in Behavior and Philosophy* Vol. 23, n.º 2 (1995), pp. 1-27

PORCHY-SIMON, STÉPHANIE, *Droit Civil. 2e* Année. *Les Obligations*, 12.ª Ed., Paris, Dalloz, 2019

POSNER, RICHARD A.,
–, *Natural Monopoly and Its Regulation,* Washington, Cato Institute, 1999

–, *Economic Analysis of Law*, 9.ª Ed., Nova Iorque, Wolters Kluwers, 2014

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS, "Deux aspects de l'arbitrage dans les paysromands au moyen âge: L'arbitrabilité et le juge-arbitre", *in Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1999, n.º 1 (1999), pp. 3-20

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS E SEBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª Ed., Londres, Thomson / Sweet & Maxwell, 2007

POZNANSKI, BERNARD G., "The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 4, n.º 3 (1987), pp. 71-108

PRATA, ANA,
–, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 2005

–, *Dicionário Jurídico,* Vol. I, 4ª Ed. – Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2006

–, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei N.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2010

–, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Reimp., Coimbra, Almedina, 2017

–, "Artigo 405.º", *in Código Civil Anotado*, Vol. I, 2.ª Ed., ANA PRATA (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 503-506

PRATO, ENRICO DEL,
–, *Il Regolamenti Privati*, Milão, Giuffrè, 1988

–, *Le Basi del Diritto Civile*, I, Turim, Giappichelli Editore, 2014

PRESTON, CHERYL B. E ELI MCCANN,
–, "Llewellyn Slept Here: A Short History of Sticky Contracts and Feudalism", *in Oregon Law Review*, Vol. 91 (2012), pp. 129-176

–, "Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law Went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse", *in Byu Journal of Public Law*, Vol. 26 (2011), pp. 1-35

PRÜTTING, HANNS E GEHRLEIN, MARKUS, *ZPO Kommentar*, 7.ª Ed., Colónia, Luchterhand, 2015

QUEIRÓ, AFONSO, "A Função Administrativa", *in Estudos de Direito* Público Vol. II, Tomo I, Coimbra, Universidade de Coimbra, pp. 75-129

QUEIROZ, CRISTINA, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010

RABKIN, JEREMY A., *Law without Nations?: Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, New Jersey, Princeton University Press, 2005

RABU, GAYLOR, *L'organisation du Sport par le Contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010

RADIN, MARGARET JANE, "The Deformation of Contract in the Information Society", *in Oxford Journal of Legal Studies,* Vol. 37, n.º 3 (2017), pp. 505–533

RADKE, HUBERT, "Basketball Arbitral Tribunal (BAT) as a 'lawmaker': the creation of global standards of basketball contracts through consistent arbitral decision‑making", *in The International Sports Law Journal*, n.º 19 (2019), pp. 59-86

RAKOFF, TODD D., "Contracts of adhesion: an essaying reconstruction", *in Harvard Law Review,* Vol. 96, n.º 6 (1983), pp. 1173-1284

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA,
–, *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Coimbra, Almedina, 1999

–, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000

RAMOS, RUI MANUEL MOURA,

–, Contratos Internacionais e a Proteção da Parte Mais Fraca", *in Contratos: Actualidade e Evolução – Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 331-357

–, "Arbitragem estrangeira e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no novo direito português da arbitragem", *in Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 839-859

RANGEL, PAULO,
–, *Repensar o Poder Judicial*, Porto, Universidade Católica, 2001

–, "Arbitragem e Constituição: Um novo lugar e um novo fundamento", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, FERNANDO ALVES, JÓNATAS MACHADO E JOÃO CARLOS LOUREIRO (Org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 637-656

RAPOSO, MÁRIO,
–, "O acesso ao direito e a Ordem dos Advogados", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 37 (1977), pp. 391-403

– "Imparcialidade dos Árbitros", *in Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 75-87

–, "Os árbitros", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* Vol. II, MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 893-918

RAWLS, JOHN, *Uma Teoria da Justiça*, *tradução portuguesa*, Lisboa, Presença, 2013

RAZ, JOSEPH, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988

RESCIGNO, PIETRO, "L'autonomia dei privati", *in Rivista critica del diritto privato*, Vol. 30, n.º 1 (2012), pp. 15-29

REEB, MATTHIEU, "Le Tribunal Arbitral du Sport (TAS)", *in Digest of CAS Awards, Vol. I – 1986-1998*, MATTHIEU REEB (Ed.), Staempfli, Berna, 1998, pp. xiii-xxii

REGO, MARGARIDA LIMA, "Manifesto contra a subversão do contrato", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, n.º 6 (2018), pp. 267-294

REICH, NORBERT, "Party Autonomy and Consumer Arbitration in Conflict: A "Trojan Horse" in the Access to Justice in the E.U. ADR-Directive 2013/11?", *in Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 4, n.º 1 (2015), pp. 290-332

REILLY, LOUISE, "Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes, An Symposium", *in Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2012, n.º 1 (2012), pp. 63-81

REIS, JOÃO LOPES DOS, "A excepção de preterição do tribunal arbitral (voluntário)", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 58, Vol. III (1998), pp. 115-1132

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA,

–, *O Problema do Contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coimbra, Almedina, 1999

–, "Constitucionalização do Direito Civil", *in Direito dos contratos: estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 7-33

–, "O contrato, hoje: funções e valores" *in Direito dos contratos: estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 35-56

RIGOZZI, ANTONIO,

–, "L' arbitrabilité des litiges sportifs", *in ASA Bulletin,* Vol. 21, n.º 3 (2003), pp. 501-534

–, *L'arbitrage international en matiére de sport*, Basileia, Helbing & Lichtenhain, 2005

–, "Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport", *in Journal of International Dispute Settlement,* Vol. 1, n.º 1 (2010), pp. 217-265

–, "International Sports Arbitration: Why does Swiss Law Matter?", *in Citius, Altius, Fortius – Mélanges en l'honneur de Denis* Oswald, ANTONIO RIGOZZI *et al.* (Eds.)*,* Basel, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 439-462

–, "L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux", *in ZSR / Revue de Droit Suisse*, Vol. I (2013), pp. 301-325

–, "Chapter 4: Sports Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness", *in Expedited Procedures in International Arbitration*, LAURENT LÉVY E MICHAEL POLKINGHORNE (Eds), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 16 Kluwer Law International / International Chamber of Commerce, 2017, pp. 88-109

ANTONIO RIGOZZI E ANDRE PINNA, "Arbitrage Sportif", *in Les Cahiers de* l'Arbitrage, n.º 3 (2010), pp. 818-830

RIGOZZI, ANTONIO E ERIKA HASLER, "Article R57 [Scope of panel's review / hearing]", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2.ª Ed., MANUEL ARROYO (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, pp. 1674-1676

RIGOZZI, ANTONIO E ERIKA HASLER, "Article R65 [Appeals against decisions issued by international federations in disciplinary matters]", *in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2.ª Ed., MANUEL ARROYO (Ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, 1725-1730

RIGOZZI, ANTONIO e FABRICE ROBERT-TISSOT, "'Consent' in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects», *in ASA Special Series,* n.º 41 (2015), pp. 59-94

RIGOZZI, ANTONIO E WILLIAM MCAULIFFE, "Sports Arbitration", *in The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, (2013), pp. 15-22

ROCHEFOUCAULD, ESTELLE DE LA, "L'indépendance des arbitres devant le TAS", *in Bulletin TAS / CAS Bulletin*, n.º 2 (2011), pp. 27-34

ROEBUCK, DEREK, "The crisis of contract", *in University of Tasmania Law Review*, (1969), pp. 191-203

ROGERS, CATHERINE A., "The Arrival of the "Have-Nots" in International Arbitration", *in Nevada Law Journal*, Vol. 8, n.º 1 (2007), pp. 341-384

ROMANO, ALBERTO, "«L'ordinamento Giuridico» di Santi Romano, Il Diritto Dei Privati E Il Diritto Dell'amministrazione", *in Diritto amministrativ: rivista trimestrale,* n.º 2, (2011), pp. 241-272

ROMANO, SANTI,
–, *I Poteri Disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, Turim, Unione Tipografico Editrice, 1898

–, *L'ordinamento giuridico*, 2ª Ed., Florença, Sansoni, 1945

ROMBACH, ANNETT, "The "Pechstein-judgment" of the OLG München: What does it mean for international sports and commercial arbitration?', *in SchiedsVZ / German Arbitration* Journal, Vol.13 n.º 3 (2015), pp. 105-111

ROPPO, ENZO, *O Contrato*, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988

ROQUE, MIGUEL PRATA, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2014

ROSENFELD, FRIEDRICH, "Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties In International Arbitration", *in Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Franco Ferrari (Ed.), Nova Iorque, Juris, 2016, pp. 419-440

RÖSLER, HANNES, "Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law", *in European Review of Private Law,* Vol. 18 (2010), pp. 729-756

RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE, *L'Arbitrage – Nature Juridique – Droit Interne et Droit International*, Paris, L.G.D.J., 1965

RUBINO-SAMMARTANO, MAURO,
–, *International Arbitration – Law and Practice*, 2ª Ed., Haia, Kluwer Law International, 2001

–, *International Arbitration and Practice*, 3.ª Ed., Nova Iorque, Juris, 2014

RUSCALLA, GABRIELE, "Latest developments in conciliation and mediation in investor-state disputes", *in Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XVI, n.º 63 (2019), pp. 96-112

RUSTAD, MICHAEL L. E MARIA VITTORIA ONUFRIO, "Reconceptualizing Consumer Terms of Use For A Globalized Knowledge Economy", *in University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 14, n.º 4 (2012), pp. 1085-1190

SÁ, ALMENO DE, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2001

SAMUEL, ADAM, "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights", *in International Arbitration*, Vol. 21, n.º 5 (2004), pp. 413-438

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *tradução portuguesa*, Coimbra, Atlântida Editora, 1967

SANTOS, CAROLINE DOS, "European Court of Human Rights Rules upon Sports-Related Decision: Switzerland Condemned", *in ASA Bulletin,* Vol. 37, n.º 1(2019), pp.117-125

SCALETSCKY, FERNANDA, "Arbitragem e "Parte Fraca": a Questão das Relações de Consumo", *in Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 11, n.º 41 (2014), pp. 68-99

SCARPA, AFONSO, "Consent in Corporate Arbitration: The Special Case of Dissenting Shareholders", *in Revista de Direito das Sociedades*, Ano XI, (2019), pp. 197-227

SCARPELLI, UBERTO, "Il método giuridico", *in Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVI, n.º II (1971), pp. 553-574

SCHABAS, WILLIAM A., *The European Convention on Human Rights. A commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2015

SCHERER, MAXI "A Cross-Channel Divide Over Unilateral Dispute Resolution Clauses", *in Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, BACHIR GEORGES AFFAKI AND HORACIO ALBERTO GRIGERA NAÓN (Eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 10-20

SCHERER, MAXI, LISA RICHMAN E REMY GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*, Alphen aan den Rjin, Kluwer Law International, 2015

SCHMIDT, MARTIN, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, Berlim, De Gruyter, 2009

SCHMITZ, AMY J., "Dangers of Deference to Form Arbitration Provision", *in Nevada Law Journal,* Vol. 9 (2007), pp. 37-57

SCHNEIDER, MICHAEL E. E CHRISTOPHER B. KUNER, "Dispute Resolution in International Electronic Commerce", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 14, n.º 3 (1997) pp. 5-37

SCHUTTER, OLIVIER DE E JULIE RINGELHEIM, "La renonciation aus droits fondamentaux. La libre disposition du soi et la règne de l'échange"*, in La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelas, Bruylant, 2005, pp. 441-482

SCHWAB E WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7ª Ed., Munique, C.H. Beck / Helbing / Lichtenhain, 2005

SCHWARTZ, ALAN E LOUIS L. WILDE, "Imperfect Information in Markets for Contract Terms, *in Virginia Law Review*, Vol. 69 (1983), pp. 1387-1485

SCHWARTZ, ALAN E ROBERT E. SCOTT, "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *in The Yale Law Journal*, Vol. 113 (2003), pp. 541-619

SCHWARTZ, ANDREW A., "Consumer Contract Exchanges and the Problem of Adhesion", *in Yale Journal on Regulation*, Vol. 28 (2011), pp. 313-366

SCHWARTZ, DAVID S., "Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration", *in Wisconsin Law Review*, (1997), pp. 33-132

SCHWARZ, FRANZ T. E CHRISTIAN W. KONRAD, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009

SCIALOJA, VITTORIO SIMONCELLI, "Il c. d. contratto per adesione e gli art. 1341 e 1342 cod. Civile", *in Il Foro Italiano,* Vol. 72 (1949), pp. 33-34, 41-42

SCOCCIA, DANNY, "The Concept of Paternalism", *in The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, KALLE GRILL E JASON HANNA (Coord.), Londres / Nova Iorque, Routledge, 2018, pp. 11-23

SERAGLINI, CHRISTOPHE E ORTSCHEID, JEROME, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013

SERRA, CATARINA, "Arbitragem e insolvência: Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos português e internacional)", *in Revista de Direito Comercial* (2017), pp. 612-655

SERRÃO, TIAGO, "A arbitragem no CCP revisto", *in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 1243-1274

SFORZA, WIDAR CESARINI,
–, "La teoria degli ordinamenti ginridici e il diritto sportivo", Vol. 58 (1933), pp. 1381-1407

–, *Il diritto dei privati*, Milão, Giuffrè, 1963

SHIFFRIN, SEANA VALENTINE, "Paternalism, Unconscionability Doctrine, Accommodation", *in Philosophy & Public Affairs*, Vol. 29, n.º 3 (2000), pp. 205-250

SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA,
–, "A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro? – anotação ao Acórdão nº 230/2013 do Tribunal Constitucional", *in Desporto & Direito*, Ano 10, nº 28 (2012), pp. 61-85

–, "As posições contratuais de desigualdade no desporto e a jurisprudência da decisão do Tribunal Regional de Munique I (37ª Câmara de Civil) de 26 de Fevereiro 2014: um rude golpe para o futuro da arbitragem desportiva?", *in Desporto & Direito,* Ano 11, n.º 32 (2014), pp.173-183

–, "O Novo Regime Jurídico da Resolução de Conflitos Desportivos no Direito Administrativo: sobre a Arbitragem Necessária e a Mediação no Tribunal Arbitral do Desporto", *in Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 395-436

–, "Revisitando a constitucionalidade da arbitragem necessária em Portugal: reflexões sobre o Acórdão nº 123/2015 do Tribunal Constitucional", *in Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 47 (2015), pp. 375-475

–, "A arbitragem necessária no Direito Administrativo tem o preço da inconstitucionalidade. Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 6 de Dezembro de 2017", pp. 199-219

–, *A Resolução de Conflitos Desportivos*, Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *policopiado* (2016)

–, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2017

–, "Arbitragem e Jurisdição no Direito Administrativo: interrogações em torno dos seus limites. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Fevereiro de 2018", *in Revista de Direito Administrativo*, nº 4 (2019), pp. 90-95

SILVA, ARTUR FLAMÍNIO E DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto*, Lisboa, Petrony, 2016

–, "Arbitragem voluntária e contrato de trabalho desportivo", *in Julgar online*, Setembro (2018), pp. 1-20

–, "A Arbitragem Voluntária em Matéria Laboral: o fim da competência das comissões arbitrais paritárias. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2017", *in O Direito*, Ano 150, n.º 3 (2018), pp. 635-647

–, "Da constitucionalidade da arbitragem no Direito do Consumo", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano XIII (2020), pp. 89-104

–, "The Constitutional Limits of Digital Justice", *in The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, MARTIN BELOV (Ed.), Oxford, Hart Publishing, *no prelo*

SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA E ANTÓNIO P. PINTO MONTEIRO, "Publicidade vs. Confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", *in Revista de Direito Civil*, nº 3 (2016), pp. 701-722

SILVA, JOÃO CALVÃO DA,
–, "Convenção de arbitragem. Algumas notas", *in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 533-549

–, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2002

SILVA, JORGE PEREIRA DA,
Deveres do Estado e Protecção de Direitos Fundamentais, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015

– *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018

SILVA, LUCINDA DIAS DA, "Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*", *in Questões Laborais*, Ano XII, nº 27 (2006), pp. 91-128

SILVA, PAULA COSTA,
–, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. III (1992), pp. 894-1018

–, "Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, Vol. I (1996), pp. 179-207

–, "A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras", *in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 131-180

–, "O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade", *in RePro*, n.º 158 (2008), pp. 93-106

–, *A Nova Face da Justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

SILVA, PAULA COSTA E NUNO TRIGO DOS REIS, "A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* MARIA HELENA BRITO *et. al.* (Coord.), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 951-1004

SILVEIRO, FERNANDO XAREPE, "O 'Empréstimo' Internacional de Futebolistas Profissionais», *in Estudos de Direito Desportivo*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 73-151

SIMON, GÉRALD,
–, *Puissance Sportive et Ordre Juridique Étatique,* Paris, LGDJ, 1990

–, "L'arbitrage des conflits sportifs", *in Revue de l'Arbitrage,* Vol. 2 (1995), pp. 185-218

–, "L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux arbitrages du TAS: réflexions sur le sens et la portée de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 2 octobre 2018 mutu et Pechstein", *in Bulletin TAS / CAS Bulletin* (2020), pp. 109-116

SIMON, GÉRALD *et al.*, *Droit du Sport*, Paris, PUF, 2012

SKERTIN, SIERRA DAVID, "Challenging Adhesion Contracts in California: A Consumer's Guide", *in Golden Gate University Law Review,* Vol. 34, n.º 2 (2004), pp. 285-324

SLAWSON, W. DAVID, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", *in Harvard Law* Review, Vol. 84, n.º 3 (1971), pp. 529-566

SMITH, ADAM, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Reimp., Chicago, University of Chicago Press, 1977

SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO E RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais – Compra e venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Reimp., Coimbra, Almedina, 1995

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969

SOLAN, LAWRENCE, TERRI ROSENBLATT E DANIEL OSHERSON, "False Consensus Bias in Contract Interpretation", *in Columbia Law Review,* Vol. 108, n.º 5 (2008), pp. 1268-1300

SOUSA, MARCELO REBELO DE, "As indemnizações por nacionalização as comissões arbitrais em Portugal", *in As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal», in Revista da Ordem dos Advogados,* Vol. II (1989), pp. 369-415

SOUSA, MARCELO REBELO DE e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Comentada*, Lisboa, Lex, 2000

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE

–, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex, Lisboa, 1994

–, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Ed., Lex, Lisboa, 1997

–, "A intervenção de terceiros no processo arbitral", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº V (2012), pp. 149-177

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

SPERGEL, ROCHELLE, "Paternalism and Contract: A Critique of Anthony Kronman", *in Cardozo Law Review,* Vol. 10, n.º 3 (1988), pp. 593-634.

STACHER, MARCO,

–, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung: Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung,* Zurique, Dike, 2007

–, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtbarkeit der Schweiz*, Zurique, Dike, 2015

STEINGRUBER, ANDREA MARCO,

–, *Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration*, Londres, *policopiado*, 2009

"–, Sports Arbitration: How the Structure and Other Features of Competitive Sports Affect Consent as it Relates to Waiving Judicial Control", *in The American Review of International Arbitration*, Vol. 20, n.º 1 (2010), pp. 59-96

–, *Consent in International Arbitration,* Oxford, Oxford University Press, 2012

STERNLIGHT, JEAN R. STERNLIGHT,

–, "Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration", *in Washington University Law Quarterly*, Vol. 74, n.º 3 (1996), pp. 637-712

–, "Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?", *in Stanford Law Review*, Vol. 57 (2005), pp. 1631-1675

STIGLITZ, JOSEPH, "Inequality and Economic Growth", *in The Political Quarterly* Vol. 86, n.º 1 (2015), pp. 134-155

SUNSTEIN, CASS R., *Why Nudge?* New Haven, Yale University Press, 2014

TAVARES, JOSÉ,
–, *Tratado da Capacidade Civil*, Coimbra, França Amado, 1905

–, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1922

TELES, INOCÊNCIO GALVÃO,
–, "Cláusula compromissória (oposição ao respectivo pedido de efectivação)", *in O Direito*, n.º 89, 1957, pp. 213-221

–, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª Ed., Reimpressão, Lisboa, Lex, 1995

–, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed. – Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

TELES, MIGUEL GALVÃO, "A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET. AL (Org.), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 251-283

TEUBNER, GUNTHER,
–, "After Privatization? The Many Autonomies of Private Law", *in Current Legal Problems,* Vol. 51, Issue 1 (1998), pp. 393-424

–, "Ein Fall von struktureller Korruption? Die Famillienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff)", *in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV),* Vol. 83, n.os. 3/4 (2000), pp. 388-404

–, "Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks", *in* Legality and Community, ROBERT KAGAN E KENNETH WINSTON (Eds.), Berkeley Public Policy Press, Berkeley, 2002, pp. 311-331

–, "Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?", *in Public Governance in the Age of Globalization,* KARL-HEINZ LADEUR (Ed.), Ashgate, Aldershot, 2004, pp. 71-87

–, "In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting", *in Theoretical Inquiries in Law* Vol. 8, n.º 1 (2007), pp. 51-71

–, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012

–, "Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization", *in Transconstitutionalism*, GIANCARLO CORSI, ELENA ESPOSITO E ALBERTO FEBBRAJO (Eds.), Ashgate, Farnham, 2015, pp. 1-20

THAL, SPENCER NATHAN, "The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness", *in Oxford Journal of Legal* Studies, Vol. 8, n.º. 1 (1988), pp. 17-33

THALER, RICHARD H. E CASS R. SUSTEIN, "Libertarian Paternalism", *in American Economic Review*, Vol 93, n.º 2 (2003), pp. 175-189

TOMASZEWSKI, JOHN P., "The Enforceability of Adhesive Arbitration Clauses in International Software Licenses", *in Journal of Technology Law & Policy,* Vol. 3, n.º 1 (1997), pp. 65-84

TOPKIS, JAY H., "Monopoly in Professional Sports", *in The Yale Law Journal*, Vol. 58 (1949), pp. 691-712

TRABUCO, CLÁUDIA E MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito Português" *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 443-496

TRAKMAN, LEON E., "The Boundaries of Contract Law in Cyberspace", *in Public Contract Law Journal,* Vol. 38, n.º 1 (2008), pp. 187-236

TREBILCOCK, M. J., "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power", *in The University of Toronto Law Journal*, Vol. 26, n.º 4 (1976), pp. 359-385

TRITTMANN, ROLF E INKA HANEFELD,

–, "§1029", *in The Model Law in Practice*, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, STEFAN MICHAEL KRÖLL, PATRICIA NACIMIENTO (Eds.), 2ª Ed, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 79-93

–, "§1030", *in The Model Law in Practice*, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, STEFAN MICHAEL KRÖLL, PATRICIA NACIMIENTO (Eds.), 2ª Ed, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 94-104

ULMER, NICOLAS E LIONEL SEREX, "Switzerland: Update on Recent Arbitral Developments and Tendencies", *in Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 25, (2010), pp. 20-30

VAITIEKUNAS, ANDREW*, The Court of Arbitration for Sport: Law-Making and the Question of Independence*, Berna, Stämpfli, 2014

VALLENTYNE, PETER, "Libertarian perspectives on paternalism", *in The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, KALLE GRILL E JASON HANNA (Coord.), Londres / Nova Iorque, Routledge, 2018, pp. 182-193

VANDEVEER, DONALD, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, New Jersey, Princeton University Press, 1986

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005

VASCONCELOS, CARLOS EDUARDO DE, "Cláusula Compromissória, Contratos de Adesão e Relações de Consumo no Brasil", *in Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 4, pp. 7-198

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE,
–, *Contratos Atípicos*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009

–, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2015

VENTURA, RAUL,
–, "A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XVIII (1964), pp. 187-197

–, "Convenção de Arbitragem", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. II (1986), pp. 289-413

–, "Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais" *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. I (1986), pp. 5-48

VICENTE, DÁRIO MOURA,
–, *Arbitragem Comercial Internacional – direito aplicável ao mérito da causa,* Coimbra, Coimbra Editora, 1990

–, "A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, nº 2 (2002), pp. 987-1004

–, "Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho", *in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 249-257

–, "A Directiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 99-116

–, "Arbitragem de conflitos individuais de trabalho", Vol. VI, *in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 33-48

–, *Direito Comparado*, Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012

–, "Convenção de arbitragem: problemas atuais", *in O Direito,* Ano 147 n.º 2 (2015), pp. 303-321

–, "Artigo 1.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 33-37

–, "Artigo 2.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 37-40

–, "Artigo 4.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 41-42

–, "Artigo 5.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 42-45

VIEIRA, PEDRO SIZA E, NUNO FERREIRA LOUSA, Artigo 18.º", *in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª Ed., DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 80-86

VILAR, SILVIA BARONA, "Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial", *in Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones,* Vol. XI, n.º 1 (2018), pp. 17-53

VOSER, NATHALIE, "The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach with a Twist regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus" ", *in The Evolution and Future of International Arbitration*, STAVROS BREKOULAKIS, JULIAN LEW, *et al.* (Eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, pp. 161-182

VOSER, NATHALIE E ANGELINA M. PETTI, "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *in ASA Bulletin*, Vol. 33, n.º 1 (2015), pp. 6-36

VRIES, HENRY P. DE, "International Commercial Arbitration: A Transnational View", *in Journal of International Arbitration*, Vol. 1, n.º 1 (1984), pp. 7-20

WAINCYMER, JEFFREY MAURICE, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Alpheen aan den Rijn, Kluwer Law International, Kluwer Law International, 2012

WEATHERILL, STEPHEN,
–, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Elgar, 2005

–, "Is the Pyramid Compatible with EC Law?", *in European Sports Law. Collected Papers*, 2.ª Ed., Haia, Asser Press / Springer, 2014, pp. 295-309

–, "The Helsinki Report on Sport", *in European Sports Law. Collected Papers*, 2.ª Ed., Haia, Asser Press / Springer, 2014, pp. 163-175

WEBER, MAX, *Economy and Society – An Outline of Interpretive Sociology*, California, University of California Press, 1978

WELSER, IRENE E GREGOR KLAMMER, "The Arbitration Agreement, Unilateral Arbitration Clauses", *in* CHRISTIAN KLAUSEGGER, PETER KLEIN, *et al.* (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2018*, Viena, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018 pp. 3-23

WENDLAND, MATTHIAS, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2019

WESSEL, RAMSES A., "International governmental organisations as non-state actors", *in Non-State Actors in International Law*, MATH NOORTMANN, AUGUST REINISCH, CEDRIC RYNGAERT (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 185-204

WIEACKER, FRANZ, *História do Direito Privado Moderno*, 2.ª Ed., *tradução portuguesa*, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

WILSON, NICHOLAS, "Freedom of contract and adhesion contracts", *in The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14, n.º 1 (1965), pp. 172-193

WOODARD, CALVIN, "Reality and Social Reform: The Transition from Laissez-Faire to the Welfare State", *in The Yale Law Journal*, Vol. 72, n.º 2 (1962) pp. 286-328

WOUTERS, JAN E ANNA-LUISA CHOCNÉ, "Multinational corporations in international law", *in Non-State Actors in International Law*, MATH NOORTMANN, AUGUST REINISCH, CEDRIC RYNGAERT (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 225-252

WÜSTEMANN, TINA, "Arbitrating Trust Disputes", *in* MANUEL ARROYO (Ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2.ª Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, pp. 1251-1273

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª Ed., Lisboa, Verbo, 1993

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, PEDRO FURTADO, "A transacção em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis", *in Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto,* Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pp. 443-497

XAVIER, RITA LOBO, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral*, *Princípios, Pressupostos*, 2ª Ed., Porto, Universidade Católica Editora, 2018

YOUSSEF, KARIM ABU, "The Death of Inarbitrability", *in Arbitrability: International and Comparative Perspective*s, LOUKAS A. MISTELIS E STAVROS BREKOULAKIS (Eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 47-68

ZEILER, GEROLD E ALFRED SIWY, "Subjective Arbitrability in International Commercial Arbitration", *in The European Convention on International Commercial Arbitration: A Commentary*, GEROLD ZEILER E ALFRED SIWY (Eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 3-10

ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO, "La nécessaire réforme du Tribunal Arbitral du Sport", *in Citius, Altius, Fortius – Mélanges en l'honneur de Denis* Oswald, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 483-538

ZUBERBÜHLER, TOBIAS, KLAUS MULLER E PHILIPP HABEGGER, *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2005

ZUMBANSEN, PEER, "Transnational Law", *in Encyclopedia of Comparative Law*, JAN SMITS (Ed.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 738-754

ZWEIGERT, KONRAD e HEINZ KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung – auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I: Grundlagen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1984

ÍNDICE

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES **4**
ABREVIATURAS **6**
RESUMO **12**
ABSTRACT **14**
CAPÍTULO I **16**
§ 1.º INTRODUÇÃO **16**
1.1. Apresentação e Delimitação do Tema 16
1.2. Sobre o método 32
§ 2.º CONCEITOS DE ARBITRAGEM E DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM **35**
2.1. O conceito de arbitragem 35
2.2. O conceito de arbitragem necessária 43
2.3. A convenção de arbitragem 45
2.3.1. A essencialidade da origem contratual na arbitragem *45*
2.3.2. Modalidades de convenção de arbitragem *50*
2.3.3. O caso particular da adesão unilateral prévia *52*
CAPÍTULO II **57**
§ 3.º A IGUALDADE DOS SUJEITOS COMO AXIOMA DO DIREITO PRIVADO **57**
3.1. Direito Privado e a conceção da (des)igualdade dos sujeitos 57
3.2. A mudança de paradigma: a função social do contrato e o Direito Privado 64
3.3. A consagração constitucional da autonomia privada 69
§ 4.º RELAÇÕES DE DESIGUALDADE ESTRUTURAL E DIREITO PRIVADO **74**
4.1. A existência de relações especiais de poder no Direito Privado 74
4.2. As relações de desigualdade estrutural 84
4.3. Características tendenciais das relações de desigualdade estrutural 85
4.3.1. A existência de um poder de um dos contraentes que perturba o equilíbrio negocial *86*
4.3.2. A impossibilidade de negociação e a inexistência de alternativas *89*
4.4. Desigualdade no plano substancial: assimetria informativa, inexperiência e debilidade económica 100
§ 5.º RELAÇÕES DE DESIGUALDADE NO DOMÍNIO DESPORTIVO: A POSIÇÃO DE SUJEIÇÃO DO ATLETA **110**

5.1. A existência de uma hierarquia na organização desportiva: contextualização 110
5.2. A natureza monopolística das federações desportivas 121
5.3. A desigualdade estrutural na hierarquia desportiva: o atleta como a parte tendencialmente mais débil 125
CAPÍTULO III 133
§ 6.º A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM EM CASOS DE DESIGUALDADE 133
6.1. A celebração de convenções de arbitragem – delimitação.....133
6.2. Convenções de arbitragem enquanto contrato de adesão ou como cláusulas contratuais gerais.....138
6.3. Configurações possíveis e regime jurídico aplicável 139
6.4. Validade da convenção de arbitragem inserida numa cláusula contratual geral e princípio *kompetenz-kompetenz – breve referência* 142
6.5. A celebração de convenções de arbitragem e o artigo 21.º, al. h) do DL CCG 149
§ 7.º A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM NO DOMÍNIO DESPORTIVO 159
7.1. Modelos de celebração de convenções de arbitragem no desporto.....159
7.1.1. O modelo de celebração clássico 159
7.1.2. Os modelos típicos da arbitragem desportiva: as cláusulas estatutárias e convenções de arbitragem por remissão 160
7.2. A posição monopolística das federações e o consentimento do atleta na celebração da convenção de arbitragem.....166
7.3. A ausência de voluntariedade na celebração da convenção de arbitragem: a existência de uma arbitragem forçada ou imposta? 171
CAPÍTULO IV 184
§ 8.º O IMPACTO DA NATUREZA NÃO VOLUNTÁRIA DA ARBITRAGEM DESPORTIVA NO PROCESSO ARBITRAL E NO ACESSO À JUSTIÇA.....184
8.1. Contextualização 184
8.2. Possíveis dificuldades no plano do acesso à justiça arbitral 188
a. Custos com o processo arbitral.....188
b. A situação de insuficiência económica das partes: a impecuniosidade 198
8.3. Processo arbitral num contexto de arbitragem forçada e garantias processuais 208

8.3.1. Situações potencialmente problemáticas no plano processual.....208
a) Escolha de um único centro de arbitragem em particular: o TAS 215
b) A independência estrutural do TAS.....223
c) O direito a uma audiência pública.....229
CAPÍTULO V.....235
§ 9.º A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA PARTE MAIS DÉBIL: PATERNALISMO E AUTONOMIA PRIVADA.....235
9.1. A desigualdade estrutural na arbitragem: o problema do paternalismo.....235
9.2. Caracterização da celebração de convenções de arbitragem como uma conduta tendencialmente renunciante.....236
9.3. O paternalismo jurídico ou estadual: noção.....240
9.4. O paternalismo jurídico e a sua relação com a autonomia privada.....247
9.5. Medidas de proteção no domínio da celebração de convenções de arbitragem em caso de desigualdade estrutural das partes.....261
9.5.1 A comunicação e informação da convenção de arbitragem com natureza da cláusula contratual geral e a validade da mesma.....261
9.5.2. A inarbitralidade como mecanismo de proteção em caso de desigualdade estrutural das partes?.....274
9.5.3. O cumprimento integral das garantias exigidas pelo art. 6.º § da CEDH: a equiparação da arbitragem forçada à arbitragem necessária.....287
CONCLUSÃO.....299
LISTA DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....311
LISTA DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....318
BIBLIOGRAFIA.....320