

ESPECIFICIDADES DA ARBITRAGEM E DA MEDIAÇÃO DE CONSUMO

Joana Campos Carvalho¹

Jorge Morais Carvalho²

1. Introdução

Este texto tem como principal objetivo contribuir para a resolução de alguns problemas jurídicos que se colocam em torno da arbitragem e da mediação de consumo. Apesar de os meios de resolução alternativa de litígios de consumo (RALC) estarem muito desenvolvidos, sendo esta, aliás, uma das áreas do direito em que a arbitragem e a mediação são mais utilizadas, em números absolutos, os estudos teóricos sobre o assunto são praticamente inexistentes. Esta falta de base teórica torna mais difícil a resolução de alguns problemas com que as entidades de RALC, os consumidores e as empresas se deparam diariamente.

As intervenções legislativas neste domínio não têm normalmente em conta o complexo normativo, dificultando a com-

¹ Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Bolseira da Fundação para a Ciência e a Tecnologia. Membro do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Árbitro do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC).

preensão do sistema como um todo. Este problema, apesar de constituir um desafio muito interessante para o intérprete, cria alguma incerteza aos destinatários das matérias reguladas, situação particularmente preocupante se tivermos em conta que as questões que aqui são tratadas têm uma relação direta com o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da Constituição da República Portuguesa). A Lei n.º 6/2011, de 10 de março, por exemplo, criou um mecanismo que designa como “arbitragem necessária” para os serviços públicos essenciais, numa alteração ao art. 15.º da Lei n.º 23/96³, mas não definiu o regime aplicável (cfr. *infra* 2.3). Outro exemplo é a Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que estabelece os princípios e as regras a que deve obedecer o funcionamento das entidades de RALC e o enquadramento jurídico das entidades de RALC em Portugal que funcionam em rede. Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a RALC, que se aplicava, mas não estava construída a pensar na arbitragem, sem adaptar as suas normas à especificidade quase exclusivamente portuguesa (e espanhola) de a arbitragem ser uma peça chave do sistema de defesa do consumidor. Por exemplo, as regras relativas aos prazos (art. 10.º-5) ou aos efeitos da celebração de acordo prévio (art. 13.º) têm de ser interpretadas criativamente para permitirem a sua aplicação eficaz à arbitragem de consumo.

No que respeita à arbitragem de consumo, procuramos responder às questões de saber (i) se as cláusulas contratuais gerais de RALC vinculam o consumidor, (ii) qual é a natureza jurídica e quais são os efeitos da adesão plena a um centro de arbitragem de consumo, (iii) se a arbitragem imposta ao prestador de serviços pelo regime dos serviços públicos essenciais pode ser qualificada como arbitragem necessária e se a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)⁴ e os regulamentos dos centros são aplicáveis a esta arbitragem, (iv) se, nos casos em que a arbitragem é necessária para o profissional e este já propôs ação judicial, o consumidor pode

³ Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 5/2004, de 10 de fevereiro, 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

⁴ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

paralelamente propor uma ação arbitral, (v) se o Código de Processo Civil (CPC) é aplicável (subsidiariamente) à arbitragem de consumo ou, mais genericamente, quais são as regras processuais aplicáveis à arbitragem, (vi) como é que devem ser interpretados os regulamentos dos centros de arbitragem e (vii) qual é o regime dos recursos na arbitragem de consumo.

Em relação à mediação de consumo, tentamos dar resposta às questões de saber (i) se a mediação de consumo pode ser qualificada como verdadeira mediação e (ii) quando é que os prazos de caducidade e de prescrição se suspendem na tentativa de resolução extrajudicial do litígio, através de mediação.

2. Arbitragem de consumo

2.1. *Cláusulas de resolução alternativa de litígios de consumo*

Esta questão foi objeto de alguma discussão na doutrina portuguesa, em especial a propósito das cláusulas compromissórias que são cláusulas contratuais gerais, tendo atualmente resposta expressa na nossa lei. O problema podia colocar-se quer em relação a cláusulas arbitrais quer quanto a cláusulas de mediação, uma vez que em ambos os casos se colocava a questão de saber quais eram os seus efeitos numa relação de consumo.

Esta questão é, em Portugal, essencialmente teórica, uma vez que, no nosso país, as empresas tentam evitar, em regra, a arbitragem, sendo os consumidores os principais interessados na resolução dos litígios por esta via. Tirando os casos em que a empresa aderiu plenamente a um centro de arbitragem (cfr. *infra* 2.2) ou em que o consumidor tem um direito potestativo à arbitragem (cfr. *infra* 2.3), as empresas não estão vinculadas à arbitragem, preferindo normalmente não a aceitar, uma vez que sabem que o consumidor não terá uma alternativa eficaz para fazer valer o seu direito. As empresas, que conformam o essencial do conteúdo do contrato, não têm normalmente interesse na inclusão de convenções de arbitragem, pelo que são, assim, raríssimos os casos em que, em Portugal, uma cláusula compromissória é introduzida num contrato de consumo.

É interessante notar que a discussão em torno da arbitragem de consumo é muito diferente no Brasil⁵ e em Portugal. No Brasil, é necessário discutir se a cláusula compromissória inserida em contratos de consumo é válida, pretendendo as empresas recorrer à arbitragem e os consumidores aos tribunais judiciais. Com efeito, a inexistência de custas processuais leva a que o risco na proposição da ação judicial seja baixo. Acresce, por um lado, que a grande generosidade dos tribunais na condenação das empresas ao pagamento de danos morais torna interessante o recurso a tribunal, mesmo que o objeto aparente do litígio tenha um valor reduzido, e, por outro lado, a permissão ou, pelo menos, a aceitação prática da *quota litis* permite ao consumidor recorrer a tribunal com ajuda profissional, sem ou com poucos custos. O advogado tem interesse neste negócio, uma vez que a condenação pelos danos morais, por vezes de valor significativo, torna relevante o valor de um caso à partida pouco apelativo. Já em Portugal, ao contrário do que acontece nos tribunais judiciais, a arbitragem é gratuita para as partes, sendo muitas vezes, na prática, como já se disse, a única via para os consumidores verem satisfeito o seu direito. Os custos e as formalidades associados à propositura de uma ação em tribunal têm como consequência a retração do consumidor nos casos em que o valor pedido é baixo.

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

A inserção de uma cláusula contratual geral num contrato individualizado implica a superação de três obstáculos sucessivos, não sendo sequer necessário analisar o obstáculo seguinte se o anterior não estiver ultrapassado⁶. O primeiro obstáculo é a conexão com o contrato. Se a cláusula não tiver qualquer conexão com o contrato, não vale a pena analisar qualquer outro elemento, ficando excluída do contrato. Verificada a conexão com o contrato⁷, a cláusula tem de passar pelo crivo da comunicação

⁵ Sobre a arbitragem de consumo no Brasil, v. ELIZABETH DE ALMEIDA ABREU, *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, 2015.

⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2016, p. 73.

⁷ PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, 2011, p. 518.

nos termos do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85⁸. Concluída a tarefa com uma resposta afirmativa, é ainda necessário verificar se foi cumprido o dever de esclarecimento (art. 6.º do mesmo diploma). Ultrapassados estes três obstáculos, a cláusula considera-se inserida no contrato.

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

A doutrina já defendia, quando a questão (ainda) se resolvia (apenas) com base no Decreto-Lei n.º 446/85, que a empresa não podia impor a arbitragem ao consumidor através de cláusulas contratuais gerais, tendo este, se a cláusula estivesse inserida no contrato, a possibilidade de optar entre a instauração da ação no tribunal arbitral ou no tribunal judicial⁹, aqui incluindo, naturalmente, o julgado de paz.

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

⁹ MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, 1999, p. 115; ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, 2000, p. 399; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, 2002, p. 998; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 518 (embora apenas com dúvidas, face à letra da lei); MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 130; SANDRA PASSINHAS, “Alterações Recentes no Âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, 2015, p. 374; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 324. Num dos poucos casos em que os nossos tribunais se pronunciaram sobre o art. 21.º-h), em ação inibitória proposta pelo Ministério Público, a questão não é sequer tratada, apenas se concluindo que a cláusula é válida. Não são, no entanto, analisados os seus efeitos, nomeadamente para saber se vinculam ou não o consumidor – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de maio de 2007, Processo n.º 2047/2006-7 (Orlando Nascimento).

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

É agora claro que o consumidor não fica vinculado por uma cláusula de RALC (de mediação¹⁰, de arbitragem ou mista), independentemente de se tratar de uma cláusula contratual geral. As cláusulas de arbitragem inseridas em contratos de consumo são, no entanto, válidas, apenas vinculando o profissional. O consumidor tem de ter sempre a opção entre propor a ação num tribunal arbitral ou num tribunal estadual (designação que se prefere em alternativa a “tribunal judicial”, uma vez que o julgado de paz não é um tribunal judicial e está claramente abrangido pelo espírito do preceito citado).

Aliás, não permitir ao consumidor a instauração da ação num tribunal estadual seria contrário ao art. 10.º-1 da Diretiva 2013/11/UE¹¹. Seria, assim, incompatível com o direito europeu, por exemplo, determinar que os litígios relativos a serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária, vinculando o consumidor a esse foro (v. *infra* 2.3).

¹⁰ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 325.

¹¹ Este preceito estabelece que “os Estados-Membros devem assegurar que os acordos entre consumidores e comerciantes no sentido de apresentar queixa a uma entidade de RAL não sejam vinculativos para os consumidores se tiverem sido celebrados antes da ocorrência do litígio e *se tiverem por efeito privar os consumidores do seu direito de intentar uma ação em tribunal* para a resolução do litígio” (itálico nosso). Ainda se poderia discutir se a referência a “tribunal” também abrange o tribunal arbitral, mas o considerando (45) parece afastar essa interpretação quando indica que a “diretiva não deverá impedir as partes de exercer o seu direito de acesso ao *sistema judicial*” (itálico nosso).

2.2. Adesão plena a centros de arbitragem de conflitos de consumo

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo permitem habitualmente que as empresas emitam uma declaração através da qual aderem plenamente ao centro. Veja-se, a título de exemplo, o art. 16.º-1 do Regulamento do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), que determina que, “para o efeito previsto nos números seguintes, os agentes económicos podem declarar que aderem previamente e com carácter genérico ao Regulamento do CNIACC, ao Regulamento do Serviço de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumos e ao Regulamento de Encargos Processuais”. Na sequência desta declaração, as empresas aderentes passam a poder ostentar nos seus estabelecimentos um dístico publicitando essa adesão.

A questão a que pretendemos aqui dar resposta é a de saber se o consumidor pode impor a arbitragem em determinado centro de arbitragem a uma empresa que aderiu a esse centro. Para tal, revela-se necessário qualificar juridicamente a declaração através da qual a empresa realiza a adesão.

Numa primeira análise é possível configurar a declaração de adesão como um convite a contratar, uma proposta contratual ou como uma promessa pública¹².

Na oposição entre convite a contratar e proposta contratual a figura do convite a contratar fica, desde logo, afastada. Uma declaração é considerada uma proposta contratual quando é completa, precisa, firme e formalmente adequada¹³. Pelo

¹² MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, 1999, pp. 112 e 113, com quem não concordamos, configura a adesão plena como um contrato entre a empresa e o centro de arbitragem, retirando daí a consequência de que, sendo terceiro em relação ao contrato, o consumidor, “no caso de o agente económico se recusar a celebrar uma convenção de arbitragem, [...] não lhe pode opor a declaração de adesão genérica à arbitragem”.

¹³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, p. 101.

contrário, deve considerar-se que se trata de um mero convite a contratar quando falham os requisitos da completude ou da adequação formal ou quando o emitente fizer saber que a sua declaração não deve ser considerada como proposta¹⁴. Tal não se verifica no presente caso, como se demonstra de seguida.

Para aferir da completude de determinada proposta importa definir o conteúdo mínimo do contrato a celebrar¹⁵. O conteúdo mínimo da convenção de arbitragem, isto é o conteúdo, traduzido habitualmente em cláusulas, sem o qual não pode considerar-se existir uma convenção de arbitragem, é bastante reduzido. Basta que haja um acordo quanto a submissão de determinado ou determinados litígios à arbitragem. No caso da adesão plena, há uma declaração no sentido de se pretender submeter determinados litígios a arbitragem, pelo que se encontra preenchido o requisito da completude.

Para que seja formalmente adequada, a proposta deve revestir a forma necessária para o contrato. Nos termos do art. 2.º-1 da LAV, a convenção de arbitragem deve adotar forma escrita. Restringimos a nossa análise aos casos em que a adesão plena é feita através de declaração escrita, que correspondem à norma, em que se encontra cumprido, portanto, o elemento da adequação formal.

Por fim, não se verifica qualquer manifestação, por parte do aderente, no sentido de a sua declaração não dever ser considerada como proposta contratual.

Encontrando-se, pois, afastada a hipótese do convite a contratar, importa verificar se a declaração de adesão plena deve ser qualificada como proposta contratual ou como promessa pública.

Tratando-se de proposta contratual, basta a aceitação do consumidor para que se considere celebrado o contrato, no caso a convenção de arbitragem.

No que diz respeito à promessa pública, determina o Código Civil (CC), no art. 459.º-1, que “aquele que, mediante anúncio público, prometer uma prestação a quem se encontre

¹⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, p. 105.

¹⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, p. 101.

em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo, fica vinculado desde logo à promessa”. Verifica-se, pois, que, através de promessa pública, alguém promete uma prestação. No caso em apreço, tal significaria que a empresa prometeria celebrar convenção de arbitragem, quando o consumidor manifestasse vontade de resolver determinado litígio através de arbitragem.

A configuração como proposta contratual ou como promessa pública conduz, portanto, a efeitos completamente distintos. Quando alguém emite uma proposta contratual fica numa posição de sujeição, tendo a outra parte o direito potestativo de aceitar aquela proposta. Pelo contrário, quem faz uma promessa pública fica obrigado a cumprir essa promessa, tendo a outra parte um direito subjetivo.

No caso da adesão plena, a qualificação como proposta contratual implica que o consumidor tem o direito potestativo de aceitar a proposta de convenção de arbitragem e, posteriormente, o direito potestativo (decorrente do contrato) de submeter o seu litígio a arbitragem. A empresa, encontrando-se numa posição de sujeição não pode impedir a celebração da convenção de arbitragem nem, conseqüentemente, impedir que o consumidor recorra à arbitragem.

Já a qualificação como promessa pública implica que o consumidor apenas tem um direito subjetivo a que a empresa emita uma proposta de convenção arbitral. Tal significa que, não querendo que o litígio seja sujeito a arbitragem, a empresa pode recusar-se a cumprir a prestação a que estava obrigada. Tal recusa tem efeitos meramente obrigacionais, podendo ser geradora de responsabilidade civil.

A qualificação como proposta contratual ou como promessa pública da declaração de adesão plena depende, parecidos, da sua interpretação. Nos termos do art. 236.º-1 do CC, “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele”. É, pois, a esta luz que devemos interpretar a declaração negocial da empresa.

No essencial, a questão coloca-se da seguinte forma: um consumidor normal deduz da declaração emitida pela empresa que:

- a) Quando surgir um litígio poderá optar por resolvê-lo através de arbitragem; ou
- b) Quando surgir um litígio poderá manifestar a sua vontade de recorrer a arbitragem, cabendo à empresa decidir se, no caso concreto, concorda com o recurso a esse meio de resolução de litígios.

Consideramos que, tipicamente, um consumidor normal, colocado na posição do consumidor real, deduz do comportamento da empresa que esta lhe concede a si, consumidor, a opção de escolha, permitindo-lhe, querendo, optar pela arbitragem. Parece-nos muito difícil defender que esse mesmo consumidor percebe que a empresa pretende reservar-se a possibilidade de obstar ao recurso à arbitragem.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁶ argumenta, no sentido da necessidade de configuração como promessa pública¹⁷, que apenas pode haver derrogação do direito de ação quando a lei o permite e que a LAV apenas reconhece dois tipos de convenção de arbitragem¹⁸: cláusula compromissória e compromisso arbitral, não preenchendo a declaração unilateral genérica os requisitos de nenhuma delas.

Concordamos que apenas pode haver derrogação do direito de ação quando a lei o permite. Contudo, a declaração do aderente não é, por si só, convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem celebra-se quando o consumidor aceita a proposta. Não há, pois, necessidade de criar uma terceira categoria de convenção de arbitragem nestes casos. Estaremos perante uma cláusula compromissória se ainda não houver litígio no momento da aceitação ou, o que é mais comum, um compro-

¹⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 127.

¹⁷ Também no sentido da qualificação como promessa pública, v. DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, 2002, p. 998.

¹⁸ Em sentido contrário, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, 2015, p. 97, defende que, apesar de a lei não o prever expressamente, são admitidas cláusulas arbitrais inseridas em negócios unilaterais.

misso arbitral, nos casos em que já existe um litígio que opõe o consumidor e a empresa aderente.

Note-se, ainda, que a adesão plena pode ser um fator distintivo do vendedor ou prestador de serviços, aumentando a confiança do consumidor¹⁹ e levando-o a contratar com a empresa aderente em vez de contratar com outra que não aderiu a qualquer centro de arbitragem. Seria, pois, desequilibrada uma solução que permitisse à empresa, no momento da ocorrência do litígio, impedir o consumidor de recorrer à arbitragem, ainda que pudesse haver lugar a indemnização.

No que diz respeito à forma, à semelhança da proposta emitida pela empresa aderente, também a aceitação do consumidor tem de revestir forma escrita. Contudo, nada impede que a aceitação seja tácita, nos termos do art. 217.º-1 do CC. Assim, por exemplo, se o consumidor apresenta um requerimento arbitral no centro de arbitragem a que a empresa aderiu aceita tacitamente e por escrito a proposta contratual da empresa, celebrando-se, naquele momento, a convenção arbitral.

A propósito da declaração emitida pela empresa aderente coloca-se, ainda, a questão de saber se a adesão carece de aceitação por parte do centro de arbitragem. A declaração emitida pela empresa tem como destinatários os consumidores e não o centro de arbitragem. Através daquela declaração a empresa propõe, como vimos, ao consumidor a celebração de uma convenção de arbitragem para resolução de litígios em determinado centro. Apesar de, habitualmente, a empresa enviar um formulário ao centro de arbitragem a que adere, tal não se revela necessário. Basta que a empresa afixe o dístico informando da adesão ou inclua essa informação nos contratos ou na sua publicidade para que fique vinculada perante o consumidor, sujeitando-se a que aquele aceite a sua proposta²⁰. Não só não é

¹⁹ Neste sentido, MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, 1999, p. 111.

²⁰ Em sentido contrário, ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, 2000, p. 396, defende que a adesão genérica, mais do que como convenção arbitral, apresenta-se como um contrato entre o organismo arbitral e a empresa. Também MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, 1999, pp. 112-113, configura a adesão

necessária a aceitação por parte do centro, como é mesmo irrelevante que este conheça aquela declaração da empresa.

2.3. Arbitragem nos serviços públicos essenciais

A Lei n.º 6/2011 alterou a Lei n.º 23/96, tendo o art. 15.º-1 passado a prever 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”.

Esta arbitragem, que iremos qualificar um pouco mais à frente, tem dois pressupostos de base:

- Tratar-se de um litígio de consumo, sendo o consumidor uma pessoa singular;
- Estar em causa um serviço público essencial.

Para responder à questão de saber quando é que estamos perante um litígio de consumo, é necessário perceber qual é o conceito relevante de consumidor para efeito deste diploma²¹. Ao contrário do que sucede noutras leis, a Lei n.º 23/96 não define o conceito de consumidor. Sendo a Lei de Defesa do Consumidor (LDC) o diploma central no que respeita à regulação das relações de consumo, que incorpora os princípios gerais do direito do consumo, podemos entender que a definição mais relevante de consumidor é a que consta do seu art. 2.º-1 (“considera-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 caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”). Esta definição é utilizada como referência

plena como um contrato entre a empresa e o centro.

²¹ O conceito de consumidor, relevante para efeito do art. 15.º-1, não se confunde com o de utente, que é bastante mais amplo. Com efeito, o art. 1.º-3 estabelece que se considera “utente, para os efeitos previstos nesta lei, a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”.

no nosso direito, em alguns casos por via de reprodução (Decreto-Lei n.º 67/2003) ou de remissão expressa (Decreto-Lei n.º 134/2009) da lei, noutros por via interpretativa (Decreto-Lei n.º 446/85²²). Nos casos em que determinado diploma utiliza mas não define o conceito de consumidor, a tendência mais comum consiste, assim, em recorrer à definição da LDC²³. Esta parece ser também a melhor via para a resolução deste problema interpretativo, aplicando-se o conceito da LDC para efeito do art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96²⁴. O conceito de consumidor é analisado com referência a quatro elementos: elemento subjetivo (no preceito em análise limitado expressamente a “pessoas singulares”), elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional²⁵. Nota-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, porque não é matéria de facto). Se não forem incluídos no objeto do processo por outra via, cabe ao consumidor a alegação e, em princípio, a prova dos factos, relativos aos quatro elementos indicados, que sustentam essa qualificação, nomeadamente o “uso não profissional”.

Quanto a estar em causa um serviço público essencial, é necessário verificar o elenco do art. 1.º-2 da Lei n.º 23/96, que nos parece ser taxativo²⁶. Assim, a arbitragem prevista no art. 15.º-1 aplica-se aos serviços de fornecimento de água²⁷, aos serviços de fornecimento de energia elétrica, aos serviços de fornecimento de gás natural e de gases de petróleo liquefeitos

²² ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 92, n. 262.

²³ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, 2009, p. 77.

²⁴ FLÁVIA DA COSTA DE SÁ, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Eletrónicas*, 2014, p. 16.

²⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29.

²⁶ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, 2000, p. 339; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais”, 2004, p. 414; FLÁVIA DA COSTA DE SÁ, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Eletrónicas*, 2014, p. 18. Em sentido contrário, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, 2002, pp. 140 e 141;

²⁷ CÁTIA SOFIA RAMOS MENDES, *O Contrato de Prestação de Serviços de Fornecimento de Água*, 2015, p. 75; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22 de janeiro de 2015, Processo n.º 07431/14 (Lurdes Toscano).

canalizados, aos serviços de comunicações eletrónicas (internet, televisão, telefone, etc.), aos serviços postais, aos serviços de recolha e tratamento de águas residuais e aos serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. Por muito essenciais que possam ser considerados outros serviços, não lhes é aplicável a Lei n.º 23/96.

Não é absolutamente fundamental que exista um contrato entre as partes, podendo o litígio de consumo resultar de uma relação pré-contratual²⁸ ou até mesmo não contratual. Assim, por exemplo, no caso do fornecimento de energia elétrica, o art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96 permite ao consumidor resolver por via arbitral os litígios que tenha quer com o comercializador (com quem celebrou um contrato) quer com o distribuidor (com quem não celebrou qualquer contrato, mas com quem tem uma relação reconhecida como tal por via legal e regulamentar²⁹).

Verificados os dois pressupostos de base, o consumidor pode submeter o litígio à apreciação do tribunal arbitral de um centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado. É, ainda, necessário, naturalmente, que o centro de arbitragem aceite o litígio. Em princípio, os centros têm de aceitar

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de novembro de 2015, Processo n.º 87/15.1YRCBR (Maria João Areias). Trata-se aqui de uma ação de anulação de sentença arbitral do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, concluindo o tribunal que a Lei n.º 23/96 “não é aplicável somente à fase do fornecimento de tais serviços e que pressupõe a prévia celebração de um contrato formal entre a concessionária e o utilizador de tais serviços, mas a toda a relação que se estabelece entre ambos, abrangendo a fase pré-contratual e os serviços prestados pela concessionária com vista ao estabelecimento das condições necessárias à celebração do contrato de fornecimento e à disponibilização de um sistema de abastecimento”. Acrescenta o tribunal que “o litígio entre a concessionária e o proprietário de um imóvel, referente ao pagamento de uma obrigação pecuniária decorrente da instalação de um ramal de ligação à rede pública, é um litígio de consumo no âmbito de um serviço público essencial, podendo ser sujeito a arbitragem necessária”.

²⁹ A título de exemplo, refere-se o art. 10.º-1 do Regulamento de Qualidade de Serviço do Setor Elétrico (Regulamento n.º 455/2013, de 30 de outubro de 2013, da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), que estabelece que “os operadores das redes são responsáveis pela qualidade de serviço técnica, perante os clientes ligados às redes independentemente do comercializador com quem o cliente contratou o fornecimento”. Esta responsabilidade do distribuidor não afasta, naturalmente, a responsabilidade do comercializador pelo não cumprimento do contrato celebrado.

os litígios que estejam no âmbito da sua competência, nomeadamente material e/ou territorial.

O art. 11.º da Lei n.º 144/2015 regula os casos em que as entidades de RALC – e os centros de arbitragem de consumo legalmente autorizados são necessariamente entidades de RALC – podem recusar o tratamento de um litígio. Nos termos do art. 11.º-1, constituem fundamentos lícitos de recusa de tratamento de um litígio, se estiverem previstos nos respetivos regulamentos, o consumidor não ter “tentado previamente contactar o fornecedor de bens ou prestador de serviços em questão para expor a sua reclamação e procurar resolver o assunto”, o litígio ser “supérfluo ou vexatório”, o litígio já “se encontrar pendente ou já tiver sido decidido por outra entidade de RAL ou por um tribunal judicial” (sobre este aspeto, v. *infra* 2.4), o valor do litígio estar fora dos “limites de valor predeterminados pela entidade de RAL”³⁰, o consumidor não apresentar “a reclamação à entidade de RAL dentro de um prazo previamente estabelecido, o qual não pode ser inferior a um ano a contar da data em que o consumidor tenha apresentado a reclamação ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, quando estejam em causa procedimentos de natureza voluntária”. O art. 11.º-2 acrescenta que, “se, de acordo com as suas regras processuais, uma entidade de RAL se revelar incapaz de apreciar um litígio que lhe tenha sido apresentado, esta entidade deve facultar a ambas as partes, no prazo de 15 dias úteis a contar da data de receção do processo de reclamação, uma explicação circunstanciada dos motivos que justificaram a não apreciação do litígio”.

Definido o âmbito da arbitragem estabelecida no art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96, importa proceder à sua qualificação: será arbitragem necessária ou arbitragem voluntária?

O interesse desta questão encontra-se, no essencial, limitado a saber que normas se aplicam.

A ideia de que podemos com alguma certeza partir é a

³⁰ Os limites impostos pelas entidades de RALC não podem, no entanto, nos termos do art. 11.º-3, comprometer “significativamente o acesso dos consumidores ao tratamento da reclamação”.

de que se trata de arbitragem. Tratando-se de arbitragem, temos dois conjuntos de normas principais: as da Lei de Arbitragem Voluntária, que se aplicam à arbitragem voluntária, e as do Livro VI do CPC, que se aplicam à arbitragem necessária.

O elemento literal, visível logo na epígrafe do art. 15.º-1, poderia apontar para a qualificação como arbitragem necessária. No entanto, o art. 1082.º do CPC, que abre o livro dedicado ao “tribunal arbitral necessário”, afasta-a. Assim, prevê-se nessa norma que, “se o julgamento arbitral *for prescrito por lei especial*, atende-se ao que nesta estiver determinado; na falta de determinação, observa-se o disposto nos artigos seguintes” (itálico nosso)³¹. Ora, no art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96, o julgamento arbitral não é prescrito. A lei confere ao consumidor um direito de opção, podendo recorrer a um tribunal arbitral ou a um tribunal estadual. Por definição, não estamos, portanto, perante um caso de arbitragem necessária³².

A lei apenas substitui a declaração da empresa, sendo sempre necessária a declaração do consumidor. Portanto, a situação jurídica em que se encontra o consumidor é idêntica àquela que resulta da adesão plena da empresa ao centro. O consumidor tem o direito potestativo de recorrer à arbitragem.

Embora tenhamos concluído que se trata de arbitragem voluntária, a aplicação da LAV não pode ser feita sem mais, uma vez que uma das partes não emitiu qualquer declaração negocial.

É necessário, assim, interpretar cada uma das normas tendo em conta essa circunstância.

Por exemplo, o art. 36.º da LAV, que regula a intervenção

³¹ De qualquer forma, mesmo que considerássemos tratar-se de arbitragem necessária, não haveria qualquer consequência ao nível do regime jurídico. Os arts. 1083.º e 1084.º do CPC nunca seriam aplicáveis à arbitragem de consumo, uma vez que nesta as partes não escolhem os árbitros, pressuposto das regras contidas nos dois preceitos. Já o art. 1085.º remete precisamente para a Lei de Arbitragem Voluntária em tudo o que não estiver especialmente regulado.

³² Neste sentido, cfr. JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 327, que defende (p. 18) que “o art. 15.º da LSP [Lei dos Serviços Públicos Essenciais] prevê uma arbitragem potestativa, pois atribui ao utente que seja pessoa física o direito potestativo de iniciar o processo arbitral”.

de terceiros, estabelece que “só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela *convenção de arbitragem* em que aquele se baseie (...)” (itálico nosso). Ora, não havendo uma convenção de arbitragem típica, é necessário aplicar o preceito com as devidas adaptações. Assim, julgamos que só podem intervir no processo arbitral terceiros em relação à configuração da lide feita pelo consumidor, na qual o prestador do serviço público essencial participa por imposição legal, se esses terceiros *aderirem* ao processo de arbitragem. Não basta, no entanto, a sua adesão (voluntária³³) ao processo de arbitragem. É necessário, ainda, o consentimento de todas as partes no processo arbitral³⁴. Mesmo que se verifique o consentimento de todas as partes (aqui incluindo o terceiro), o n.º 3 do art. 36.º estabelece que “o tribunal arbitral só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifiquem, considerando-se como tais, em particular, aquelas situações em que, não havendo manifesta inviabilidade do pedido: a) O terceiro tenha em relação ao objeto da causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que inicialmente permitisse o litisconsórcio voluntário ou impusesse o litisconsórcio necessário entre uma das partes na arbitragem e o terceiro; ou b) O terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objeto que o do demandante, mas incompatível com o deste; ou c) O demandado, contra quem seja invocado crédito que possa, *prima facie*, ser caracterizado como solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem; ou d)

³³ Não é admissível que a instância arbitral seja iniciada contra dois prestadores de serviços ao abrigo do direito potestativo à arbitragem conferido ao utente consumidor pelo art. 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 (na sua redação atual). Com efeito, se a lei impõe ao prestador de serviço a participação num processo arbitral por declaração da contraparte, não impõe a participação nesse processo a par de outras partes. O prestador de serviços tem, assim, a possibilidade de bloquear a participação no processo de outras partes, além de si e do utente.

³⁴ Como refere ARMINDO RIBEIRO MENDES (AAVV, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2015, p. 96), “a exigência de consentimento de todos os envolvidos decorre do desejo de evitar o risco de lesão de interesses das partes primitivas e os inconvenientes para a condução célere do processo”.

O demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante”.

Os regulamentos dos centros de arbitragem também são aplicáveis. A lei estabelece expressamente a sua competência nestes casos, pressupondo-se que a autorização – de natureza administrativa – necessária para que os centros funcionem garante a seriedade do procedimento. Os regulamentos dos centros são um dos aspetos sujeito a controlo administrativo, pelo que a remissão legal do art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96 deve entender-se como abrangendo a sua aplicação integral. Como se verá, as regras processuais previstas nos regulamentos dos centros são aplicáveis, salvo se não respeitarem o *due process of law* ou outras normas com conteúdo imperativo da LAV (art. 30.º-2 da LAV). Esta conclusão vale, aliás, para toda a arbitragem de consumo, independentemente de esta se situar no âmbito dos serviços públicos essenciais. Sobre a questão da (não) aplicação subsidiária do CPC, v. *infra* 2.5.

2.4. Interação entre a arbitragem necessária e o processo judicial previamente instaurado pela empresa

Imaginemos o seguinte caso. Determinada empresa entende que o consumidor é devedor de 150 euros, correspondentes à eletricidade prestada ao longo dos últimos três meses. Para cobrar esse valor inicia uma ação judicial no tribunal competente. O consumidor entende não ser devedor, mas pretende resolver o litígio através de arbitragem e não no tribunal judicial.

Coloca-se a questão de saber se pode obstar ao prosseguimento da ação judicial e iniciar um processo arbitral.

Como vimos atrás, o art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96 determina 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”.

Daqui decorre que, sendo a arbitragem necessária apenas para a empresa, esta não podia, por iniciativa própria, propor ação arbitral. É, pois, expectável, que inicie um processo judicial³⁵.

Contudo, a teleologia da norma do referido art. 15.º-1 é a de permitir ao consumidor a escolha da arbitragem quando estão em causa serviços públicos essenciais. Não apresentando a lei qualquer limitação, não faz, pois, sentido que sempre que seja a empresa a tomar a iniciativa de resolver determinado litígio o consumidor se veja, na prática, impedido de optar pela arbitragem.

Em sentido contrário, é possível argumentar que quando a iniciativa é da empresa estamos habitualmente perante casos de cobrança de dívidas, para os quais já existem meios processuais específicos, como a injunção e a ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias³⁶, pelo que não deve permitir-se o recurso à arbitragem nestes casos.

No entanto, a lei pretendeu atribuir ao consumidor a opção pela arbitragem sempre que esteja em causa um serviço público essencial, não estabelecendo qualquer limitação. Trata-se de um aumento da proteção do consumidor, que deve prevalecer. Ainda que os procedimentos especiais sejam adequados à cobrança de dívidas, os centros de arbitragem de conflitos de consumo são especialmente vocacionados para as relações de consumo, permitindo ao consumidor ter uma maior proximidade como o processo e, em princípio, ter menos custos com o mesmo.

Pelo exposto, parece-nos que deve permitir-se que o consumidor inicie a arbitragem quando é citado na ação judicial,

³⁵ Note-se, aliás, que esta unidirecionalidade é desejável, na medida em que solução contrária conduziria à inundação dos centros de arbitragem com ações para cobrança de dívidas (CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português”, 2012, pp. 43 e 44). A propósito da unidirecionalidade como um dos traços característicos da resolução alternativa de litígios de consumo, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 315.

³⁶ Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 383/99, de 23 de setembro, 183/2000, de 8 de outubro, 323/2001, de 17 de dezembro, 32/2003, de 17 de fevereiro, 38/2003, de 8 de março, 324/2003, de 27 de dezembro, 53/2004, de 18 de março, 107/2005, de 1 de julho, 14/2006, de 26 de abril, e 303/2007, de 24 de agosto, pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 34/2008, de 26 de fevereiro, e 226/2008, de 20 de novembro.

desde que o faça antes da sua primeira intervenção no processo. Deve depois apresentar contestação na ação judicial alegando a exceção de preterição do tribunal arbitral, uma vez que nesse momento já existe convenção de arbitragem (o art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96 substitui a declaração da empresa e o consumidor já emitiu a sua própria declaração para a celebração da convenção arbitral, através do requerimento arbitral).

A empresa pode desistir da ação ou, se não o fizer, o juiz deve absolver o réu da instância tendo em conta a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral – arts. 96.º-b) e 577.º-a) do CPC.

Note-se que, apesar de nos parecer ser claramente esta a solução decorrente da correta interpretação da Lei n.º 23/96, a mesma afigura-se onerosa para as empresas, na medida em que estas não podem recorrer à arbitragem, sendo obrigadas, para fazer valer os seus direitos, a propor ação judicial, e conseqüentemente a pagar as custas do processo judicial, ficando depois dependentes da vontade do consumidor, que pode tornar inútil o tempo e dinheiro gastos na ação judicial ao optar pelo recurso à arbitragem.

2.5. Regras processuais aplicáveis à arbitragem de consumo – A (não) aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil

A Lei n.º 144/2015 regula a resolução alternativa de litígios de consumo e estabelece algumas (poucas) regras aplicáveis à arbitragem. Estas regras devem considerar-se como tendo conteúdo imperativo, pelo que se sobrepõem mesmo à convenção das partes.

Assim, o art. 10.º-2 da Lei n.º 144/2015 estabelece que as entidades de RALC devem “assegurar que as partes não têm de recorrer a um advogado e podem fazer-se acompanhar ou representar por terceiros em qualquer fase do procedimento”. Daqui resulta que, ao contrário do que sucede nos tribunais estaduais, a representação por advogado não pode ser imposta, independentemente do valor da ação. Assim, mesmo que o valor da ação seja superior ao da alçada do tribunal de primeira

instância, a representação por advogado não é obrigatória. Uma cláusula neste sentido inserida num regulamento de arbitragem de um centro é inválida (por ser contrária à lei), não podendo ser aplicada. Por exemplo, o art. 20.º-3 do Regulamento do CNIACC tornou-se inválido, com a entrada em vigor da Lei n.º 144/2015, na parte em que prevê que “no processo arbitral é obrigatória a constituição de advogado, nas causas com valor superior à alçada do Tribunal de primeira instância”.

O art. 10.º-4 da Lei n.º 144/2015 impõe, no que à arbitragem diz respeito, o respeito pelo princípio do contraditório, princípio fundamental de qualquer processo, incluído nos princípios do processo equitativo do art. 20.º-4 da Constituição da República Portuguesa. Este princípio é, aliás, densificado, no que respeita à arbitragem de consumo, no art. 12.º da Lei n.º 144/2015.

O art. 10.º-5 da Lei n.º 144/2015 determina que “os procedimentos de RAL devem ser decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a entidade de RAL receba o processo de reclamação completo”. O n.º 6 acrescenta que este prazo “pode ser prorrogado, no máximo por duas vezes, por iguais períodos, pela entidade de RAL, caso o litígio revele especial complexidade, devendo as partes ser informadas da prorrogação do prazo e do tempo necessário previsto para a conclusão do procedimento de RAL”.

A Lei n.º 144/2015 estabelece, portanto, um prazo mais curto para a arbitragem de consumo. O prazo inicial de 90 dias começa a contar a partir da data da receção pelo tribunal arbitral do requerimento inicial de arbitragem, não sendo contabilizado na arbitragem o tempo decorrido no procedimento de mediação³⁷. A opção pode ser criticável³⁸, mas a regra parece clara, pelo que o poder jurisdicional do árbitro se esgota findo o prazo previsto no n.ºs 5 e 6.

³⁷ Neste sentido, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 321, defende que “o prazo de 90 dias respeita a cada procedimento de resolução alternativa de litígios”.

³⁸ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, pp. 321 e 322.

No que respeita à convenção de arbitragem, é necessário ter em conta o art. 13.º da Lei n.º 144/2015. No essencial, a regra, já explicada neste texto (v. *supra* 2.1), é a de que o consumidor não fica vinculado pela convenção de arbitragem, podendo sempre optar entre a propositura da ação no tribunal arbitral ou num tribunal estadual.

A Lei n.º 144/2015 não contém outras regras sobre o processo de arbitragem nem qualquer norma de aplicação subsidiária.

Sendo arbitragem, sempre que não haja norma especial na Lei n.º 144/2015, devem aplicar-se as normas da LAV.

O art. 30.º da LAV regula precisamente os princípios e as regras do processo arbitral. Depois de realçar a vinculação do tribunal arbitral aos princípios do processo justo (n.º 1), estabelece-se a regra geral relativa às regras processuais da arbitragem: livre escolha pelas partes (até à designação do árbitro), com o limite das normas imperativas (n.º 2)³⁹.

Na arbitragem de consumo, a livre escolha das regras processuais pelas partes consubstancia-se normalmente na seleção do centro de arbitragem de consumo que vai resolver o litígio. Ao aderirem a um centro, as partes tornam suas as cláusulas do regulamento desse centro (cfr. art. 6.º da LAV).

Coloca-se aqui a questão de saber qual é a natureza das regras processuais dos regulamentos dos centros de arbitragem, que são depois incluídas na convenção de arbitragem por remissão (expressa ou tácita). Esta questão é especialmente revelante para se concluir quanto à sua interpretação e aplicação.

Devem aplicar-se as normas de interpretação das leis (art. 9.º do CC) ou as normas de interpretação dos negócios jurídicos (arts. 236.º e seguintes do CC)? Os regulamentos de arbitragem não se subsumem inteiramente a nenhuma das ca-

³⁹ Este artigo traduz o princípio da autonomia das partes, considerado um princípio fundamental no âmbito da arbitragem. Acerca deste princípio na arbitragem internacional ver, por exemplo, ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2005, p. 265; PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, pp. 44 e 45, a propósito da lei modelo da Uncitral que foi seguida na elaboração da LAV.

tegorias. Não são negociados entre as partes, mas também não configuram uma norma geral, na medida em que são de criação privada, apenas se aplicando quando as partes assim o determinam. Contudo, consideramos que têm uma característica que os aproxima das normas gerais e distancia das declarações negociais: a circunstância de serem criados por pessoa diversa das partes. Assim, as partes atribuem competência a outrem para criar regras que os vão vincular. Na maior parte dos casos, esta norma de atribuição de competência, constante do contrato entre as partes, regula a forma como as regras processuais vão ser criadas, mas não o seu conteúdo. Daqui decorre que não faria sentido interpretar as regras processuais criadas, por exemplo pelos árbitros ou por um centro de arbitragem, como se se tratasse de regras emitidas pelas próprias partes. Concluímos, pois, que, em regra, as normas constantes de regulamentos de arbitragem devem ser interpretadas segundo os cânones interpretativos previstos no art. 9.º do CC.

Se essas regras são alteradas por quem as criou (centro de arbitragem), entre o momento da celebração da convenção de arbitragem pelas partes e o momento do início da arbitragem, *quid iuris?* Aplica-se a versão das regras vigentes à data da convenção de arbitragem ou à data do início do processo de arbitragem? Quando as partes, na convenção de arbitragem, escolhem um centro de arbitragem para resolver o seu litígio atual ou eventual estão a escolher um determinado conjunto de regras. Assim, quando a entidade que criou as normas as altera entre o momento em que as partes para elas remeteram e o momento em que surge um litígio e a arbitragem efetivamente começa, o que pode ocorrer anos depois, importa saber qual a versão do regulamento de arbitragem que se aplica. Parece-nos que a resposta a esta questão tem de ser encontrada no conteúdo das declarações das partes na convenção de arbitragem. Se, na arbitragem comercial em geral, a vontade das partes, expressa nas suas declarações, será, em regra, a de escolher determinadas regras, que conhecem, na arbitragem de consumo as partes não querem, geralmente, escolher determinado conjunto de regras, mas sim delegar essa escolha numa entidade legalmente

autorizada para a RALC, em quem confiam, por serem os maiores especialistas na matéria. Nesses casos, deve entender-se que as partes não escolheram o conteúdo das normas. Quiseram apenas atribuir competência para a elaboração dessas normas. Quando assim é, as regras processuais a aplicar são aquelas que, fruto de avanços no estudo da arbitragem, a entidade escolhida considerar válidas no momento em que o processo de arbitragem das partes tem início. Nos casos em que há adesão a um centro de arbitragem, em princípio a questão será resolvida de acordo com a regra que o próprio centro de arbitragem aprovou para regular a questão. Ao aderirem ao centro as partes aceitam todas as regras que regulam o seu funcionamento, incluindo, as que regulam qual o regulamento de arbitragem a aplicar.

O art. 30.º-3 da LAV trata do caso em que as partes não acordaram sobre a regra processual necessária para resolver alguma questão (o que implica que o regulamento do centro também não a resolveu) e a LAV ou outro diploma, como a Lei n.º 144/2015, não regule imperativamente a matéria. Se assim for, “o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, *definindo as regras processuais que entender adequadas*, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”⁴⁰ (itálico nosso).

A “lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”, ou seja, no caso português, o CPC, só será aplicável se o tribunal arbitral o indicar explicitamente. Isto significa que o CPC não é aplicável subsidiariamente à arbitragem (em geral e especificamente à de consumo).

A forma de suprir lacunas nas regras de processo é a indicada neste art. 30.º-3: o tribunal arbitral define, em cada caso, as regras processuais que entender adequadas. A flexibilidade é um instrumento fundamental da arbitragem e esta solução é essencial para garantir essa flexibilidade.

⁴⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2013, p. 121, defende que este regime não é senão o que corresponde ao “poder-dever dos árbitros de exercer essa função com observância da lei aplicável”.

Como exemplo desta flexibilidade processual, pode analisar-se o Regulamento do CNIACC. Assim, o art. 22.º, que trata do processo arbitral, estabelece que, “apresentados o requerimento inicial e a contestação, o Juiz Árbitro adota a tramitação processual adequada às especificidades da causa, definindo designadamente: a) Se o processo comporta fases orais para a produção de prova ou para a exposição oral dos argumentos das partes ou se é decidido apenas com base nos documentos e outros elementos de prova, dispensando a realização de qualquer audiência; b) Se há necessidade de delimitar a matéria de prova, separando-a da matéria que considera já provada; c) Quais os meios de prova a produzir, aqui se incluindo depoimento de parte, testemunhas, documentos, perícias e exames a coisas ou pessoas; d) Qual o número de testemunhas a apresentar, no máximo de 6” (n.º 1). O n.º 4 permite a alteração desta decisão de gestão processual, “no decurso do processo, caso se mostre necessário”.

2.6. Recursos

Outra questão que pode ser discutida consiste em saber qual o regime de recursos aplicável à arbitragem de consumo.

Para responder a esta questão, temos de percorrer o caminho indicado no ponto anterior no que respeita à definição das regras processuais na arbitragem de consumo. A Lei n.º 144/2015 não regula a questão dos recursos, pelo que é necessário ter em conta a LAV. A regra geral da LAV, nesta matéria, é a da irrecorribilidade da decisão que ponha termo ao processo (art. 39.º-4). No entanto, este preceito determina, ainda, que a regra é supletiva, podendo ser afastada por acordo entre as partes (exceto se a ação for decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável).

A regra geral da arbitragem de consumo é, assim, a da irrecorribilidade da decisão arbitral.

As partes podem, contudo, prever a admissibilidade do recurso, por acordo nesse sentido.

Tendo em conta que a negociação efetiva da convenção de arbitragem é rara na arbitragem de consumo, torna-se necessário, na prática, analisar o regulamento de arbitragem do centro onde esta decorreu para concluir acerca da questão da recorribilidade da decisão.

Vejamos alguns exemplos.

O Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL) nada diz sobre a questão. Logo, aplica-se a regra da LAV, não sendo admissível o recurso, salvo se as partes o tiverem estabelecido por acordo, aceitando o centro, ainda assim, prosseguir com o processo.

O Regulamento do Centro de Arbitragem do Setor Automóvel (CASA) regula a matéria, estabelecendo o art. 43.º-2 do respetivo regulamento que “da decisão arbitral cabem para o tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca”. Esta norma do regulamento, que deve ser interpretada no sentido de que remete para o regime dos recursos do CPC (arts. 627.º e seguintes), equivale a convenção das partes quanto a este assunto. Se já havia convenção entre partes, antes de recorrerem ao centro, e o seu conteúdo é diferente, este apenas prevalece se o centro der o seu acordo (expresso ou tácito).

O Regulamento do CIAB – Centro de informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral) contém uma formulação diversa, que carece de interpretação para ser bem compreendida. Assim, resulta do art. 19.º-1 que “só poderão ser objeto de recurso, os processos de reclamação de valor superior à alçada do Tribunal judicial de primeira instância e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável”. Ao contrário da norma do Regulamento do CASA, não se remete aqui para os critérios de recorribilidade do CPC, sendo esta uma norma autónoma. O único critério é, neste caso, o valor da causa. Não revelam outros elementos indicados no CPC, como a sucumbência (cfr. art. 629.º-1).

O Regulamento do CNIACC oferece ainda uma solução diversa. Nada se diz sobre a recorribilidade ou irrecorribilidade

da decisão, mas estabelece-se o prazo para a interposição do recurso. Assim, estatui o art. 30.º que “o prazo para interposição de recursos é de 30 dias contados da notificação da decisão”. Será que esta norma deve ser interpretada no sentido de que é sempre admissível recurso? Parece-nos que não. Apenas será admissível, nos termos da LAV, se as partes o tiverem estipulado. O Regulamento do CNIACC abre, portanto, a porta à possibilidade de as partes, por acordo, decidirem no sentido da recorribilidade da decisão. Se as partes o fizerem, o prazo para a interposição do recurso é de 30 dias. A regra geral supletiva é, portanto, tal como no CACCL, a da irrecorribilidade.

Se as partes convencionarem a recorribilidade da decisão, o recurso deve ser admitido independentemente do valor (quer da causa quer da sucumbência). Isto apesar de o recurso ser da competência “do Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem”, nos termos do art. 59.º-1-e) da LAV.

Nos casos em que o consumidor tem um direito potestativo a iniciar a arbitragem (v. *supra* 2.3), não existe, em princípio, convenção de arbitragem, pelo que não há convenção quanto à matéria da recorribilidade. Nestes casos, não há, portanto, como já se deixou dito, recurso da decisão arbitral.

No que respeita à matéria dos recursos, julgamos que, se se pretendesse excepcionar os litígios de consumo de alguma destas regras (ou no sentido de não permitir o recurso nos litígios de valor reduzido ou no sentido de admitir sempre o recurso nos litígios de valor mais elevado), julgamos que a Lei n.º 144/2015 teria sido a sede adequada. Não havendo regra especial para a arbitragem de consumo, entendemos que é plenamente aplicável o regime da LAV, sendo a regra geral supletiva a da irrecorribilidade da decisão arbitral.

Note-se que a impugnação da decisão arbitral pode ser feita por via de ação de anulação (art. 46.º da LAV), para a qual também é competente o “Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem” – art. 59.º-1-g). Nos termos do art. 46.º-5, o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável.

3. Mediação de consumo

3.1. *Qualificação da mediação de consumo como verdadeira mediação*

A mediação de consumo apresenta traços distintivos em relação à mediação em geral, fruto da especificidade dos conflitos que visa resolver⁴¹.

Iremos analisar as principais características da mediação de conflitos de consumo, tomando como referência, a título meramente exemplificativo, o Regulamento do CNIACC⁴². Posteriormente, apresentaremos os principais traços da mediação para concluir acerca da adequação da qualificação da mediação de consumo como verdadeira mediação.

Note-se que não há dúvidas quanto à aplicação à mediação de consumo da Lei n.º 144/2015, já que a própria lei determina que “é aplicável aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL) quando os mesmos sejam iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços [...]” e que são “procedimentos de RAL», a mediação, a conciliação e a arbitragem” (arts. 2.º-1 e 3.º-i) da Lei n.º 144/2015).

A questão que se coloca é a de saber se, na falta de norma especial, prevista na Lei n.º 144/2015, se aplicam as normas da Lei da Mediação.

A mediação de conflitos de consumo é promovida e realizada, em regra, por entidades que têm como objetivo a proteção dos direitos e dos interesses dos consumidores. Trata-se de associações privadas ou de entidades públicas ou com uma

⁴¹ Os conflitos de consumo são essencialmente caracterizados por uma tendencial desigualdade entre as partes, pelo seu valor habitualmente reduzido e pela circunstância de não existir uma relação pessoal entre as partes ou uma necessidade de manter essa relação no futuro.

⁴² Regulamento de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, disponível em www.arbitragemdeconsumo.org.

forte intervenção pública, cujo objetivo não é a realização da mediação com fins lucrativos, mas o de permitir o acesso dos consumidores a uma forma mais eficaz de justiça.

O processo é iniciado pelo consumidor, sendo, na sequência da reclamação deste, feita pelo mediador uma avaliação preliminar, destinada ao respetivo enquadramento [jurídico] em face dos factos relevantes e dos elementos de prova oferecidos” (art. 12.º-1 do Regulamento do CNIACC). O processo pode mesmo ser imediatamente arquivado, se o mediador concluir que, face aos factos apresentados, é manifesta a improcedência das pretensões do consumidor (arts. 10.º-3 e 12.º-2-c) do Regulamento do CNIACC).

O mediador de conflitos de consumo não é, portanto, indiferente aos factos apresentados pelo consumidor. Pelo contrário, deve avaliá-los juridicamente, podendo explicar às partes o direito aplicável (art. 12.º-4-b) do Regulamento do CNIACC)⁴³. Note-se a este propósito que, ao contrário do que é habitual na mediação, se exige mesmo aos mediadores que tenham “formação específica na área de direito do consumo” (art. 1.º do Regulamento do CNIACC).

No que diz respeito ao conteúdo, importa também referir que os mediadores podem apresentar aos litigantes “proposta [...] de uma solução adequada” (art. 12.º-4-c) do Regulamento do CNIACC).

Na mediação de conflitos de consumo são utilizados preferencialmente meios de comunicação à distância, como o telefone, a carta ou o fax e o correio eletrónico. Acresce que, na maior parte das vezes, não chega a haver contacto direto entre as partes, sendo a comunicação feita sempre com o mediador que, posteriormente, transmite o conteúdo à outra parte. Por um lado, o reduzido valor do conflito não justifica a deslocação das partes; por outro lado, não está em causa a relação pessoal entre o consumidor e o profissional, pelo que não é tão relevante a paz social que resulta de um acordo obtido com a presença física e simultânea dos intervenientes.

⁴³ PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo”, 2009, p. 195.

Devido aos aspetos referidos, nomeadamente a utilização de meios de comunicação à distância e uma maior ligação e análise dos factos apresentados, na mediação de conflitos de consumo não se consegue definir com exatidão os interesses das partes, trabalhando-se a partir das posições ou dos objetivos, em especial dos consumidores.

Outra característica tendencial da mediação de conflitos nas entidades referidas é a gratuitidade do processo. Com efeito, nem o consumidor nem o profissional têm em regra de pagar pelos serviços do mediador. Esta solução, que permite a resolução de casos em que o valor económico é muito baixo, só é possível face ao financiamento público das instituições em causa.

Encontrando-se delineados os principais traços da mediação de consumo, importa agora analisar o conceito de mediação.

O art. 2.º-1 da Lei da Mediação⁴⁴ define mediação 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” e o art. 2.º-2 acrescenta que o mediador de conflitos é “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”. O capítulo II da Lei da Mediação estabelece como princípios da mediação a voluntariedade, a confidencialidade, a igualdade e imparcialidade e a independência. Finalmente, um princípio essencial da mediação que não é referido expressamente nas normas mencionadas, mas que deve ser considerado sua característica permanente é o princípio dos plenos poderes das partes (*empowerment*)⁴⁵.

Numa primeira análise, a mediação de consumo encaixa na definição do art. 2.º-1. Quanto aos princípios que a densifi-

⁴⁴ Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

⁴⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 48. No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, 2011, p. 278.

cam e complementam podem colocar-se algumas dúvidas.

No que diz respeito à imparcialidade, pode argumentar-se que a evidente proximidade ao consumidor, uma vez que estamos a falar de estruturas pensadas para garantir a efetividade dos direitos dos consumidores, implica a ausência de imparcialidade do mediador.

Contudo, consideramos que tal não é o caso. Por um lado, a efetividade dos direitos dos consumidores é garantida através da disponibilização de meios adequados e acessíveis à prossecução das suas pretensões e não do seu favorecimento no âmbito desses meios. Por outro lado, os centros de arbitragem de conflitos de consumo garantem não apenas a efetividade dos direitos dos consumidores, mas também estimulam o funcionamento do mercado, na medida em que ao aumentar a confiança dos consumidores se aumenta o consumo.

No momento em que o processo se inicia o papel do mediador é o de ouvir as duas partes sobre o assunto que é objeto da mediação e permitir que sejam estas a – livremente – determinar a solução que entendem mais adequada. Tratando-se de um processo voluntário, uma configuração parcial do processo nunca seria sequer aceite pela outra parte, que desistiria do processo se sentisse que o mediador não era imparcial, condenando-se assim ao insucesso constante a mediação de consumo.

Tal não significa que não possa haver casos em que, em concreto, o mediador age de forma parcial. Nessas situações o processo não deixa de ser qualificado como mediação. Verifica-se, isso sim, o incumprimento pelo mediador dos seus deveres, o que é gerador de responsabilidade civil, nos termos do art. 8.º-2 da Lei da Mediação.

A questão pode revelar-se mais complexa quando a mediação é levada a cabo por uma associação de defesa do consumidor, que assume expressamente como sua atribuição a proteção dos consumidores. Em teoria, nada impede que estas associações ofereçam serviços de mediação imparciais. Note-se, aliás, que o mediador “deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão”, pelo que não está, no proces-

so de mediação, subordinado aos estatutos da associação nem a orientações dos seus dirigentes⁴⁶. Contudo, na prática, revela-se necessário analisar de que forma os processos são conduzidos. Se há, por exemplo, como instrumento habitualmente utilizado na alegada mediação, ameaças no sentido de expor o litígio à comunicação social, caso a empresa não aceite o acordo, não podemos falar de mediação, uma vez que não são tidos em conta os seus princípios caracterizadores: não apenas a imparcialidade, mas principalmente a voluntariedade, uma vez que a empresa não pode livremente desistir do processo⁴⁷.

Relativamente ao princípio da neutralidade, a que a Lei da Mediação se refere como isenção (art. 27.º-1 da Lei da Mediação)⁴⁸, este diz respeito ao conteúdo do litígio que está a ser discutido. O mediador deve colocar de lado preconceitos ou convicções e não tentar influenciar o acordo em nome de princípios como a equidade ou a justiça ou por considerar que determinada solução é a mais adequada ao caso⁴⁹.

Como vimos, o mediador de conflitos de consumo faz o enquadramento jurídico dos factos em discussão, pelo que tem uma ideia clara de qual a solução legal do caso. Tem até mesmo a possibilidade de explicar o direito aplicável às partes.

Contudo, a circunstância de ter uma opinião quanto à melhor solução para o caso (que até pode não ser a legal) não significa que o mediador tente impor essa solução às partes.

É aliás apenas com este alcance que tem de ser entendido, e que está previsto na Lei da Mediação, o princípio da neutralidade. Não é possível exigir ao mediador que não tenha convicções ou opiniões quanto à solução do caso⁵⁰. Apenas lhe é exigido que

⁴⁶ DULCE LOPES E AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, p. 50.

⁴⁷ A propósito da essencialidade deste princípio, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 50 e 51, e JOANA CAMPOS, “O Princípio da Confidencialidade na Mediação”, 2009, p. 319.

⁴⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 61.

⁴⁹ JOANA CAMPOS, “O Princípio da Confidencialidade na Mediação”, 2009, p. 318, e MICHÈLE GUILLAUME-HOFNUNG, *La Médiation*, 2007, p. 74.

⁵⁰ Acerca da dificuldade de controlar a neutralidade, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 61.

não procure, à luz das suas opiniões, influenciar ou impor determinada solução às partes (art. 26.º-b) da Lei da Mediação).

Pode, ainda, colocar-se a questão de saber se a circunstância de o mediador poder apresentar propostas impede a qualificação da mediação de consumo como verdadeira mediação.

Para que exista mediação, o aspeto essencial é o de mediador se encontrar no mesmo nível do que as partes, sem poderes de autoridade, mantendo estas total liberdade em todas as fases do processo. A partir daí, podem existir vários níveis de intervenção do mediador, justificando-se uma postura mais ativa nuns casos e mais passiva noutros⁵¹. Distingue-se, então, a *evaluative mediation* da *facilitative mediation*⁵², sendo que a primeira prevê a possibilidade de o mediador apresentar propostas de solução do conflito.

Refira-se, ainda, que uma das vantagens da mediação é a flexibilidade do processo⁵³, pelo que o mediador deve ter a possibilidade de intervir mais ou menos, conforme considere adequado ao caso.

Nada na Lei da Mediação impede a formulação de propostas de acordo dirigidas aos mediados⁵⁴. O art. 26.º-b) da Lei da Mediação apenas determina que o mediador deve “abster-se de impor qualquer acordo aos mediados”. A imposição de um acordo pressupõe que se exerce algum tipo de pressão para que esse acordo seja aceite, o que não é aceitável na mediação, uma vez que contende com o princípio da voluntariedade. A mera formulação de propostas de acordo, pelo contrário, não contende com aquele princípio⁵⁵.

⁵¹ JOANA CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, 2009, p. 12.

⁵² V. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 49, e ALESSANDRA ANGIULI, “Modelli di Conciliazione com Consumatori e Utenti”, 2007, p. 81.

⁵³ Cfr. PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo”, 2009, p. 191.

⁵⁴ Em sentido contrário, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 49, entende que “a noção puramente assis-tencial ou facilitadora da mediação é a atualmente estabelecida no ordenamento jurídico português”, resultando tal opção do art. 26.º-b) da Lei da Mediação.

⁵⁵ JOANA CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, 2009, p. 12.

Concluímos, pelo exposto, que a mediação de consumo tem características próprias, mas que essas características não impedem a sua qualificação como mediação⁵⁶. Nenhuma das características analisadas impede o preenchimento do conceito de mediação da Lei da Mediação, nem contende com os princípios fundamentais aí delineados.

Daqui decorre que, na ausência de norma especial na Lei n.º 144/2015, devem aplicar-se as normas gerais da Lei da Mediação.

Aplicam-se, a título de exemplo, as normas referentes aos direitos e deveres dos mediadores ou a norma do art. 9.º da Lei da Mediação, relativa à executividade do acordo de mediação.

Pelo contrário, não se aplicam, por exemplo, as normas da secção III, que regulam o procedimento de mediação, uma vez que prevalecem as normas especiais da Lei n.º 144/2015 quanto às regras do procedimento, designadamente o art. 12.º-1, que estabelece que “as partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de RAL, devendo as regras do procedimento respeitar os seguintes princípios [...]”. Ora, ao estabelecer as regras do procedimento por referência apenas aos seus limites torna-se claro que a lei pretende atribuir competência a quem organiza os procedimentos de RALC, nomeadamente aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, para criarem as regras mais adequadas ao procedimento de mediação tendo em conta as características desse centro, dentro dos limites considerados fundamentais⁵⁷.

3.2. Suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição

O nosso ordenamento jurídico contém várias normas que preveem a suspensão dos prazos de caducidade e prestação durante a tentativa de resolução extrajudicial do litígio.

⁵⁶ SANDRA PASSINHAS, “Alterações Recentes no Âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, 2015, p. 371, parece apontar para uma conclusão em sentido diverso ao assinalar que “a praxis do consumo se desvia um pouco dos contornos” da definição doutrinal.

⁵⁷ A propósito da não aplicação também das normas relativas à convenção de mediação v., *infra*, ponto 3.2.

O artigo 13.º-2 da Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) estabelece que “o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação”⁵⁸.

O Decreto-Lei n.º 67/2003⁵⁹, que regula a venda de bens de consumo, determina que, “caso o consumidor tenha efetuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4.º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data” (art. 5.º-A-3), estatuidando o n.º 4 do mesmo preceito que “o prazo referido no número anterior suspende-se durante o período em que [...] durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao vendedor ou ao produtor, com exceção da arbitragem”.

Esta norma, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, tem grande relevância, não só porque permite que a tentativa de resolução do litígio não se encontre pressionada pelo prazo de caducidade, mas também pelo caráter pedagógico da referência, dando a conhecer ao consumidor a existência de formas mais rápidas, económicas e eficazes para a resolução do conflito em comparação com os tribunais judiciais. Note-se que se incluem neste preceito as negociações com o produtor, esclarecendo-se

⁵⁸ O art. 14.º-3 da Lei n.º 144/2015 determina que “à conciliação aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 13.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, quanto ao regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição”. Deve notar-se que “conciliação”, neste preceito, é utilizado em sentido não técnico, para designar a mediação realizada pelo diretor dos centros de arbitragem. Esta referência legal é desnecessária, uma vez que estamos aqui perante um caso de mediação. Neste sentido, cfr. JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 320. Com efeito, o terceiro, neste caso diretor do centro, não tem qualquer poder sobre as partes, elemento caracterizador da conciliação (e que a distingue da mediação). Para a distinção entre mediação e conciliação, cfr. JOANA CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, 2009, pp. 12-15.

⁵⁹ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

assim que a circunstância de o consumidor se dirigir diretamente a este não afasta o exercício dos direitos perante o vendedor. A norma exclui a arbitragem, por se tratar de um modo adversarial em que o terceiro decide, tendo a sua decisão o mesmo valor do que a de um tribunal estadual. Logo, iniciado o processo arbitral dentro do prazo, o direito considera-se exercido tempestivamente (art. 331.º-1 do CC).

A já referida Lei n.º 23/96, que regula os serviços públicos essenciais, também prevê expressamente a suspensão dos prazos para a propositura da ação. Assim, o art. 15.º-2 estabelece que, “quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, suspendem-se, no seu decurso, os prazos previstos nos n.ºs 1 e 4 do artigo 10.º”⁶⁰.

A principal questão que importa discutir relativamente aos litígios de consumo consiste em saber em que momento se inicia a tentativa de resolução extrajudicial. Será que basta a iniciativa de uma das partes para que se possa considerar que já está a ser “tentada” a resolução extrajudicial? Será que a suspensão deve ser equiparada à interrupção (da prescrição), sendo necessária a notificação da contraparte, nos termos dos arts. 323.º e 324.º do CC? Será que é necessário o acordo das partes, consubstanciado na celebração de acordo de mediação?

Segundo a Lei da Mediação, a suspensão ocorre, em princípio, a partir da data da celebração do contrato de mediação, a qual “deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de 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” (art. 12.º-2). Esta regra poderá não ser adequada à mediação de consumo, uma vez que nesta não existe, em regra, um contrato escrito de mediação, desenrolando-se a tentativa de resolução do litígio de forma bastante informal. Este é um dos aspetos fundamentais,

⁶⁰ Esta regra deve considerar-se igualmente aplicável ao prazo de caducidade consagrado no art. 10.º-2 do mesmo diploma, por nada o distinguir, de um ponto de vista lógico, ao prazo de prescrição do art. 10.º-1.

aliás, para o sucesso da mediação de consumo. Apesar de não estarmos aqui perante um sistema público de mediação, pode aplicar-se, por corresponder ao espírito da norma, a parte final do art. 13.º-2, considerando-se suspensos os prazos a partir do momento “em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação”.

Tratando-se de um litígio relativo a venda de bens de consumo ou a serviços públicos essenciais, aplicam-se as já citadas normas dos respetivos regimes, que são especiais em relação à Lei da Mediação, prevalecendo sobre esta.

Se o art. 15.º-2 da Lei n.º 23/96 pouco adianta relativamente ao problema que aqui se pretende resolver, embora pareça pressupor um acordo (“as partes [...] optem”), o Decreto-Lei n.º 67/2003 contém uma norma específica que incide sobre esta questão. Assim, o art. 5.º-A-5 estabelece que “a tentativa de resolução extrajudicial do litígio inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos: a) as partes acordem no sentido de submeter o conflito a mediação ou conciliação; b) a mediação ou a conciliação seja determinada no âmbito de processo judicial; c) Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação”.

Nota-se que a alínea b) aponta no sentido de que o juiz pode impor o recurso à mediação no âmbito de um processo judicial.

No que respeita à alínea c), a inserção da mediação obrigatória no conceito de mediação constitui uma solução muito discutível, na medida em que um dos princípios basilares deste meio de resolução de conflitos é a voluntariedade (art. 4.º da Lei da Mediação) e esta encontra-se comprometida a partir do momento em que a presença das partes é obrigatória⁶¹. Em qualquer caso, se havia uma cláusula de mediação ou a adesão plena a um centro, deve considerar-se que existe a obrigação de recorrer à mediação, para efeito desta norma, bastando a iniciativa do consumidor para a suspensão do prazo. A doutrina

⁶¹ JORGE MORAIS CARVALHO, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, 2011, p. 281. Admitindo como “hipótese a experimentar”: MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 71.

diverge quanto à consequência destas cláusulas, podendo gerar um direito potestativo ou ter efeitos meramente obrigacionais⁶², mas em qualquer dos entendimentos preenche-se a alínea c).

Além dos casos em que a mediação é imposta, a suspensão dá-se quando as partes acordem no sentido de submeter o litígio a mediação (alínea a)). Como já se referiu, a prática da mediação de conflitos de consumo mostra que esta tem características específicas face à mediação em geral⁶³, não existindo normalmente um acordo prévio de mediação. Neste sentido, deve entender-se que há acordo, para efeitos desta norma, sempre que o consumidor submete o caso a uma entidade de resolução de litígios e o profissional aceita tacitamente o processo, respondendo à solicitação dessa entidade⁶⁴.

A tentativa de resolução extrajudicial do litígio finda por uma das razões indicadas no art. 13.º-3 da Lei da Mediação, retomando-se nesse momento os prazos de prescrição e de caducidade. Em primeiro lugar, conclui-se o processo de mediação na sequência da recusa de uma das partes ou de ambas em continuar com o procedimento. Até pode ter sido alcançado um acordo parcial, mas continua a subsistir um litígio entre as partes, voltando a correr os prazos de prescrição e de caducidade. Em segundo lugar, o esgotamento do prazo máximo do procedimento determina automaticamente o termo da suspensão do prazo de prescrição ou de caducidade. Nos litígios de consumo, esta norma deve ser articulada com o art. 10.º-5 da Lei n.º 144/2015, que estabelece que “os procedimentos de RAL devem ser decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a entidade de RAL receba o processo de reclamação completo”. O art. 10.º-6 da Lei n.º 144/2015 admite que “o prazo referido no número anterior pode ser prorrogado, no máximo por duas vezes, por iguais períodos, pela entidade de RAL, caso o litígio revele especial complexidade, devendo as

⁶² PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, 2009, pp. 63 a 70; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 63 a 70.

⁶³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, “A Experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo”, 2006, p. 38.

⁶⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2016, p. 258.

partes ser informadas da prorrogação do prazo e do tempo necessário previsto para a conclusão do procedimento de RAI”. Se não se verificar a prorrogação, a suspensão dos prazos cessa com o decurso do prazo de 90 dias a contar da data da receção do processo de reclamação completo. Em terceiro lugar, a suspensão cessa quando o mediador assim o determinar.

Para conseguir fazer prova dos factos geradores da suspensão do prazo, que devem ser comprovados pelo centro (art. 13.º-5 da Lei da Mediação), qualquer das partes pode requerer ao centro a emissão de um documento comprovativo (art. 13.º-6). Ao contrário do que parece resultar da letra do preceito, o centro não emite um documento “comprovativo da suspensão dos prazos”, uma vez que a suspensão de um prazo é uma questão de direito, resultante de uma qualificação jurídica, que não cabe ao centro (nem ao mediador, que não tem de ser jurista), devendo este limitar-se a indicar factos. Os factos são os indicados nas várias alíneas do art. 13.º-6, que deve ser objeto de uma interpretação restritiva: identificação das partes; identificação do objeto da mediação (por referência ao pedido efetuado ou ao seu alargamento posterior, para verificação do âmbito da suspensão); data do acordo de mediação, nos termos referidos nos parágrafos anteriores (ou seja, na mediação de consumo, em princípio, a data da resposta da empresa, participando no processo); data de conclusão do processo. O modo de conclusão do processo, sendo irrelevante para a análise da questão da suspensão do prazo e colocando a causa os princípios da confidencialidade e, em particular, da voluntariedade⁶⁵, não deve, em regra, ser indicado.

⁶⁵ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, p. 95.

Bibliografia:

- AAVV, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.^a Ed. Almedina, Coimbra, 2015
- ABREU, ELIZABETH DE ALMEIDA, *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, COP Gráfica e Editora, Rio de Janeiro, 2015
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 117-143
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2013
- ANGIULI, ALESSANDRA, “Modelli di Conciliazione com Consumatori e Utenti”, in *I Metodi Alternativi nella Soluzione delle Controversie dei Consumatori*, Cacucci Editore, Bari, 2007, pp. 79-104
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, pp. 401-434
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013
- BINDER, PETER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3.^a Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2010
- CAMPOS, JOANA, *A Conciliação Judicial*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009, disponível em http://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf
- CAMPOS, JOANA, “O Princípio da Confidencialidade na Mediação”, in *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVIII, N.º 318, 2009, pp. 311 a 333
- 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
- CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, in *Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 271-290
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, pp. 11-46

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015
- GOUVEIA MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, e CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo”, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 23-39
- GUILLAUME-HOFNUNG, MICHÈLE, *La Médiation*, 4ª Ed., Puf, Paris, 2007
- LOPES, DULCE, e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014
- MENDES, CÁTIA SOFIA RAMOS, *O Contrato de Prestação de Serviços de Fornecimento de Água*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015 (policopiado)
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 333-350
- NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 507-534
- OLIVEIRA, FERNANDO BAPTISTA DE, *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009
- OLIVEIRA, ISABEL, “A Arbitragem de Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 371-413
- 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*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 357-388
- PEREIRA, PATRÍCIA DA GUIA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em especial da mediação, aos conflitos de consumo”, in *Mediation and Consensus Building: The New Tools for Empowering Citizens in the European Union*, Mediarcom-Minerva, Coimbra, 2009, pp. 167-212
- PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, Lisboa, 2016, pp. 310-332
- PRATA, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010
- REDFERN, ALAN, e HUNTER, MARTIN, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2005 (reimpressão)
- SÁ, FLÁVIA DA COSTA DE, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas: A Suspensão do Serviço em Especial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014 (policopiado)

SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Almedina, Coimbra, 2009

VICENTE, DÁRIO MOURA, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 43.º, n.º 2, 2002, pp. 987-1004

Jurisprudência:

— Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8.5.2007 (Orlando Nascimento), in <http://www.dgsi.pt> (17.02.2016).

— Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22.1.2015 (Lurdes Toscano), in <http://www.dgsi.pt> (17.02.2016).

— Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.11.2015 (Maria João Areias), in <http://www.dgsi.pt> (17.02.2016).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO

Mafalda Miranda Barbosa*

1. Introdução

O recurso à arbitragem enquanto forma de resolução de litígios, que assim são subtraídos da jurisdição dos tribunais estaduais, assume, entre nós, importância crescente, acompanhando a tendência que se faz sentir além-fronteiras.

Estendendo-se a arbitrabilidade¹ a inúmeras matérias, ela

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

¹ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à lei nº63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 94, define a arbitrabilidade como a qualidade própria de um litígio, atual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros. Em termos objetivos, são dois os requisitos da arbitrabilidade: os interesses têm de ser patrimoniais (não bastando a possibilidade de avaliação em dinheiro, mas exigindo-se que a lei permita a sua troca por dinheiro); ou, em alternativa, têm de ser transacionáveis (ou sejam, sendo interesses não patrimoniais, têm que apresentar uma natureza cujos litígios possam ser superados por acordo das partes).

Sobre o ponto, cf., ainda, A. SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critérios de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *iure condendo*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, pp. 1233 e ss., numa referência

tem vindo a ganhar relevo no campo do direito do consumo, onde a disponibilização de meios alternativos de resolução de litígios tem sido vincada como uma das vias de tutela do consumidor², razão suficiente para que, no tocante aos serviços públicos essenciais, se tenha consagrado – depois da alteração à lei n.º 23/96, de 26 de Julho, introduzida pela lei n.º 6/2011, de 10 de Março – a obrigatoriedade da arbitragem quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, os litígios que emergem neste âmbito sejam submetidos à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente au-

à anterior lei da arbitragem voluntária (lei n.º 31/86), na qual se previa que a submissão de um litígio a um tribunal arbitral ficaria dependente da natureza disponível dos direitos em conflito.

Cf., ainda, R. MOURA RAMOS, “O novo direito português da arbitragem”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90, tomo II, 2014, pp. 576 e ss.

² Veja-se, como marco fundamental deste reforço dos mecanismos alternativos de resolução dos litígios de consumo, a lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, e o Regulamento (EU) n.º 524/2013, que cria a plataforma de resolução de litígios em linha.

A este propósito, cf., ainda, MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei da arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 102 e ss. A autora aponta dois grandes argumentos para fundar a importância da arbitragem ao nível do direito do consumo: a) em primeiro lugar, refere-se à situação de desfavor dos consumidores em face da “prepotência, alicerçada em poder económico, de que se revestem alguns agentes económicos”, que o inibe a recorrer à tutela judicial e torna impossível custear o processo b) em segundo lugar, sublinha “a concessão indiscriminada de crédito”, a fazer aumentar exponencialmente o número de processos e a fazer com que os “tribunais [fiquem] assoberbados com este tipo de litigiosidade, o qual acarreta a descaracterização e o consequente desprestígio da justiça”.

Não se esqueça, porém, o artigo 21.º/h) DL n.º 446/85, que considera absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei. No mesmo sentido, cf. o artigo 13.º/1 Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, que regula os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.

torizados³⁻⁴.

Trata-se, no caso do consumo, de arbitragens institucionais que funcionam em centros com tribunais permanentes, no seio dos quais se encontra um ou mais árbitros predeterminados⁵,

³ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Lisboa, 2009.

Veja-se, a este propósito, LINDA MOREIRA, *O Tribunal Arbitral: princípios processuais*, Coimbra, policopiado, 2012, falando dos processos adjudicatórios e dos processos consensuais e dando conta da tendência de excluir a arbitragem da resolução alternativa de litígios, na qual só se incluíam os mecanismos de natureza consensual, como a conciliação e a mediação. Não cremos, porém, que este posicionamento faça sentido, já que a própria conciliação e mediação podem surgir como momentos do processo de arbitragem (no caso do consumo, por exemplo).

⁴ Cf. DL n.º 425/86, de 27 de Setembro.

Cf., a este propósito, MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei da arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, p. 107, mostrando-se crítica da opção legislativa de apenas os consumidores poderem reclamar junto dos centros de arbitragem com base num litígio emergente de uma relação de consumo.

Note-se que, no tocante à arbitragem do consumo, existem alguns regulamentos de centros de arbitragem que preveem a possibilidade de uma declaração de adesão prévia e genérica por parte dos agentes económicos. Veja-se, na última obra citada, p. 113: “(...) no caso de o agente económico se recusar a celebrar uma convenção de arbitragem, o consumidor não lhe pode opor a declaração de adesão genérica à arbitragem”

⁵ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, pp. 20 e ss., considerando que, segundo a organização, as arbitragens podem ser *oficiais* (as previstas e reguladas na lei, ainda que tenham natureza disponível); *institucionais* (as que “funcionam junto de centros de arbitragem, dotados de regulamentos apropriados e de esquemas de escolha de árbitros e de acompanhamento e fiscalização dos privados. Os centros de arbitragem são, em regra, o produto da iniciativa privada, funcionando junto de associações comerciais ou de outras entidades”). Dentro destes, podemos encontrar centros com tribunais permanentes, no âmbito dos quais há um ou mais árbitros “predeterminados constantes de uma bolsa; o centro opera com um tribunal clássico, com a sua secretaria e juízes”, sendo este “o esquema dos centros de arbitragem do consumo”; e os centros administrativos, “com uma estrutura de apoio e sob cuja égide se constituem, para cada litígio, tribunais específicos”; *ad hoc* (nas quais, “quer o tribunal, quer o regulamento que o reja, quer a estrutura de apoio são montados para o litígio concreto. A arbitragem *ad hoc* pode ser sediada num centro de arbitragem, que se limita a alocar instalações e dar apoio de secretaria; pode ser instalada no escritório do presidente ou numa acomodação adaptada para o efeito”).

Sobre o ponto, cf., ainda, A. VÉRONIQUE SCHLAEPFER/C. GIROD, “Institutional vs. Ad Hoc Arbitration”, *International Arbitration in Switzerland* (coord. GABRIELLE KAUFMANN/KOHLER BLAISE STUCKI), Kluwer, 2004, pp. 4 e ss.

mas às quais se aplica a lei da arbitragem voluntária⁶.

O certo é que, se é verdade que, ao recorrer à arbitragem, os litigantes têm vantagens – celeridade, participação das partes na resolução do conflito, previsibilidade, confidencialidade, liberdade das partes⁷ –, a submissão a um tribunal arbitral pode comportar desvantagens⁸. Como alerta Menezes Cordeiro, “a mais sólida causa pode claudicar perante dificuldades de prova

⁶ Excluem-se do nosso discurso as hipóteses de arbitragem necessária. Sobre a arbitragem necessária, cf. artigo 1082º CPC. Atente-se, porém, que em tudo o que não estiver especialmente regulado a propósito da arbitragem voluntária, se aplicará o disposto na LAV – artigo 1085º CPC.

De notar que nem todos os autores são unânimes em considerar que a lei nº23/96 prevê um caso de arbitragem necessária.

⁷ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 89.

Sobre o ponto, cf., ainda, PATRÍCIA TOMÁS, *A arbitragem no direito do consumidor*, Coimbra, 2012 (polic.), pp. 47 e ss., referindo-se à voluntariedade, confidencialidade, informalidade, flexibilidade, celeridade, economia de custos.

⁸ Veja-se a este propósito a referência de LINDA MOREIRA, *O Tribunal Arbitral: princípios processuais*, p. 17, à ligação entre o movimento da resolução alternativa de litígios e o movimento dos *critical legal scholars*. Tendo em conta que a sua finalidade era a crítica do direito, entendido como um instrumento de domínio de uns sobre outros, e a sua transformação à luz de um funcionalismo político, entende-se a conexão estabelecida, tendo em conta os princípios estruturantes da arbitragem. Importa, por isso, considerar que – independentemente da bondade da ligação – ela não tem de ser inexorável, quer porque se conhecem formas de arbitragem desde o vetusto direito romano, quer porque não teremos de olhar para o fenómeno da arbitragem da perspectiva de uma racionalidade de pendor tecnocrático que predica aquela corrente do pensamento. Aliás, recusamos liminarmente qualquer contaminação do jurídico com um pensamento que atenta direta e explicitamente contra a intencionalidade predicativa da juridicidade.

Acerca da evolução histórica da arbitragem, cf. FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal. Dos «ricos homens» aos tribunais privados”, *O Direito*, ano 124, III, 1992, pp.378 e ss.; ZÉLIA PINTO, *Um alternativo caminho na justiça: a arbitragem voluntária e a impugnação da sentença arbitral*, Coimbra, 2012 (polic.), p. 29; PATRÍCIA TOMÁS, *A arbitragem no direito do consumidor*, pp. 21 e ss.: com referências à arbitragem na Mesopotâmia, no direito romano, com a *Lex Aebulia*, o Código de Justiniano e a Lei das XII Tábuas, nas Ordenações Afonsinas, na Constituição de 1822, na Carta Constitucional de 1826, na Constituição de 1838, até chegar à Novíssima Reforma Judiciária de 1841, com Costa Cabral, e à previsão da existência de tribunais arbitrais na revisão constitucional de 1982.

Cf., ainda, A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no direito romano: breve referência ao direito português”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 675-701

ou em face de informações *ab initio* inexatas”. Por outro lado, “os próprios árbitros, mesmo experientes, podem falhar”⁹.

É neste contexto que, com longa tradição e não menos densa discussão, se coloca o problema de uma eventual responsabilidade do árbitro.

A lei da arbitragem voluntária (LAV – lei nº63/2011, de 14 de Dezembro), entre nós, vem consagrar quatro hipóteses de responsabilidade civil do árbitro¹⁰. A previsão normativa, porém, não nos soluciona todos os problemas, quer quanto ao âmbito dessa responsabilidade, quer quanto ao regime a que ela deve obedecer. Nessa medida, torna-se imperioso analisar a questão de forma mais aprofundada. É a isso que nos propomos.

2. Imunidade versus responsabilidade. As hipóteses de responsabilidade civil consagradas no ordenamento jurídico português.

O debate acerca da eventual responsabilidade civil dos árbitros pode ser balizado por duas posições extremas: a absoluta imunidade e a absoluta responsabilidade, que aqui não tem o cunho de responsabilidade independente de culpa, mas pretende apenas significar que o árbitro é chamado a responder nos termos gerais, sem qualquer limitação que tenha em atenção a função por si desempenhada¹¹.

Entre os principais argumentos a favor da imunidade dos árbitros está a comparação funcional com os juízes e com as garantias de independência destes, essenciais ao desempenho da sua missão. De facto, o interesse público da realização da justiça não é, de acordo com muitos autores, compatível com eventuais pressões que as partes possam exercer durante a arbitragem, com base na ameaça de responsabilização. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “o árbitro, sabendo-se responsabilizável,

⁹ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 90.

¹⁰ Cf. artigos 9º/4 e 5; 12º/3; 15º/2 e 43º/3 da LAV

¹¹ Cf. RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, *International Bar Association – Commission on Arbitration*, Chicago, 21 September, 2006

poderia pender para a parte mais litigante ou subscrever as decisões mais neutras”, perdendo com isso a liberdade de decidir em consciência¹². Eles não são, contudo, incontroversos. Autores há que vêm negar a total equiparação do árbitro ao juiz¹³, ao mesmo tempo que sustentam que a imunidade encorajaria a falta de cuidado e geraria um esquema de total impunidade, uma vez que as sanções disciplinares próprias da judicatura judicial não se aplicam aos árbitros¹⁴.

¹² Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 137. No mesmo sentido, cf. RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, p. 10, dando conta de que está e a posição assumida nos Estados Unidos da América. Sobre o ponto, cf., igualmente, DENNIS NOLAN/ROGER ABRAMS, “Arbitral immunity”, *Industrial Relations Law Journal*, vol. II, n°2, 1989, pp. 228 e ss.; JULIAN LEW, *The immunity of arbitrators*, Informa Pub, 1990, pp. 18 e ss.; HONG-LIN YU/LAURENCE SHORE, “Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators – US and English Perspective”, *International and Comparative Law Quarterly*, 52/4, 2003, pp. 935 e ss.; EMMANUELA TRULI, “Liability v. quasi-judicial immunity: the case against absolute arbitral immunity”, *American Review of International Arbitration*, vol. 17, n.3, 2006 (analisando um caso em que um dos árbitros se recusa a assinar a decisão); MATHEW RASMUSSEN, “Overextending immunity: arbitral institutional liability in the US, England and France”, *Fordham International Law Journal*, vol. 26, issue 6, 2002, pp. 1824 e ss.; MICHAEL HWANG/KATIE CHUNG/FONG LEE CHENG, “Claims against arbitrators for breach of ethical duties”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, 2008, pp. 225 e ss., p. 226, considerando que a imunidade dos árbitros resulta da analogia com a imunidade dos juízes.

¹³ Cf. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, *Ab Uno ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1381 e ss., considerando que a decisão arbitral tem o mesmo valor que a decisão proferida pelos tribunais judiciais, mas que isto não significa que se possa estabelecer uma total equiparação entre os árbitros e os juízes estaduais, designadamente no que respeita à competência e ao regime da responsabilidade civil. No que ao primeiro segmento respeita, “por ser privada a sua fonte de legitimação, os árbitros não dispõem, como os juízes estaduais, de competência coerciva”, estando-lhe vedados os atos que envolvam ou pressuponham o exercício da soberania. Assim, estão *a priori* excluídas as ações de tipo executivo, e, mesmo no campo das ações declarativas, há determinados atos que o árbitro não pode praticar. No que ao segundo segmento problemático concerne, analisaremos *infra* a questão. Note-se, no entanto, que quando Henrique Mesquita dá à estampa o seu estudo estava, ainda, em vigor a lei n°31/86.

¹⁴ RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, p. 10, em síntese.

Quanto à não sujeição dos árbitros a sanções disciplinares, cf. RENATO VECHIONE, *L'arbitro nel sistema del processo civile*, Milão, 1971, pp. 456 e ss., considerando que, por esse motivo, terá de haver um maior rigor em relação

A ponderação de tais razões determina o que na língua inglesa vem conhecido por *limited or qualified immunity*, ou seja, previsões de responsabilidade civil limitadas ou qualificadas pela exigência de verificação de certos requisitos¹⁵.

Ao contrário do que ocorre noutros ordenamentos jurídicos, em que a responsabilidade fica limitada pela violação de determinados deveres ou pela verificação de um grau de culpa qualificado, em Portugal, admite-se a responsabilidade civil dos árbitros, em termos análogos à responsabilidade civil dos juízes, o que quer dizer que a limitação opera por outra via.

O artigo 9º/4 LAV dispõe que “os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser”¹⁶.

A par desta, existem outras previsões de responsabilidade: o artigo 12º/3 LAV determina que “o árbitro que, tendo aceitado o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa”; o artigo 15º/2 LAV admite a responsabilidade do árbitro que não se desincumbir, em tempo razoável, das funções que lhe foram cometidas, ainda que as partes as façam cessar de comum acordo; o artigo 43º/4 LAV consagra que “os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados”¹⁷.

a eles do que em relação aos juízes.

¹⁵ Cf. RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, p. 10. Veja-se, também, RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei nº67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas* (CARLA AMADO GOMES/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO coord.), ICJP, 2012, pp. 119 e ss.; e SUSAN D. FRANCK, “The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity”, *New York Law School of International and Comparative Law*, vol. 20, nº1, 2000

¹⁶ Como veremos, essa remissão acaba, no entanto, por comportar uma limitação em função do grau de culpa. O que queremos significar em texto é que o recorte limitativo oferecido pelo nosso legislador passa pela tipificação de situações de responsabilidade.

¹⁷ RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei nº67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, p. 121, considera que os tipos legais identificados pelo legislador da LAV não devem ser entendidos como taxativos.

A remissão do regime da responsabilidade dos árbitros para o regime da responsabilidade dos juízes parece vir dar acolhimento à tese legalista¹⁸ que, no tocante à natureza da arbitragem, dá ênfase à dimensão funcional (jurisdicional) dos árbitros, por oposição à tese contratual, que realça o chamamento do árbitro pelas partes no quadro de uma prestação de serviço pela qual o mesmo é pago¹⁹. A verdade, porém, é que, se da remissão resultam claramente quais os critérios a aplicar à responsabilidade civil dos árbitros por decisões erradas, não temos, por meio dela, de ser condenados à inclusão da hipótese ressarcitória na modalidade delitual. O mesmo é dizer que se deverá questionar: qual a modalidade de responsabilidade civil concretamente em causa? A dúvida estende-se às restantes situações de responsabilidade consagradas na LAV e justifica uma ponderação aprofundada acerca da própria realidade da arbitragem.

3. A tese legalista e a tese contratualista

A tese legalista a que já fizemos referência assenta na ideia de que o árbitro, à semelhança do juiz, desenvolve uma função jurisdicional. Através da mediação da vontade das partes, os árbitros são chamados a cumprir um papel que é cometido, preferencialmente, aos tribunais, enquanto órgãos de soberania. Autores há que avançam como argumento para sustentar a posição a ideia de que a missão do árbitro não pode resultar exclusivamente da vontade das partes²⁰, mas antes da lei²¹. E dois parecem ser, entre nós, os argumentos que legiti-

¹⁸ Cf., entre nós, P. ROMANO MARTINEZ, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc”, *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 839 e ss.

¹⁹ RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, pp. 5 e ss.

²⁰ FOUGHARD/GAILLARD/GOLDAMN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, pp. 617 e ss. Entre nós, analisando a doutrina, cf. MÁRIO RAPOSO, “O estatuto dos árbitros”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, vol. II, 2007, pp. 520 e ss.

²¹ MÁRIO RAPOSO, “O estatuto dos árbitros”, pp. 520 e ss., com referência a algumas dessas posições.

mam o entendimento²²: em primeiro lugar, se o monopólio da administração da justiça pertence ao Estado, os particulares não poderiam conferir a um terceiro uma competência que não lhes pertencia; em segundo lugar, a Constituição portuguesa prevê, entre o elenco dos tribunais, os tribunais arbitrais, pelo que a sua legitimidade para decidir litígios resultaria diretamente da lei, e, inclusivamente, da lei constitucional.

Não cremos, porém, que os argumentos sejam incontornáveis.

No que ao primeiro respeita, se é certo que a legitimidade decisória dos árbitros não pode resultar senão da lei, ela parece-nos espelhar uma retração do poder estadual que passa a admitir a possibilidade de os particulares prescindirem da justiça dos tribunais para confiarem a decisão de um litígio a juízes por eles escolhidos. Na verdade, a formação e funcionamento dos tribunais arbitrais fica confiada aos particulares, pelo que aqueles mais não são do que o resultado do exercício da autonomia privada dos sujeitos, em domínios em que os interesses dos sujeitos são passíveis de troca em dinheiro ou transacionáveis. Tratando-se, *grosso modo*, de direitos disponíveis²³, o ordenamento jurídico admite que, em nome de uma justiça mais célere e mais previsível, as partes possam renunciar a certas garantias que os tribunais estaduais lhes oferecem. Mas se a possibilidade é aberta pelo ordenamento jurídico positivo, não menos correto é dizer que ela só se atualiza por vontade das partes, donde será essa – e não a lei – a fonte de legitimação direta do poder dos árbitros²⁴.

²² Um terceiro argumento poderia passar pela equiparação que a LAV faz da responsabilidade do árbitro à responsabilidade do magistrado. Contudo, não argumentaremos nesse sentido, uma vez que, *ab initio*, explicá-mos que o âmbito e o alcance da equiparação ainda têm de ser prático-normativamente comprovados.

²³ Sem que haja aqui confusão com a arbitrabilidade objetiva definida na anterior versão da lei de arbitragem voluntária. Veja-se, quanto ao ponto, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 46, considerando que a patrimonialidade do direito pode constituir uma presunção da sua disponibilidade.

²⁴ Se bem vírmos as coisas, há outros domínios que não este, eivado por uma índole processual, em que o ordenamento jurídico se retrai, deixando aos particulares a autónoma composição dos seus interesses.

No que ao segundo argumento tange, impor-se-á um esclarecimento: embora o artigo 209º/2 CRP preveja, entre as diversas categorias de tribunais, os tribunais arbitrais, isso não significa que, sobretudo no caso de arbitragem voluntária, se possa considerar que desempenham uma função jurisdicional absolutamente equivalente à dos tribunais judiciais²⁵. Não só o artigo 202º/4 CRP depõe no sentido da possibilidade de a lei poder institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, como algumas das regras próprias da arbitragem parecem contrariar o entendimento²⁶. Acresce que a previsão legal e constitucional dos tribunais arbitrais não afasta a vontade das partes como fonte de legitimação direta das arbitragens voluntárias. Donde, afinal, na base do fenómeno judicativo privado está um esquema negocial proposto e aceite pelas partes²⁷.

Como esclarece Henrique Mesquita, “para que seja afastada a competência dos tribunais estaduais, é preciso que os litigantes acordem em submeter-se a um tribunal arbitral (...)” e que o árbitro aceite a incumbência de decidir o litígio²⁸. É nesse sentido que parece fazer sentido chamar à colação a tese contratualista: seria o contrato a legitimar a arbitragem voluntária. Aliás, e em rigor, aquela ideia de que muitos partem para justificar a legitimação legal do fenómeno – a ideia de, como a jurisdição pertence ao Estado, ela só pode ser atribuída aos privados por lei e não por força da vontade destes – pode ser compreendida em sentido inverso. Autores há que, partindo do

²⁵ Veja-se, quanto ao ponto, MÁRIO RAPOSO, “O estatuto dos árbitros”, pp. 520 e ss., considerando que a constituição admite que possa haver tribunais arbitrais, mas não define a sua natureza, e que a LAV, ao falar de poder jurisdicional dos árbitros, não define a sua origem.

A este propósito, cf., também, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, pp. 31 e ss., considerando que a função dos tribunais arbitrais é jurisdicional, que a fonte do seu poder resulta da convenção de arbitragem. A estes dois elementos acrescentariam outros dois: a titularidade da função arbitral, que pertenceria aos árbitros, e o reconhecimento legal.

²⁶ Veja-se, novamente, HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, pp. 1381 e ss.

²⁷ Veja-se, *infra*, ulteriores considerações quanto ao ponto.

²⁸ HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1389.

mesmo pressuposto, advogam que os árbitros não desempenham uma verdadeira função jurisdicional²⁹.

Parece-nos, de facto, incontornável que a autonomia privada cumpre um papel fulcral – se não mesmo o mais relevante – por referência à constituição de um tribunal arbitral, no quadro da arbitragem voluntária: liberdade de submissão ou não do litígio à decisão de um árbitro; liberdade de escolha dos árbitros³⁰⁻³¹. E, por isso, mesmo que não seja vista como o fator legitimador em exclusivo, não pode deixar de ser tido em conta a este nível. Isto quer dizer que afastamos, de princípio, a tese legalista³² na sua pureza, para abriremos as portas à tese contratualista, embora balizada por uma legitimidade formal e genérica oferecida pela lei³³.

²⁹ Cf. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles, 1933, pp. 70 e ss.

³⁰ Sobre o ponto, cf. ZÉLIA PINTO, *Um alternativo caminho na justiça: a arbitragem voluntária e a impugnação da sentença arbitral*, p. 44, considerando que, com a lei nº31/86, é na autonomia privada que se funda o funcionamento e constituição dos tribunais arbitrais.

³¹ De acordo com os autores, a convenção de arbitragem faz surgir para as partes um direito potestativo, que lhes confere o poder de por um ato de livre vontade fazer constituir um tribunal arbitral. Sobre o ponto, cf. Acórdão do STJ de 18 de Janeiro de 2000. Sobre o ponto, cf. PEDRO NÁPOLES/CARLA COELHO, “A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspetos práticos”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano V, 2012, pp. 196 e ss.

De notar, ainda, que a violação de uma convenção de arbitragem configura uma exceção dilatória, que conduz à absolvição da instância – cf. artigo 5º LAV e artigo 577º CPC.

³² Cf. HONG-LIN YU/LAURENCE SHORE, “Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators – US and English Perspective”, pp. 935 e ss.

³³ Cf., sobre o ponto, HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1391, considerando que o árbitro exerce uma função jurisdicional e que os poderes do árbitro não derivam só da convenção de arbitragem, mas da lei. O autor parece assim aderir a uma conceção mista.

Repare-se que, como sublinhado *supra*, o autor vinca que a fonte de legitimação dos árbitros é privada e que por isso mesmo a sua competência é diversa, em muitos pontos, relativamente à dos juízes: “estão vedados atos que envolvam ou pressuponham o exercício da soberania. As ações de natureza executiva estão excluída” – cf. p. 1382. Do mesmo modo, certos atos não podem ser levados a cabo no quadro da ação declarativa: são todos aqueles que não pressupõem os referidos poderes de soberania. *Vide*, igualmente, p. 1383, onde se debate o problema de saber se, por ter natureza mista, pode ser submetida a arbitragem uma ação de divisão da coisa comum, e p. 1385,

Impõe-se, portanto, como urgente a análise da relação contratual que é estabelecida entre as partes e entre estas e os árbitros. A questão é tanto mais premente quanto alguns autores afirmam que não passa de uma ficção a ideia de um contrato entre o árbitro e uma parte que não o designou³⁴.

4. Os contratos celebrados em torno da arbitragem

Quem queira analisar a realidade da arbitragem do ponto de vista contratual não pode ficar preso a uma perspectiva monolítica, incapaz de perceber mais do que um negócio jurídico neste âmbito. Pelo contrário, temos de ter consciência de que não é um, mas vários os contratos envolvidos.

Desde logo, há a considerar a *convenção de arbitragem*, enquanto negócio jurídico celebrado pelas partes, nos termos do qual estas acordam submeter a decisão de um litígio a árbitros³⁵. Esta convenção de arbitragem pode assumir uma dupla veste: se o acordo surge quando já emergiu um litígio, fala-se de *compromisso arbitral*; se o acordo diz respeito a um litígio eventual e futuro, então a designação corrente é a de *cláusula compromissória*³⁶. Note-se, ainda, que a convenção de arbitragem pode con-

onde o autor dá conta de que os tribunais arbitrais têm poderes para ações de execução específica, já que o efeito pretendido se alcança pelo proferimento da sentença.

Cf., a este propósito, o artigo 22º LAV.

Cf., acerca desta conceção mista, FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal. Dos «ricos homens» aos tribunais privados”, *O Direito*, ano 124, 1992, pp. 555 e ss.

Veja-se, ainda, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, pp. 45 e ss., falando ainda de uma tese autonomista, a vincar a independência da arbitragem em face ao Estado.

³⁴ Cf. ROMANO MARTINEZ, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc”, pp. 827 e ss.

³⁵ Cf. R. MOURA RAMOS, “O novo direito português da arbitragem”, pp. 576 e ss.

³⁶ Sobre o ponto, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 95. Explica o autor que o compromisso arbitral é relativo a um litígio já existente, que pode mesmo já estar afeto a um tribunal do Estado; e que a cláusula compromissória visa “arbitragens relativas a litígios eventuais emergentes de relações jurídicas, contratuais ou extracontratuais”. Mais esclarece que “a cláusula compromissória deve ser suficientemente precisa na identificação

figurar-se como um contrato autónomo ou surgir na veste de uma cláusula inserida num outro tipo contratual³⁷⁻³⁸.

Esta convenção, porém, não é bastante. Para que se constitua um tribunal arbitral é mister que sejam escolhidos os árbitros, os quais, por seu turno, terão de aceitar a incumbência. Fala-se, então, na doutrina, de um *contrato de árbitro* celebrado entre os árbitros e as partes³⁹.

Para Menezes Cordeiro, estas terão de ter assentido, por uma ou outra via, na escolha daqueles árbitros, concluindo-se entre todos um contrato. Haverá, no entanto, que se proceder a uma distinção entre a *designação* – “ato unilateral, a realizar por cada uma das partes relativamente ao árbitro ou ato conjunto, a concretizar por cada um dos árbitros de parte, relativamente ao presidente” – e o *contrato* propriamente dito, concluído entre os árbitros nomeados e as partes, no âmbito do qual se definem diversos elementos como a missão daqueles, a retribuição, *inter alia*⁴⁰.

dos potenciais litígios, sob pena de indeterminabilidade”.

A propósito da convenção de arbitragem, cf., ainda, MANUEL BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 143 e ss.

³⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 95, explicitando isso mesmo e dando conta de que o contrato em que pode ser inserida a convenção de arbitragem pode ser um contrato definitivo ou um contrato-quadro que irá, depois, remeter para arbitragem múltiplos contratos subsequentes.

³⁸ Relativamente à natureza da convenção de arbitragem, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, pp. 87 e ss.; LORENZ, “Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, 1958/1959, pp. 288 e ss.; HANS WALSMANN, “Der Irrtum im Prozessrecht (Ein Beitrag zur Lehre von den Prozesshandlungen)”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 102, 1907, pp. 210 e ss. Discute-se, na verdade, se a convenção de arbitragem é um contrato de direito substantivo ou um contrato processual, surgindo posições ecléticas que negam a natureza exclusivamente material (já que tem efeitos processuais) e a natureza exclusivamente processual (já que o juiz é um estranho à sua conclusão), para afirmar o caráter misto da convenção. Entre nós, explicitando o posicionamento e aderindo ao mesmo, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 88. Veja-se, ainda, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Estudos sobre direito e processo civil*, vol. II, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 551 e ss., considerando que estamos diante de um negócio jurídico processual.

³⁹ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 128. Cf., também, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 129.

⁴⁰ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 129.

Não deixa, contudo, de levantar problemas a qualificação se pensarmos na multiplicidade de hipóteses de nomeação de árbitros: árbitros designados por acordo entre as partes; árbitros designados por cada parte (árbitros de parte) e um terceiro escolhido por acordo entre os dois previamente designados (árbitro-presidente); árbitros designados pelo tribunal, por entidades escolhidas pelas partes, por uma comissão ou corte competente⁴¹.

Muitos perguntam, na verdade, como é possível configurar um contrato entre as partes e um árbitro que não foi por elas escolhido. Vimos, aliás, ser este o principal argumento para afastar a tese contratualista por Pedro Romano Martinez. Este parece, também, ser o principal argumento para outros autores defenderem que não existe, numa relação de arbitragem, apenas um contrato de arbitragem, mas vários: cada árbitro estabeleceria uma relação de tipo contratual com a parte que o escolheu⁴².

O grande problema desta posição parece estar em não se conseguir discernir, com base nela, o vínculo que une o terceiro árbitro escolhido por acordo entre os dois árbitros previamente designados a cada uma das partes⁴³. Do mesmo modo, parece deixar sem explicação a relação que se estabelece entre as partes e o árbitro nomeado pelo tribunal.

O acento tónico da contratualidade é colocado na escolha do árbitro. Ora, bem vistas as coisas, parece que a escolha da contraparte no negócio não é requisito imprescindível para a afirmação da contratualidade. A liberdade contratual nem sempre inclui a liberdade de escolha do outro contraente. O mesmo não se pode dizer em relação à existência de um acordo: se, mais do que não escolher a contraparte, o que estiver em causa for a inexistência de um acordo entre o terceiro árbitro escolhido e as partes ou entre o árbitro escolhido por uma delas e a outra, então dificilmente se poderá falar de um contrato.

⁴¹ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 128, dando conta destas diversas situações.

⁴² Cf. THOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2000, pp. 503 e ss.

⁴³ Cf. RAMÓN MULLERAT, "The liability of arbitrators: a survey of current practice", pp. 2 e ss., considerando que existe um contrato entre o árbitro e as partes, mas colocando dúvidas quanto ao alargamento dessa natureza contratual para o árbitro-presidente.

Não nos parece que esta seja, porém, a melhor opção dialógica. Na verdade, a relação que une cada uma das partes ao árbitro por si escolhido não é uma relação de mandato ou de representação, própria de advogados⁴⁴, mas uma relação que se pode construir a partir da própria convenção de arbitragem, a qual confere poderes a cada uma das partes para escolher um dos juízes privados que comporá o tribunal e a estes o poder de designar um terceiro árbitro. O contrato de árbitro ou contrato de investidura seria, portanto, celebrado entre cada um dos árbitros e as partes, ainda que aqueles não resultassem de uma escolha direta dos segundos.

Alguns autores falam ainda de outros contratos, nesta realidade complexa que é a arbitragem. Thomas Clay refere, na sua obra sobre o tema, que existiriam, ao nível da arbitragem institucionalizada, dois contratos: um *contrato de colaboração arbitral*, celebrado entre o árbitro e o centro de arbitragem; e um *contrato de organização de arbitragem*, celebrado entre as partes e a instituição⁴⁵. Ora, qualquer um deles munir-nos-ia de expedientes técnico-jurídicos aptos a garantir a inserção das partes no núcleo de proteção contratual. Há, contudo, diferenças que devem ser assinaladas. Assim, no tocante ao contrato de organização de arbitragem, ele implicaria a responsabilização do centro de arbitragem, com o qual o árbitro tinha celebrado um contrato. Centrando-nos no contrato de colaboração arbitral, dependendo dos seus termos, poderemos vir a concluir que ele estende a sua eficácia protetiva a terceiros, permitindo, eventualmente, a responsabilização do árbitro em face das partes.

Não cremos, porém, que se tenha de, em regra, lançar mão de tais expedientes. Tão-pouco cremos que esta impos-

⁴⁴ Cf. a decisão de 22 de Março de 1983, do Tribunal de Grande Instance de Paris, que negou a qualificação de mandato ao contrato de arbitragem, por isso contender com a independência que se deve reconhecer aos árbitros. Sobre o ponto, *v.* RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, p. 5.

⁴⁵ THOMAS CLAY, *L'arbitre*, pp. 790 e ss.

Note-se que, no caso da arbitragem *ad hoc*, pode não haver qualquer relação do árbitro (e das partes) com uma instituição/ um centro de arbitragem – cf., no mesmo sentido, RAMÓN MULLERAT, “The liability of arbitrators: a survey of current practice”, pp. 1 e ss.

tação da realidade corresponda aos melhores dados sobre o problema. De facto, os árbitros são escolhidos tendo em conta as suas qualificações e estas são especificadas pelas partes na convenção de arbitragem⁴⁶. Deste contrato entre as partes resultaria, portanto, o critério de seleção dos árbitros que poderiam depois ser, com base nessa determinabilidade, escolhidos por um terceiro. A designação ainda que unilateral ou a cargo de um terceiro basear-se-ia na própria convenção de arbitragem, sendo uma via de cumprimento do que ali fora estipulado. Posteriormente, celebrar-se-ia um contrato entre as partes e os diversos árbitros, que ultrapassaria a mera adesão destes à convenção de arbitragem (*Schiedsvertrag*). Tratar-se-ia, portanto, de um verdadeiro contrato de arbitragem (*Schiedsrichtervertrag*, na língua alemã).

Quid iuris, em relação à arbitragem de consumo? Não estará aí em causa, preferencialmente, uma relação que se estabelece com o centro de arbitragem e remete para os seus regulamentos? A ser afirmativa a resposta a esta questão, tal não nos condena à ausência de relevância contratual. É nestas hipóteses que se pode tornar operante a ideia de um contrato de arbitragem celebrado diretamente com o centro de arbitragem, a quem poderá, eventualmente, ser assacada a responsabilidade pelos atos daqueles que utiliza no cumprimento das suas obrigações, nos termos do artigo 800º CC.

4. A responsabilidade contratual do árbitro

A partir do momento em que se conclui, fundadamente, que entre os árbitros e as partes se celebra um contrato, haveremos de concluir também que, em caso de não cumprimento do acordado, se gera responsabilidade contratual. Parece, aliás, ser este o entendimento maioritário na doutrina, embora não se gere, quanto ao ponto, um absoluto consenso⁴⁷.

⁴⁶ Cf. MÁRIO RAPOSO, “O estatuto dos árbitros”, pp. 520 e ss.

⁴⁷ Cf., *inter alia*, HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1389; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 137; M. PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbi-*

Ademais, esta responsabilidade contratual é apontada pelos autores apenas para determinadas hipóteses de ressarcimento, mas não para os casos de um mau conteúdo da decisão⁴⁸. Menezes Cordeiro, a este propósito, afirma que, enquanto prestador de serviços de arbitragem, o árbitro é contratualmente responsável; e que, enquanto julgador, a sua responsabilidade é extracontratual, à semelhança da dos juízes⁴⁹. Henrique Mesquita, ainda por referência ao anterior regime da arbitragem, sublinha que o árbitro pode ser contratualmente responsável se obstar a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado⁵⁰; se se escusar, sem motivo, ao cumprimento do encargo de julgar. Nestes casos, o regime da responsabilidade proposto pelo autor é a responsabilidade contratual. Já no tocante à eventual responsabilidade pelas decisões erróneas que profira, Henrique Mesquita sustenta que se deve aplicar ao árbitro o mesmo regime dos juízes, já que ele exerce uma função de natureza jurisdicional, o que à época equivaleria à responsabilização em caso de atuação dolosa ou criminosa⁵¹. Miguel Galvão Telles, por seu turno, considera que, em geral, a responsabilidade seria contratual, mas, “desde que a responsabilidade civil respeitasse ao teor da decisão, o carácter delitual cumular-se-ia e consumiria

tragem Comentada, Almedina, Coimbra, 2013, p. 59. Em sentido contrário, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA,

⁴⁸ Dando conta disso mesmo, cf. RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei nº67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, p. 120. *V.*, igualmente, p. 124, considerando que existe um regime diferenciado: no caso da responsabilidade por danos provocados por uma decisão danosa estamos perante um regime mais restritivo, próximo da imunidade; no caso de danos provocados por uma atuação judicial danosa, o regime é mais garantístico.

⁴⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 137.

⁵⁰ Cf. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1387. Para o autor, “o árbitro, ao aceitar o encargo que as partes lhe conferem, celebra com elas um contrato de arbitragem, através do qual fica obrigado a uma prestação de serviço – obrigação de decidir, dentro de um determinado prazo, um litígio”. Nessa medida, se exceder o prazo convencionado, há violação de uma obrigação que se assume, respondendo perante os litigantes de acordo com as regras da responsabilidade contratual.

⁵¹ Cf. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1391.

o contratual”⁵².

A adesão fundada a esta duplicidade de regimes de responsabilidade implica que se tente perceber, em primeiro lugar, qual o âmbito da responsabilidade contratual.

Ora, a este propósito, importa ter em conta alguns dados metodológicos. No momento da realização do direito em concreto, haveremos de confrontar o âmbito de relevância do caso com o âmbito de relevância da responsabilidade contratual. Nesse raciocínio de cariz analógico, não podemos, contudo, ficar limitados por uma busca de similitude no plano estrutural. Pelo contrário, porque os *relata* não estão unidos, como na analogia matemática, por uma relação de identidade, mas de similitude bastante, há que chamar à colação um *tertium datum* que justifique a assimilação para lá das diferenças. Assim, teremos de ter em conta quer a teleologia primária da responsabilidade contratual, quer o seu fundamento ético-axiológico.

A responsabilidade contratual é chamada a cumprir uma função específica: a indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor⁵³. Por outro lado, ela funda-se numa ideia

⁵² MIGUEL GALVÃO TELLES, *A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional*, www.mlqts.pt/xms/files/publicacoes/artigos/2011, p. 277.

⁵³ Ao nível contratual, a prestação não cumprida sofre uma mutação, transformando-se num dever de indemnizar. Cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.372, onde o autor apresenta como exemplo de modificação objetiva de direitos a mutação do dever de prestar em dever de indemnizar, em caso de incumprimento contratual; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano do curso jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 76; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1992, p. 20 e ss., em especial p. 21, onde o autor refere como exemplo de modificação objetiva a situação de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação por culpa do devedor, transformando-se o dever de prestar num dever de indemnizar. Veja-se, ainda, MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 428, nota 2; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, p. 65 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição, revista

de liberdade comunicante com uma ideia de confiança normativamente fundada.

Por isso, do ponto de vista dogmático, a solução do problema de saber se o árbitro pode ou não ser contratualmente responsabilizado há-de passar pela consideração do âmbito dos deveres que assume ao celebrar o negócio em causa. Nessa medida, poder-se-ia dizer que só em concreto e com apelo às regras de interpretação das declarações negociais seria possível oferecer tal resposta. Contudo, atenta a natureza típica do contrato em questão, podemos ensaiar a resposta que se concretizará na prática.

O árbitro, no quadro da relação contratual que encabeça, assume uma prestação de serviço. Nessa medida, ele não pode escusar-se a cumprir a função que aceitou, exceto se existir uma causa superveniente que o impossibilite de realizar a arbitragem ou se, não tendo sido fixados os honorários na convenção de arbitragem, não existir acordo escrito entre os árbitros e as partes, concluído antes da aceitação do último árbitro a ser designado. Se, depois de haver aceitação por parte do árbitro, este se escusar injustificadamente ao exercício do encargo, então será responsabilizado. Trata-se, sem dúvida, de uma hipótese de responsabilidade que, consagrada no artigo 12º/3 LAV, assume natureza contratual, já que o que está em causa é o incumprimento da prestação a que o sujeito se obrigou⁵⁴.

O não cumprimento decorrente de uma impossibilidade não imputável ao devedor-árbitro, ao invés, conduz à extinção da obrigação e à não-responsabilidade do sujeito. O artigo 15º/1 LAV determina, em consonância com a regra geral, que cessam as funções do árbitro que fique incapacitado, de direito ou de facto, para exercê-las. Numa situação como esta, o árbitro

e aumentada, Coimbra, 2001, p. 48; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 157; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da obra publicada em 1985), p. 193, nota 420.

⁵⁴ Cf., sobre o ponto, HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1387 e ss., por referência a uma hipótese análoga de responsabilização do árbitro na vigência da anterior lei da arbitragem voluntária.

tem o dever de se desincumbir em tempo razoável. Caso não o faça, incorre em responsabilidade, nos termos do artigo 15º/2 LAV. Consoante explicita Menezes Cordeiro, “ao assumir uma arbitragem, o árbitro compromete-se pelo contrato de arbitragem e em face quer das partes, quer dos seus colegas, a exercer uma função com diligência elevada. Isto implica qualidade de serviço e, necessariamente, uma temporização adequada. A violação de deveres de cuidado pelo não cumprimento eficaz das obrigações e pelo não reconhecimento atempado da própria inação” gera responsabilidade de tipo contratual⁵⁵.

Na verdade, a boa-fé, enquanto regra ordenadora de condutas que impõe a honestidade, a correção e a lealdade aos contraentes, inspira deveres de proteção no quadro contratual. Não basta que se cumpra o dever principal de prestação que se assumiu. Imperioso é, também, o modo e o tempo de cumprimento. Nessa medida, o artigo 43º/4 LAV estabelece que os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo de um ano a contar da data da aceitação do último árbitro ou dentro do prazo fixado pelas partes, se a ele houver lugar, são responsáveis pelos danos causados. Repare-se que, nestes casos, não está em causa o simples atraso (mora) na prestação, já que a não-decisão no prazo referido põe termo ao processo arbitral e faz extinguir a competência dos árbitros para julgar o litígio, mas sim a ultrapassagem de um termo essencial, sem embargo da possibilidade de prorrogação do prazo estipulado, consoante dispõe o artigo 43º/2 LAV⁵⁶.

⁵⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 172.

⁵⁶ A propósito dos danos que podem aqui estar em causa Menezes Cordeiro sublinha que “a inutilização de uma arbitragem pode causar múltiplos danos. Desde logo, negativos: todos os que as partes não teriam sofrido se não se tem iniciado a arbitragem vitimada: despesas e inação, entre outros. E positivos: os associados à perda do que se obteria com uma decisão atempada, designadamente quando favorável” e conclui que “a inutilização de uma arbitragem origina, em regra, danos negativos. Apenas em casos flagrantes, no limite do dolo ou da negligência grosseira, seria possível ir mais longe” – cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 412.

Relativamente à hipótese em que os árbitros obstam a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado, cf., tb., numa perspetiva histórica, o artigo 19º/5 Lei nº31/86. Sobre o ponto, cf. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1387 e ss.

Os deveres assumidos pelo árbitro que aceita uma determinada arbitragem podem, ainda, levar-nos mais longe⁵⁷. Resultam da lei, dos regulamentos dos centros de arbitragem⁵⁸, do acordo entre as partes e, como referido anteriormente, da boa-fé⁵⁹. Quando as partes submetem um litígio a um tribunal arbitral pretendem, com o afastamento dos tribunais judiciais, obter uma decisão mais célere, ainda que para isso tenham de prescindir de determinadas garantias⁶⁰. Mas pretendem, também, obter uma decisão que seja justa. Nessa medida, o árbitro vincula-se a proferir essa mesma decisão justa. O afastamento de uma eventual responsabilidade por decisões errôneas deve, portanto, encontrar uma explicação mais funda do que a simples não-assunção contratual do dever.

A imparcialidade e independência a que os autores fazem apelo como princípio alicerçador da irresponsabilidade dos árbitros não é, a este ensejo, convincente. A construção argumentativa que a partir daquelas ideias-chave se edifica baseia-se em dados psicológicos. Segundo explicita Menezes Cordeiro, “o árbitro, sabendo-se responsabilizável, poderia pender para a parte mais litigante ou subscrever as decisões mais neutras”, pelo que perderia a liberdade de decidir em consciência⁶¹. A ela contrapor-se-ia

⁵⁷ Acerca de alguns deveres dos árbitros, cf. AGOSTINHO MIRANDA, “O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro”, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções*, p. 63 e ss.

⁵⁸ A este propósito, cf. MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei da arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, p. 106, considerando que a “submissão do conflito ao tribunal arbitral do centro de arbitragem envolve a aceitação pelas partes do disposto no regulamento, o qual será considerado parte integrante da convenção de arbitragem”.

⁵⁹ Com exceção da referência à boa-fé, cf. AGOSTINHO MIRANDA, “O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro”, 59 e ss.

A propósito do princípio da boa-fé e das exigências por ele comunicadas, importa não esquecer que, no âmbito contratual, as partes podem também ser responsabilizadas civilmente pela preterição daqueles deveres. Nesse sentido, cf. MANUEL BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, p. 67, lembrando a hipótese de a parte obstar à constituição do tribunal arbitral ou de criar obstáculos desnecessários ao processo.

⁶⁰ HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, p. 1384.

⁶¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, p. 137

um raciocínio alternativo: o árbitro, sabendo-se responsabilizável, poderia acautelar uma eventual quebra do dever, sendo, por isso, mais diligente na fundamentação da sua decisão. Ademais, o árbitro, mesmo recorrendo à equidade, nos termos do artigo 39º LAV, não decide apenas em consciência, mas deve reconduzir a sua decisão a uma fundamentação bastante.

A partir daqui algumas conclusões preliminares são viáveis.

Em primeiro lugar, isto quer dizer que há-de ser no quadro de compreensão do que é uma decisão judicativa – ainda que não judicial – que vamos encontrar a chave da compreensão para a não responsabilização do árbitro, à semelhança do juiz, por qualquer decisão errónea que profira.

De facto, a decisão do árbitro – à semelhança da decisão do juiz – integra-se por dois segmentos dialogantes e inapagáveis: o juízo e a decisão; “um exigido pelos princípios capitais (...) da objetividade, da fundamentação e da possibilidade de controlo das decisões jurídicas”; e outro que “resulta da própria natureza do ato mediador”⁶². As palavras são de Castanheira Neves e comunicam-nos a essência do objeto intencional da metodologia jurídica. Na verdade, o juízo decisório, na sua unidade dialética, é integrado por duas dimensões que se articulam entre si: o referido juízo e a referida decisão. O primeiro é definido pelo mestre como “a resolução de uma controvérsia prática mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz a uma solução comunicativamente fundada”; o segundo é tido como “uma opção resolutiva que a si própria se afirma ou impõe”, “um *originarium* que radica na *voluntas* que assim, ou nessa medida, se postula desvinculada”, manifestando uma vontade autoritária ou impositiva⁶³. No momento da realização do direito em concreto, esta dimensão de decisão estará sempre presente. Sendo inapagável, ela haverá, contudo, de ser reconduzida a uma fundamentação bastante que nos aparte de qualquer arbítrio e garanta a sua própria sindicabilidade. Entra, então, em jogo o juízo jurídico que “tem como

⁶² CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 30

⁶³ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pp. 31- 32

função reconduzir a decisão necessária (...) à fundamentação exigível”, revertendo “a *voluntas* decisória à *ratio* normativa”, “o que afasta o carácter apodítico” do juízo e “a possibilidade de fundamentação como simples demonstração”⁶⁴. O juízo estabelece, portanto, a “mediação concreta” entre a *lex* e a decisão, pelo que se pode afirmar que ele constitui uma fundamentação que convoca como fundamentos e critérios o direito vigente⁶⁵. Este juízo, contudo, afasta-se irremediavelmente de um juízo de pendor lógico e dedutivo, próprio do pensamento positivista. Ele convoca argumentos e não premissas, pelo que as decisões não se podem, *a priori*, *pré-dizer*.

Se assim é, então, haveremos de concluir, em segundo lugar, que o árbitro não se vincula a proferir uma decisão num determinado sentido⁶⁶. Mas concluiremos mais: a independência e imparcialidade a que os autores aludem são garantidas, em última instância, pela fundamentação necessária a que o árbitro não se pode furtar. Simplesmente, porque essa fundamentação não é apofântica, mas implica uma construção pessoal do próprio julgador, ela pode ser contraditada sem que, contudo, tenha de corresponder necessariamente a uma decisão errónea. Onde se percebe o grau de tolerância no quadro da responsabilidade do árbitro que, afinal, corresponde, quanto ao teor da decisão, à do próprio magistrado.

Nessa medida, o artigo 9º/4 LAV consagra que os árbitros não são em regra responsabilizados pelas decisões que proferem, exceto quando os próprios magistrados judiciais o possam ser. A responsabilidade do árbitro, no tocante ao conteúdo das decisões, orienta-se, portanto, pelos critérios plasmados na Lei nº67/2007, relativa à responsabilidade do Estado.

⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 32

⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 33

⁶⁶ Estamos, obviamente, a falar da arbitragem no quadro da resolução de litígios. Para uma referência à diferença entre esta e o *arbitraggio*, cf. MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei de arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, p. 110. A função dos *arbitratori* “não consiste na resolução de controvérsia sobre preexistentes posições jurídicas subjetivas”, antes determinando algum elemento da relação jurídica, como por exemplo o preço.

A este propósito veja-se, contudo, o artigo 1º/4 LAV.

Nos termos do artigo 13º Lei nº67/2007, este será responsável pelos danos decorrentes de decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto, mas os magistrados judiciais não podem ser responsabilizados, exceto quando atuem com dolo ou culpa grave, hipótese em que o Estado terá de exercer contra eles o direito de regresso⁶⁷. Por outro lado, o nº2 do artigo 13º estabelece que o pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

A adequada compreensão dos preceitos permite-nos extrair uma conclusão. Assim, as situações em que o árbitro pode vir a ser responsabilizado pelo conteúdo da decisão proferida ficam confinadas às situações de decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro de facto. Não será bastante qualquer erro, exigindo-se a presença de um erro qualificado, o que está em consonância com os dados metodológicos anteriormente avançados. De acordo com o ensinamento de Ana Celeste Carvalho, o erro grosseiro de facto pode ser encontrado na “decisão que não tem justificação, que não se encontra alicerçada nas concretas circunstâncias de facto que deveriam determinar o seu proferimento, [nas] situações de afirmação ou negação de um facto cuja verificação se mostre incontestada no processo ou que não deixe margem para quaisquer dúvidas ou quando o juiz decidiu em flagrante contradição com os factos dados por provados”⁶⁸. O erro de direito, por seu turno, envolve, *inter alia*, decisões desconformes com a constituição, decisões que apliquem norma ferida de inconstitucionalidade, sobretudo se tais normas já foram julgadas

⁶⁷ Cf. artigo 14º/1 Lei nº67/2007 e artigo 6º que determina a sua obrigatoriedade. Veja-se, porém, no tocante à questão da obrigatoriedade o nº2 do artigo 14º. Sobre o ponto, considerando que, no caso da responsabilidade por erro judiciário, não existe obrigatoriedade do direito de regresso, cf. ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, *Responsabilidade civil do Estado*, CEJ, 2014, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf, p. 66.

⁶⁸ ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, pp. 53 e ss.

inconstitucionais pelo tribunal constitucional, decisões baseadas numa norma revogada, numa lei não aplicável à situação jurídica, desde que seja evidente que a decisão é contrária à lei e à Constituição e desconforme ao direito, no entendimento da autora. Repare-se que a gravidade requerida pela lei leva Ana Celeste Carvalho a aventar que quer a inconstitucionalidade, quer a ilegalidade têm de ser manifestas, não podendo estar em causa uma simples interpretação divergente, mas plausível do direito positivo⁶⁹.

A adequada compreensão dos preceitos permite-nos, ainda, lançar a ponte de diálogo para dois problemas que têm sido debatidos pela doutrina: deverá a responsabilidade do árbitro ficar confinada ao dolo ou à culpa grave? Deverá a responsabilidade do árbitro ficar dependente da prévia revogação da decisão danosa?

No que ao requisito da culpa grave ou do dolo respeita, importa perceber que alguma doutrina, no quadro da responsabilidade do Estado, defende a não responsabilização deste por culpa leve, quando em causa esteja o erro judiciário. Na verdade, alguns autores associam o erro grosseiro e manifesto à culpa grave, isto é, consideram que o erro qualificado requerido para que se comprove a ilicitude do comportamento do julgador coenvolve necessariamente a culpa grave. Não sendo demonstrado esse erro não há responsabilidade quer do magistrado, quer do Estado. É este o posicionamento de Ana Celeste Carvalho, para quem, aliás, o erro é indesculpável ou inadmissível quando o juiz poderia e deveria consciencializar o erro. Para a autora, não faz sentido falar de presunção de culpa ou de culpa leve. Para ela, “ou é demonstrado o erro qualificado, nos termos do artigo 13º, caso em que também está demonstrada a culpa grave do juiz, nos termos do artigo 14º ou, não sendo demonstrado esse erro, não há sequer responsabilidade do Estado”⁷⁰.

⁶⁹ ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, p. 54.

⁷⁰ ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, pp. 62 e ss. Em sentido diverso, cf. RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei nº67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, pp. 116 e ss.

Na verdade, parece que a qualificação do erro de direito ou de facto determina que ele fosse cognoscível pelo juiz, donde, afinal, ele implicará sempre o caráter culposo da atuação daquele. No fundo, consagra-se, a este propósito, um esquema unitário de imputação, alicerçado na falta de cumprimento dos deveres e, como tal, próximo da *faute* napoleónica. Sendo o erro grosseiro, grave, manifesto, poder-se-á presumir que a culpa que o acompanha seja também grave. Esta ideia parece estar em consonância com a ideia de responsabilidade contratual do árbitro: este assume um dever de proferir uma decisão justa. Ao cometer um erro grosseiro, evidente, palmar, não se pode deixar de presumir a sua culpa.

A presunção de culpa decorreria já, no quadro da responsabilidade contratual, do funcionamento das regras próprias do artigo 799º CC. Estamos em crer que esta presunção, porque pressupõe também uma presunção da própria ilicitude, apenas pode ser mobilizável quando haja um resultado que se constate. A parte lesada haverá, portanto, que provar a existência de uma decisão manifestamente contrária aos fundamentos do justo. Ora, ao fazê-lo, no caso concreto, está, afinal, a provar a própria ilicitu-

A este propósito, cf., também, o Acórdão STJ 24-2-2015, onde se pode ler que o “ erro de direito deve ser manifestamente inconstitucional ou ilegal: não basta a mera existência de inconstitucionalidade ou ilegalidade, devendo tratar-se de erro evidente, crasso e indesculpável de qualificação, subsunção ou aplicação de uma norma jurídica; o erro de facto deve ser clamoroso e grosseiro, no que toca á admissão e valoração dos meios de prova e á fixação dos factos materiais da causa”; o Acórdão do STJ de 15-12-2011, nos termos do qual “a responsabilidade civil extracontratual do Estado-Juiz assenta na culpa do juiz, motivo pela qual não se verificando este requisito não há lugar a responsabilidade objetiva do Estado; o erro de direito praticado pelo juiz só poderá constituir fundamento de responsabilidade civil do Estado quando seja grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativa de uma atividade dolosa ou gravemente negligente”; o Acórdão do STJ de 28-2-2012, onde se pode ler que “os atos de interpretação de normas de direito e de valoração jurídica dos factos e das provas, núcleo da função jurisdicional, são insindicáveis; o erro de direito só constituirá fundamento de responsabilidade civil quando, salvaguardada a referida essência da função jurisdicional, seja grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas”.

de e culpa, donde, afinal, a natureza da responsabilidade civil do árbitro nos remete para um esquema simbiótico de imputação.

No que respeita à questão da exigência ou não do requisito da prévia revogação da decisão danosa na jurisdição competente, e no tocante à responsabilidade dos magistrados, a doutrina mostra-se ainda mais dividida. Os autores vão oscilando entre a natureza processual e material do pressuposto⁷¹; entre a imperiosa necessidade de se lhe dar cumprimento e entendimentos mais generosos para o lesado, que vão desde a alegação da inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 13.º⁷² à proposta de uma interpretação muito generosa acerca do próprio requisito⁷³. Com ele, o legislador intentou garantir que a autoridade da sentença não seria posta em causa por um juiz que não se pronunciaria sobre a decisão proferida e a manteria incólume, apesar de responsabilizar o juiz pelo seu proferimento⁷⁴. Os problemas galvanizam-se, contudo, quando nos confrontamos com sentenças que não são suscetíveis de recurso, ou por não atingir o valor necessário para o efeito, ou porque já se trata de uma decisão proferida em última instância. No que respeita ao primeiro grupo de casos, Ana Celeste Carvalho defende que se trata de uma opção feita *a priori* pelo ordenamento jurídico, pelo que não se deve prescindir do requisito: “a não existência de possibilidade de recurso resulta da sua diminuta relevância jurídica”. Além disso, há “a possibilidade de se requerer a reforma da sentença em caso de irrecorribilidade da decisão, fundada

⁷¹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, “A ideia de Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por erro judiciário: the king can do no wrong”, *O Direito*, ano 142, tomo I, 2010, pp. 39 e ss., no primeiro sentido apontado.

⁷² Cf., porém, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 363/2015, que “não julga inconstitucional a norma do artigo 13.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, segundo o qual o pedido de indemnização fundado em responsabilidade por erro judiciário deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”.

⁷³ Cf. PAULA COSTA E SILVA, “A ideia de Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por erro judiciário: the king can do no wrong”, pp. 72 e ss.

⁷⁴ Cf. ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, pp. 55

em manifesto lapso do juiz, no erro na determinação da norma aplicável ou na qualificação dos factos jurídicos e quando constem do processo documentos ou outros meios de prova plena que impliquem uma decisão diversa”⁷⁵. No que ao segundo grupo de casos concerne, a autora, contrariamente ao entendimento de parte da doutrina, mostra-se duvidosa no que respeita à possibilidade de se abdicar do requisito, já que tal implicaria “conceder que um tribunal de 1ª instância, na ação de responsabilidade civil, se vá pronunciar sobre tal erro, em total inversão da ordem jurídica vigente”, ao que se aliaria o facto de “o artigo 669º CPC permitir ao próprio tribunal suprir erros materiais e de julgamento” e a viabilidade de um recurso para o Tribunal Constitucional⁷⁶.

Se tentarmos transpor este problema para o campo da arbitragem, teremos de concluir que os termos do mesmo não podem ser sopesados de igual forma. Por um lado, falha a consideração dos expedientes processuais tendentes a atacar a decisão manifestamente errónea⁷⁷; por outro lado, parece não fazer sentido a ideia de que com a abertura à indemnização pelo conteúdo de uma decisão que não é revogada se está a contornar o sistema judiciário existente. É que, ao nível da arbitragem, a legitimação dos árbitros não é judicial, mas contratual.

Eventualmente, poder-se-ia pensar que, ao submeter um litígio a um tribunal arbitral, as partes estariam, de certo modo, a renunciar à possibilidade de vir a obter uma indemnização pela decisão errónea, sempre que se mostrasse impossível obter a revogação da sentença arbitral. No entanto, nem este entendimento se mostra condizente com o sentido da arbitragem, como ele contraria a expressa menção do legislador à respon-

⁷⁵ ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, pp. 56 e ss.

⁷⁶ ANA CELESTE CARVALHO, “Responsabilidade civil por erro judiciário”, p. 59. Veja-se, também, JOSÉ CARDOSO DA COSTA, “Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por atos da função judicial”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 138, nº3954, 2009, pp. 165 e ss.

⁷⁷ Sobre o ponto, cf. RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei nº67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, pp. 130 e ss.

sabilidade civil do árbitro que, atento o âmbito do recurso, da oposição à execução e da impugnação do laudo arbitral, acabaria por ter uma natureza residual⁷⁸. Acresce que, estando em causa uma responsabilidade por culpa grave, essa renúncia ao direito à indemnização seria nula⁷⁹.

Tudo visto, podemos, finalmente, extrair algumas conclusões:

- a. a responsabilidade do árbitro pelo conteúdo da decisão pode ser qualificada como uma responsabilidade contratual;
- b. estando limitada pelos critérios predispostos pelo legislador para a responsabilidade do magistrado, essa responsabilidade contratual apenas tem lugar em caso de dolo ou culpa grave;
- c. provada que esteja a contrariedade manifesta da decisão com a constituição ou com a lei ou o grosseiro erro de facto, presume-se a culpa qualificada, porque o erro qualificado a que se refere a lei só pode ter lugar, pelo menos, nos casos de grave negligência. Ao presumir-se a culpa, presume-se simultaneamente a ilicitude do comportamento do árbitro⁸⁰.

5. Consequências da natureza contratual da responsabilidade do árbitro

Tratando-se esta de uma responsabilidade contratual, não temos de ficar *a priori* presos a uma tipificação legal de hi-

⁷⁸ Quanto à questão da impugnação da sentença arbitral, cf. MOURA RAMOS, “O novo direito português da arbitragem”, pp. 600 e ss.

⁷⁹ Tenha-se em conta, ainda, no caso da arbitragem do consumo os especiais direitos dos consumidores e a necessidade de os tutelar.

Sobre a questão, veja-se o entendimento de RICARDO PEDRO, “A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e imunidade”, pp. 130 e ss., considerando que haveria uma inconstitucionalidade logo que o legislador não providenciasse ao lesado um meio de revogação da decisão.

⁸⁰ Não poderá é falar-se de uma presunção de dolo que terá de ser sempre provado.

póteses de ressarcimento. Pelo contrário, sempre que se constate a violação de um dever que se possa reconduzir ao núcleo contratual, haveremos de considerar que se abrem as portas a uma possível indemnização, desde que se verifiquem os restantes pressupostos exigíveis⁸¹.

Por outro lado, a responsabilidade dos árbitros fica confinada às partes no contrato de arbitragem. Esta é, aliás, a solução que resulta do artigo 9º/5 LAV. Com este entendimento contrariamos aparentemente a posição de autores como Menezes Cordeiro. Para o insigne jurista, como os juízes podem ser responsabilizados perante terceiros por dolo ou culpa grave, não se entende por que razão há-de ser outra a solução no caso dos árbitros. Por isso, defende, sob pena de inconstitucionalidade do referido artigo 9º/5, que o preceito apenas se aplica às hipóteses de responsabilidade contratual dos árbitros. Ora, é exatamente porque partimos da natureza obrigacional desta responsabilidade, mesmo para as hipóteses de errado conteúdo decisório, que não vislumbramos qualquer problema em face da intencionalidade da norma. Importa, contudo, tentar perceber em que medida os árbitros podem também ser extracontratualmente responsabilizados.

Antes, porém, importa considerar uma outra consequência que advém da natureza contratual que recortámos para a responsabilidade do árbitro. Na verdade, ela só poderá ter lugar quando se consiga discernir um contrato entre o árbitro e as partes. Simplesmente, nos casos em que a relação contratual é estabelecida com o centro de arbitragem, importa considerar que a responsabilidade (também) contratual do árbitro pode resultar da eficácia protetiva de terceiros que o negócio celebrado entre a instituição e o decisor do processo acarrete⁸². No mais,

⁸¹ Veja-se, neste sentido, MIGUEL GALVÃO TELLES, *A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional*, considerando que poderá haver responsabilidade quando o árbitro ocultar ou não revelar facto suscetível de pôr em causa a sua independência e imparcialidade. Também a violação do dever de confidencialidade pode dar origem a uma pretensão indemnizatória no quadro da responsabilidade contratual.

⁸² Há autores, como se sabe, que, nestas hipóteses, preferem falar de uma terceira via de responsabilidade civil.

poderá haver também responsabilidade do próprio centro de arbitragem, nos termos do artigo 800º CC, tudo dependendo das concretas relações que se estabeleçam.

6. A responsabilidade civil extracontratual

Se no quadro da responsabilidade contratual o que está em causa é uma ideia de confiança normativizada que alicerça a liberdade responsável dos sujeitos, pelo que tudo se joga ainda no plano de satisfação do interesse do credor, ao nível da responsabilidade extracontratual o que opera é uma ideia de responsabilidade comunicante com uma ideia de liberdade própria do sujeito-pessoa. Quer isto dizer que, ao nível aquiliano, o que funda, em última instância, a responsabilidade é o facto de a pessoa ser livre e exercer essa liberdade responsabilmente (responsabilidade pelo outro e diante do outro). Ou seja, o sujeito é responsável porque, sendo livre, é também responsável pelo outro. A responsabilidade surge como uma forma de atualizar a liberdade positiva – e axiologicamente densificada – do sujeito.

Sendo este o fundamento maior da sua responsabilização, haverá que considerar quais as finalidades primárias do ressarcimento, e estas os autores têm-nas encontrado na reparação dos danos, na prevenção e na reafirmação do valor dos bens jurídicos lesados⁸³. Por outro lado, a complexidade do fluir dos acontecimentos associada a um sentido não nefelibata da responsabilidade fazem com que não seja possível assacar a responsabilidade ao sujeito sempre que um dano lhe seja imputável. Os diversos ordenamentos jurídicos modelam-se no sentido de encontrar expedientes de limitação da referida responsabilidade.

Entre nós, e fruto da forte inspiração iheringiana, o modelo ressarcitório delitual estrutura-se, com esse fito, em

⁸³ Negamos uma finalidade sancionatória em sentido punitivo que nos remeta para a consideração dos danos punitivos. A ideia de sanção a que aderimos anda ligada ao sentido ético axiológico inscrito em texto. Para outros desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, pp. 511 a 600

três hipóteses de ilicitude: violação de direitos absolutos, violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e o abuso do direito.

Isto não quer dizer, porém, que o legislador não possa consagrar casos de responsabilidade delitual que escapam (ou parecem escapar) ao traçado legal. Fugindo ao direito privado, embora dele beba a dogmática, a responsabilidade do Estado assenta numa construção conceptual que se afasta da pureza civilística. Tal discrepância pode ser melhor compreendida se atendermos à teleologia daquela. De facto, o Estado não fica obrigado a indemnizar os particulares mediante determinados requisitos em função do mau exercício – e portanto da necessidade de atualização – da sua liberdade. Como construção que é, o Estado não responde por força de uma ideia de responsabilidade alicerçada na pessoalidade, mas por critérios de justiça distributiva: se o Estado, através dos seus órgãos e funcionários, no exercício das suas funções, comete um ato ilícito e, com isso, inflige um dano a um particular, tal significa que está a onerar mais fortemente aquele sujeito com o custo da administração de certa função estadual do que os restantes. O chamamento à responsabilidade tem em vista garantir a correta alocação dos custos.

Por seu turno, as prerrogativas de poder público (*ius imperium*) podem determinar que o funcionário do Estado possa, quando chamado a responder em via de regresso, ter de indemnizar além do quadro (mais ou menos restrito) de hipóteses resarcitórias delituais. Exemplo paradigmático disso é o caso da responsabilidade do magistrado.

Ora, jogando-se a responsabilidade do árbitro no campo do direito privado, coloca-se um problema: faz sentido aplicar o regime regra dos artigos 483º e ss. CC, de tal modo que, embora limitados pela tipificação contida no artigo 13º Lei nº67/2007, só deve haver responsabilidade quando exista violação de um direito absoluto, de uma disposição legal de proteção de interesses alheios ou uma situação abusiva do direito⁸⁴? No fundo,

⁸⁴ Repare-se que a simples preterição de uma norma legal, ainda que com assento constitucional, não configura, por si só, a violação de uma disposição legal de proteção de interesses alheios para efeitos de preenchimento do

o problema está em saber se a própria decisão ferida de uma manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade configura um ato ilícito do ponto de vista privatístico.

Para responder a esta dúvida teremos de ter em consideração a função que o árbitro desempenha. Que aquela tem uma natureza jurisdicional é inequívoco, já que se destina a decidir judicativamente, pondo fim a uma controvérsia. No entanto, a fonte de legitimação é privada, remontando ao contrato. Ora, se a presença deste é suficiente para fundar a responsabilidade contratual, resta-nos saber se a natureza privatística também determina (ou não) o afastamento em relação aos critérios de sindicância do ilícito.

Os magistrados são chamados a responder pelas decisões manifestamente ilegais ou inconstitucionais ou que encerrem evidentes erros de valoração da matéria de facto em nome do especial poder que lhes é conferido. A função que desempenham, pela sua natureza, pode mostrar-se particularmente invasiva da esfera dos particulares. Donde é o especial poder que arrasta consigo a especial responsabilidade. Como fundamento último desta responsabilidade encontramos uma ideia de justiça distributiva a que já nos referimos.

No tocante aos árbitros, a mesma capacidade invasiva existe em nome da sua legitimidade decisória. Simplesmente, essa esfera de poder é determinada e justificada pela vocação contratual da missão que encabeçam. Donde, afinal, a hipótese de responsabilização para lá do âmbito do ilícito delitual previsto no artigo 483º CC só se justifica, plenamente, na sua ligação ao contrato. A responsabilidade do árbitro seria, pois, obrigacional e o eventual concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória (convocando-se, então, as regras da congénere aquiliana) só se verificaria quando a mesma situação fizesse desencadear a violação de um direito absoluto, de uma disposição legal de proteção de interesses alheios ou uma situação de abuso do direito.

âmbito de relevância do artigo 483º CC, dado que, ao tipificarem um comportamento que proíbem ou imponham, essas normas não se dirigem ao julgador.

Repare-se que a resposta para a dúvida com que nos confrontámos é condicionada pelo entendimento acerca da natureza da arbitragem. Na verdade, se considerarmos que os tribunais arbitrais funcionam como instâncias jurisdicionais que, embora constituídas por vontade das partes, se integram na organização judiciária do Estado que delega a não magistrados a função judicial, então haveremos de concluir que a responsabilidade aquiliana avulta sem outros requisitos senão aqueles que surgem plasmados na lei nº67/2007. A questão é, portanto, a de saber se a dimensão “pública” da função se agiganta para lá (apesar) da existência do contrato⁸⁵. Ou dito de uma forma mais direta, a questão passa por saber se o Estado se retrai, permitindo que, em relação a certos direitos, os particulares encontrem formas de composição dos seus interesses e de resolução dos seus litígios ou se os tribunais arbitrais funcionam como uma *longa manus* da organização judiciária do Estado, integrando-a, apesar da sua natureza privada.

Trata-se de uma questão da maior importância que urge ponderar.

No Acórdão nº230/86 do Tribunal Constitucional, somos confrontados com importantes diferenças entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais: estes não são órgãos estaduais; não são órgãos permanentes; não são órgãos de soberania; os árbitros não são juizes de carreira, não estando, portanto, sujeitos, ao estatuto constitucional destes. Por outro lado, vinca-se a diferença entre ambos, quanto à natureza, competência, composição e funcionamento. A título de exemplo, refere-se que os tribunais arbitrais extinguem-se depois da resolução do litígio; podem decidir de acordo com a equidade e não obedecem às regras de competência territorial, o que quer dizer que não lhes pode ser atribuído o estatuto dos tribunais estaduais.

⁸⁵ Cf., a este propósito, a exposição de motivos da lei da arbitragem de 1986, onde se refere que os tribunais arbitrais desempenham uma função jurisdicional; o Acórdão de 18 de Janeiro de 2000, com referência à ideia de que a arbitragem é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado; Acórdão nº230/86 do Tribunal Constitucional; o voto de vencida de Maria João Antunes, no Acórdão nº230/2013, do Tribunal Constitucional.

Eles desempenhariam, é certo, uma função jurisdicional, mas de natureza privada.

Por seu turno, o Acórdão n°52/92 vem considerar que a CRP inclui, entre as diversas categorias de tribunais, os tribunais arbitrais, não diferenciando os tribunais arbitrais voluntários dos tribunais arbitrais necessários, o que quer dizer que a Constituição admite que a *jurisdictio* possa ser exercida por órgãos não estaduais, em resultado de convenção ou por disposição da lei. O juiz-árbitro declara o direito, sendo a sua função jurisdicional, embora não o possa executar, porque não tem *potestas*. Ora, essa falha é compensada pela *auctoritas*, que encontra o seu fundamento na autonomia privada. Daí que se proponha um regime diferenciado para os dois tipos de tribunais arbitrais: “o tribunal arbitral necessário é um instituto diferente, pela sua origem, do tribunal arbitral voluntário”, já que ele surge por força de um ato legislativo e não como efeito de um negócio jurídico, donde se entende que, no caso dos tribunais arbitrais necessários, devem ser consagradas maiores garantias aos particulares, como seja a possibilidade de recurso para a jurisdição estadual⁸⁶.

⁸⁶ Tem-se debatido de facto se a proibição de recurso no quadro da arbitragem necessária está ferida de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional pronunciou-se já no sentido afirmativo. Quando haja uma obrigação de recorrer à arbitragem, o direito de acesso à justiça só fica plenamente salvaguardado se forem consagradas determinadas garantias aos particulares, entre as quais se conta exatamente a possibilidade de recurso.

Quanto ao ponto, para além dos citados acórdãos, cf. RUI DE MEDEIROS, “Arbitragem necessária e Constituição”, intervenção oral no III Encontro Internacional de Arbitragem de Coimbra em 25 de Outubro de 2013, com referências aos pareceres de J.J. Gomes Canotilho e Paulo Otero. Canotilho considera que a arbitragem necessária implica a violação do princípio da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, do princípio da reserva do juiz estadual e do princípio da igualdade e do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva. Paulo Otero, por seu turno, aduz que o Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional, nem pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado.

Independentemente da melhor posição sobre esta questão, que aqui não pretendemos discutir, a verdade é que a argumentação dos autores parece apontar para a negação da ideia de que o Estado delega o exercício do poder jurisdicional aos tribunais arbitrais, que aqui surgiriam integrados, embora com uma natureza diversa, na organização judiciária do próprio Estado.

Veja-se, ainda, no tocante à arbitragem necessária J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4^a

No Acórdão nº230/2013, o Tribunal Constitucional repete o entendimento segundo o qual “o nº2 do artigo 209º CRP inclui os tribunais arbitrais como uma de entre as diversas categorias de tribunais que se encontram constitucionalmente previstas” e sublinha que “os entes em questão exercem uma função jurisdicional”, donde resulta que a *jurisdictio* não tem de ser exercida por juízes, podendo certos litígios ser decididos por árbitros, em resultado de convenção ou de disposição da lei. No caso da arbitragem voluntária, a “submissão de um litígio à via arbitral resulta de uma manifestação de vontade das partes, pelo que não levanta dúvidas de constitucionalidade que se estipule legalmente a irrecorribilidade da sentença”. Não obstante tais considerações, o Tribunal Constituição retoma a ideia de que os tribunais arbitrais não são idênticos, na sua natureza e funcionamento, aos tribunais estaduais, considerando que a função jurisdicional por si desempenhada tem natureza privada e sublinhando que, “embora [a Constituição] admita a existência de tribunais arbitrais, nada diz quanto à sua inserção no ordenamento jurisdicional, nem quanto à articulação com o direito de acesso à proteção individual”.

Haveremos, por isso, de ponderar alguns argumentos que nos esclareçam quanto ao ponto.

Os tribunais arbitrais são uma das categorias de tribunais previstos na Constituição, nos termos do artigo 209º CRP. Simplesmente, isso não depõe no sentido da sua integração no quadro da organização judicial estadual. A Constituição também admite, aliás, formas de resolução de litígios de natureza não jurisdicional, o que quer dizer que a previsão da existência de tribunais arbitrais nada nos comunica relativamente à sua natureza. Haverá, portanto, que analisar alguns aspetos do regime da arbitragem.

Ora, os árbitros não são dotados de *ius imperium*⁸⁷. Por

edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 551 e ss.; JORGE MIRANDA/RUI DE MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo III, Almedina, Coimbra, 2007, p. 17.

⁸⁷ Cf. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem; competência do Tribunal Arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, pp. 1381 e MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei da arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, pp. 102 e ss. A autora aduz que um dos reflexos dessa falta de po-

isso, os tribunais judiciais não ficam afastados da resolução do litígio, podendo controlar *a posteriori* a validade do processo arbitral e da sentença, ao mesmo tempo que, devido à falta de uma estrutura análoga à dos tribunais do Estado, prestam assistência e colaboração a diversos níveis e que intervêm, por exemplo, para efeitos de execução da sentença⁸⁸.

Se se torna claro que o Estado, através dos seus tribunais, pode prestar assistência aos tribunais arbitrais, nem por isso o dado representa um recuo em relação à autonomia privada, até porque, estando em causa a arbitragem voluntária, aceita-se unanimemente a renúncia ao recurso.

No tocante às relações entre ambos, recorde-se, ademais, que a autonomia que os tribunais arbitrais mantêm em relação aos restantes tribunais (estaduais) é refletida no importante princípio da competência da competência. Nos termos

deres de *imperium* passa pela necessidade de se executar a decisão arbitral num tribunal estadual. Veja-se, na atual LAV, o artigo 47º. Outro seria o facto de, nos termos do artigo 38º da atual LAV, “uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, pode solicitar ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral”, quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração.

De notar que, na vigência da atual LAV, se pôs fim a uma controvérsia a que a autora ainda fazia referência e que passava por saber se a parte interessada poderia ou não requerer tutela cautelar nos tribunais arbitrais. O artigo 20º LAV vem responder afirmativamente a esta dúvida.

Maria José Capelo concluía que “perante a nossa lei de arbitragem voluntária, a atuação dos árbitros faz-se sempre sob o manto tutelar dos tribunais judiciais. Não se criou uma forma de julgar totalmente independente. De facto, este novo modelo de dirimir litígios não dispensa, nas várias fases de julgamento arbitral, a intervenção da justiça do Estado. A subsistência do cordão umbilical entre a justiça arbitral encontra-se expressa, por exemplo, (...) numa eventual intervenção do [tribunal judicial] no processo de constituição do tribunal arbitral e na obtenção de provas, e ainda no facto de a validade das decisões arbitrais poder ser controlada, por via de impugnação, pelos tribunais judiciais”.

⁸⁸ Cf. PEDRO NÁPOLES/CARLA COELHO, “A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspetos práticos”, pp. 198 e ss.

A este propósito, cf., para diversos exemplos dessa colaboração a que se alude, os artigos 10º, 14º, 15º, 17º, 18º, 20º, 21º, 38º, 39º e 45º LAV, analisados pelos autores citados.

Acerca da questão da execução da sentença arbitral, cf. MOURA RAMOS, “O novo direito português da arbitragem”, pp. 597 e ss.

do artigo 18º LAV, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção. Ademais, a nulidade desse contrato não implica por si só a nulidade da cláusula compromissória, de acordo com a ideia de separabilidade da convenção de arbitragem, plasmada no artigo 18º/2 e 3 LAV; e, de acordo com o artigo 5º LAV, os tribunais estaduais apenas podem conhecer plenamente da competência do tribunal arbitral depois de este se ter pronunciado sobre a questão. Só não será assim quando a convenção de arbitragem for manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável⁸⁹. Apesar de os tribunais judiciais terem legitimidade *a posteriori* para sindicar a competência do tribunal arbitral, isto não implica quer a perda de autonomia do último, quer a perda de relevância da autonomia privada a este nível. É que, como bem se compreenderá, esta autonomia não funciona no vazio, comunicando com o ordenamento jurídico ao qual surge referido. No fundo, o princípio da competência-competência é erigido em nome da eficácia da própria convenção de arbitragem, mas não implica a não-controlabilidade da situação *sub iudice*, como aconteceria em qualquer outra hipótese.

Quer isto dizer que os tribunais arbitrais se afirmam como verdadeiros tribunais. Simplesmente, como se refere no Acórdão do TC nº230/86, num entendimento repetido no Acórdão nº230/2013, no seu quadro, são menores as garantias de imparcialidade e independência, uma vez que os árbitros não estão sujeitos a determinadas regras, nem à fiscalização do Conselho Superior de Magistratura. Não se pode, sequer, supor, como se explicita no Acórdão do TC nº52/92, que a “independência do árbitro decorre da natureza da função que exerce”, porque tal “configuraria um excesso de conceptualismo e uma *petitio principii*”, já que a “independência do julgamento decorreria da essência da função jurisdicional”. A independência e

⁸⁹ Sobre o ponto, cf. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral”, *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 292 e ss.; A. MENEZES CORDEIRO, “Da competência-competência arbitral”, *Revista de Direito Civil*, nº0, 2015, pp. 23 e ss.

imparcialidade dos árbitros é garantida pela “livre concertação de vontades, vertida num compromisso arbitral”⁹⁰.

Se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais e desempenham uma função jurisprudencial, é inequívoco que a sua legitimidade é privada – a falta de *potestas* é compensada pela *auctoritas*, que advém do acordo de vontades⁹¹. O Estado permite, como sublinhado anteriormente, que as partes numa convenção de arbitragem prescindam das garantias que lhe são oferecidas no quadro da jurisdição estadual, prosseguindo as vantagens que este meio alternativo de resolução de litígios lhes faculta. Trata-se de uma faculdade que se situa no mesmo plano de outras cláusulas que podem ser apostas aos contratos e que legitimam uma fixação contratual dos direitos das partes. No mais, esta ideia é confirmada pela noção de arbitrabilidade a que somos conduzidos por lei.

Quer isto dizer que, embora admitida pela Constituição, a jurisdição arbitral é privada e não integra a organização judiciária do Estado. Confirmam-se, portanto, as nossas prévias ideias: a natureza da responsabilidade do árbitro, mesmo no tocante às decisões erradas, é essencialmente contratual; os critérios da responsabilidade dos magistrados, no quadro delitual, devem ser articulados com os requisitos gerais da responsabilidade civil⁹²⁻⁹³.

⁹⁰ Cf. Acórdãos TC n.º230/2013 e n.º52/92. É este dado que justifica que os autores se mostrem muito duvidosos quanto à constitucionalidade da proibição de recurso no âmbito da arbitragem necessária. É que nesta não existe esta garantia de imparcialidade e independência, tendo de ser consagradas outras garantias.

⁹¹ Cf. Acórdão TC n.º52/92.

⁹² Se os tribunais arbitrais fossem vistos como uma *longa manus* dos tribunais estaduais, então, mesmo não sendo entes públicos, ficariam sujeitos à responsabilidade prevista na lei n.º67/2007. No caso concreto, embora se recorra aos critérios aí plasmados para a responsabilidade dos magistrados, deve entender-se que a remissão é feita, apenas, para as situações-tipo aptas a desencadear a responsabilidade e não para a globalidade do regime de responsabilidade.

⁹³ Uma nota é devida para tentarmos perceber como é que estas ideias se articulam com a arbitragem necessária, mesmo que com isso nos afastemos do âmbito de análise definido *ab initio*. Na verdade, a arbitragem necessária decorre de um ato legislativo e não de um negócio jurídico. Por outro lado, ao impedir os particulares de recorrerem aos tribunais judiciais, o legislador está a considerar que o direito ao acesso à justiça se cumpre no quadro da arbitragem. Sobre o ponto, haveremos de relembrar que alguns autores se mostram

muito críticos desta forma de arbitragem e que, mesmo quando a admitem, assumem que deverão ser consagradas garantias acrescidas por referência à arbitragem voluntária. Daí que, oportunamente, o Tribunal Constitucional se tenha pronunciado pela inconstitucionalidade de normas que impediam o recurso da sentença arbitral proferida a esse nível. Veja-se, neste sentido, o já citado Acórdão TC nº230/2013.

Isto mostra que, no tocante à arbitragem necessária, não é possível aventar uma ideia de retração do ordenamento jurídico, que admite que, ao abrigo da liberdade contratual dos sujeitos, se recorra a formas de realização da justiça privadas. No fundo, o Estado usa uma forma jurisdicional de resolução de litígios que apresenta uma natureza particular para, aproveitando as suas vantagens, a impor como meio de acesso à justiça. Admite-se, por isso, que, neste contexto da arbitragem necessária, o tribunal arbitral possa ainda integrar-se, apesar da sua autonomia, na organização judiciária do Estado e que, conseqüentemente, possa ser pensado de outra forma o problema da responsabilidade. Não nos iremos, contudo, debruçar sobre esta questão.

INDICE

BREVE APRESENTAÇÃO	7
--------------------------	---

António Pinto Monteiro

CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA DE SUPERENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES: PRINCIPAIS RESULTADOS DE UM ESTUDO EMPÍRICO DE 5 ANOS EM PORTO ALEGRE.....	13
--	----

Cláudia Lima Marques

PRÁTICAS RECENTES DA CHINA NA MEDIAÇÃO E NA ARBITRAGEM DE LITÍGIOS DE CONSUMO	45
--	----

Wei Dan

A ARBITRAGEM DE CONSUMO.....	67
------------------------------	----

António Menezes Cordeiro

ESPECIFICIDADES DA ARBITRAGEM E DA MEDIAÇÃO DE CONSUMO	73
---	----

Joana Campos Carvalho | Jorge Morais Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO	115
---	-----

Mafalda Miranda Barbosa

