

A prevalência da arbitragem potestativa nos litígios de consumo

The prevalence of potestative arbitration in consumer disputes

Ana Margarida Ferreira da Silva

Docente convidada do Instituto Politécnico de Viana do Castelo

Professora Auxiliar da Universidade de Santiago (Cabo Verde)

Rua André Padilha, n.º 94, r/c direito

4900-002 Viana do Castelo, Portugal

anamargarida23@sapo.pt

<https://orcid.org/0000-0002-4869-4158>

Fevereiro de 2023

RESUMO: A Lei n.º 6/2011, de 10 de março, que alterou a Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Lei dos Serviços Públicos Essenciais) e a Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, que alterou a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor) preveem a arbitragem potestativa para litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais ou de reduzido valor económico, respetivamente. Em ambos os regimes, permite-se ao consumidor a resolução dos litígios de consumo por arbitragem, através de um centro de arbitragem de consumo, impondo-se esta sua vontade ao profissional. Procede-se neste artigo a uma referência à importância da arbitragem potestativa no acesso ao direito por parte dos consumidores, seguindo-se uma análise dos respetivos regimes previstos na Lei dos Serviços Públicos Essenciais e na Lei de Defesa do Consumidor, primeiro isoladamente, destacando-se os principais aspetos dos respetivos regimes, e depois conjuntamente, salientando-se as principais diferenças e semelhanças entre eles, bem como alguns problemas de ordem processual que se colocam em torno de ambos os regimes.

PALAVRAS-CHAVE: Litígios de consumo; Arbitragem potestativa; Serviços públicos essenciais; Litígios de reduzido valor económico; Modalidade híbrida de arbitragem; Preterição de tribunal arbitral.

ABSTRACT: Law no. 6/2011, of March 10, which amended Law no. 23/96, of July 26 (Essential Public Services Law) and Law no 63/2019, of August 16, which amended Law no. 24/96, July 31 (Consumer Protection Law) provides for the potestative arbitration for consumer disputes within the scope of essential public services or of low economic value, respectively. In both regimes, the consumer is allowed to resolve consumer disputes by arbitration, through a consumer arbitration centre, imposing this will on the professional. In this article, a reference is made to the importance of potestative arbitration in accessing the right by consumers followed by an analysis of the potestative arbitration regimes provided for in the Essential Public Services Law and in the Consumer Protection Law, first alone, highlighting the main aspects of the respective regimes, and then jointly, highlighting the main differences and similarities between them, as well as some procedural problems that arise around both regimes.

KEY WORDS: Consumer disputes; potestative arbitration; Essential public services; Disputes of low economic value; Hybrid mode of arbitration; Pretermination of arbitral court.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. A importância da arbitragem potestativa no acesso ao direito
 3. A Lei dos Serviços Públicos Essenciais
 - 3.1. Âmbito de aplicação
 - 3.2. Mecanismo da arbitragem potestativa
 4. A Lei de Defesa do Consumidor
 - 4.1 Mecanismo da arbitragem potestativa
 5. Confronto entre a arbitragem potestativa na Lei dos Serviços Públicos Essenciais e na Lei de Defesa do Consumidor
 6. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

* Este artigo corresponde, no essencial, a um capítulo da tese de doutoramento que a autora defendeu na Universidade de Vigo, em 2020.

1. Introdução

Em Portugal, a arbitragem de consumo caracterizou-se, durante largo tempo, por ser uma arbitragem voluntária, na medida em que ambas as partes acordavam, entre si, de forma voluntária, submeter a resolução do litígio a um tribunal arbitral adstrito a um centro de arbitragem de consumo.

Mais recentemente, a arbitragem de consumo tem vindo a afirmar-se, cada vez mais, como uma arbitragem potestativa, na sequência de duas alterações legislativas relevantes nesta matéria¹.

O primeiro passo neste sentido aconteceu em 2011, quando a ordem jurídica portuguesa passou a prever a arbitragem potestativa no âmbito dos serviços públicos essenciais, através da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, que alterou a Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Lei dos Serviços Públicos Essenciais).

O segundo passo no sentido da afirmação da arbitragem potestativa no contexto da arbitragem de consumo aconteceu em 2019 com a entrada em vigor da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, que alterou a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), prevendo a arbitragem potestativa para os litígios de reduzido valor económico.

Em ambas as situações referidas, não há lugar a convenção de arbitragem, uma vez que a arbitragem potestativa a competência dos centros deriva da própria lei. Além disso, a arbitragem potestativa que aquelas duas leis preveem é uma arbitragem que é imposta ao agente económico desde que seja essa a opção do consumidor.

Entre 2011 e 2019, grande parte do volume processual dos centros já respeitava a casos da arbitragem potestativa, por se tratarem de litígios no âmbito dos serviços públicos essenciais; com a entrada em vigor da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, assistiu-se a uma revolução na arbitragem de consumo em Portugal, uma vez que também a generalidade dos restantes litígios, mesmo que não relativos a serviços públicos essenciais, são litígios de reduzido valor, dando igualmente lugar a casos de arbitragem potestativa.

Neste sentido, a ação dos tribunais arbitrais de consumo portugueses tem-se afirmado, cada vez mais, como uma arbitragem potestativa, em detrimento da arbitragem voluntária, o que demonstra a importância e a pertinência do seu estudo².

¹ O legislador qualifica a arbitragem de consumo prevista na LSPE e na LDC como uma arbitragem necessária, embora a autora defenda, conforme se explica no ponto 5 deste artigo, estarmos perante uma arbitragem potestativa.

² Tem-se discutido a constitucionalidade da arbitragem potestativa uma vez que a obrigatoriedade de resolução de litígios de consumo pela via arbitral, imposta ao agente económico, sempre que tal for a vontade do consumidor, impede o primeiro de exercer o seu direito de recorrer aos tribunais judiciais, consagrado no artigo 202.º da CRP. Este aspeto não será abordado no presente artigo, por questões de economia de espaço, mas pode ser consultado, na tese de doutoramento da autora, em https://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1519/RodriguesFerreiradaSilva_AnaMargarida_TD_2020_AA.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

2. A importância da arbitragem potestativa no acesso ao direito

A generalidade dos litígios de consumo apresenta um conjunto de características comuns podendo, algumas delas, colocar os consumidores numa situação de fragilidade, que tem justificado uma especial proteção dos mesmos por parte do direito³.

Em primeiro lugar, existe um desequilíbrio na base da relação de consumo, apresentando-se o consumidor numa particular posição de fraqueza⁴, desde logo do ponto de vista económico, com a conseqüente dificuldade em fazer valer os seus direitos⁵. De facto, no caso das empresas, a decisão de litigar não é casuísta, mas tomada para um determinado número de processos de forma a que o montante dos créditos, judicialmente cobrados, compense os custos resultantes das ações propostas. Ao contrário, para o consumidor, sucede muitas vezes não compensar o recurso à via judicial, quando comparado o custo deste com o valor do bem ou serviço adquirido; o litígio de consumo é, por regra, de baixo valor económico⁶, enquanto o recurso ao tribunal assume um valor significativo, na medida em que implica o pagamento de honorários a um advogado e despesas judiciais⁷. Ora, esta desproporção torna-se desincentivadora do recurso aos tribunais por parte dos consumidores.

Além da questão económica, existem ainda outros fatores de desequilíbrio típicos da sociedade de consumo em massa em que vivemos: a pressão publicitária de que os consumidores são alvo; o isolamento do consumidor face a um agente económico com mais fácil acesso a formação, informação e assistência e que é, muitas vezes, litigante frequente, já familiarizado com os tribunais; a proliferação de contratos complexos e de contratos-tipo, acompanhada da falta de conhecimentos técnicos e jurídicos por parte da generalidade dos consumidores que lhes permita compreendê-los e discuti-los. À debilidade económica do consumidor acrescem assim outras fragilidades, designadamente de natureza técnica, jurídica e cultural⁸.

³ Vid., D. SOARES FARINHO, "As políticas públicas de resolução alternativa de litígios: da *alternatividade* rumo à seleção apropriada", *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal* (Org. e coord., RODRIGUES, M. DE L.; GAROUPA, N.; MAGALHÃES, P.; GOMES, C. E GUERRA DA FONSECA, R.), Coimbra, Almedina, 2017, p. 336, precisando a diferença entre os conceitos de conflito e de litígio: o conflito é um conceito menos técnico que abarca todas as situações em que duas ou mais pessoas estão em desacordo enquanto o litígio se apresenta como um conflito que evoluiu para uma situação através da qual as partes procuram a sua superação através de mecanismos de auto ou de heterocomposição.

⁴ Vid., I. MATEO Y VILLA, "De la cláusula arbitral en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 723, 2011, pp. 87 e 88.

⁵ Vid., I. OLIVEIRA, "A arbitragem de consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 5 e 6; S. LAURENTINO, "Os destinatários da legislação do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 416; A. PINTO MONTEIRO, "A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 334 e J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 11.

⁶ Vid., G. OROZCO PARDO, "La mediación en los conflictos de consumo", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 65, 2011, p. 180, que a propósito das características dos litígios de consumo assinala que apesar da quantia média de uma reclamação de consumo não ser muito relevante, o número de casos é elevado. Vid., também, M. J. CAPELO/A. F. DIAS, "Arbitragem de conflitos de consumo: novas questões práticas", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 17, 2021, p. 12 e p. 18, onde o reduzido valor económico dos litígios de consumo é um dos argumentos apresentados para realçar a importância da publicitação das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais, uma vez que a arbitragem de consumo se apresenta como a única forma de o consumidor fazer valer os seus direitos.

⁷ Vid., J. PEGADO LIZ, *Introdução ao direito e à política de consumo*, Editorial Notícias, 1999, p. 295.

⁸ Vid., A. PINTO MONTEIRO, "Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional", *Direitos fundamentais e direito privado - uma perspetiva de direito comunitário* (Org., PINTO MONTEIRO, A.; NEUNER, J. E SARLET, I.), Coimbra, Almedina, 2007, p. 297.

Outra característica que os litígios de consumo por vezes apresentam reside no facto de eles poderem afetar, em simultâneo, diversos consumidores, como sucede sempre que um determinado defeito de fabrico atinge todos os bens de uma mesma série⁹.

Por último, os litígios de consumo têm vindo a caracterizar-se pelo seu carácter transfronteiriço, resultante do processo de globalização das economias que levou a que os contratos de consumo deixassem de estar confinados às fronteiras internas de cada Estado; também o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação conduziu a uma utilização cada vez maior da contratação eletrónica em que, não raras vezes, consumidor e agente económico se encontram em diferentes países, como sucede sempre que os consumidores adquirem produtos através de websites estrangeiros¹⁰.

Face a estas circunstâncias, tornou-se premente a proteção do consumidor, não bastando a mera proclamação dos seus direitos mas a promoção de um efetivo acesso à justiça através da previsão de soluções específicas de natureza processual¹¹. Dito de outra forma, cabe ao direito estabelecer o equilíbrio material nas relações de consumo sendo imperioso criar mecanismos que permitam aos consumidores o efetivo exercício dos seus direitos¹².

Ora, a resolução dos litígios de consumo por arbitragem dependente da vontade de ambos os litigantes demonstrou como, na prática, este meio de resolução alternativa era pouco utilizado, na generalidade das vezes pela recusa dos profissionais em participarem nos mesmos.

O mecanismo da arbitragem potestativa permitiu ultrapassar este obstáculo com que amiúde os consumidores se deparavam, uma vez que estes passaram a poder impor ao profissional a resolução da generalidade dos litígios de consumo através da arbitragem.

A arbitragem potestativa representa um avanço considerável no acesso ao direito por parte do consumidor que pode ver os seus litígios resolvidos de forma célere e gratuita, por arbitragem, bastando, na maioria dos casos, a sua própria vontade.

3. A Lei dos Serviços Públicos Essenciais

3.1 Âmbito de aplicação da lei

A Lei n.º 6/2011, de 10 de março, corresponde à terceira alteração efetuada à Lei n.º 23/96,

⁹ Vid., C. CEBOLA, "Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português", *Revista Luso-brasileira de direito do consumo*, Vol. II, n.º 2, 2012, pp. 16 e 17, apelidando esta característica de efeito réplica.

¹⁰ Vid., F. VIANA, "A resolução alternativa de litígios e as tecnologias de informação e comunicação - O caso particular da resolução de conflitos na Internet em Portugal e na EU", pp. 2,3 e 11 (disponível em <http://hdl.handle.net/1822/41173>) (Consultado 27.06.2017).

¹¹ Vid., C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 153.

¹² Vid., P. L. NETTO LÔBO, "A informação como direito fundamental do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2001, p. 25 e J. L. ARNAUT, "Intervenção de Sua Excelência o Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 5, 2003, p. 46.

de 26 de julho (LSPE)¹³, da qual consta o regime jurídico aplicável aos serviços públicos essenciais, num diploma em que Portugal foi realmente pioneiro, mesmo quando comparado com outros ordenamentos, como o do Brasil, onde apesar de já existir um Código do Consumidor desde 1990, os serviços públicos essenciais não estavam regulados de forma autónoma¹⁴.

Os serviços públicos essenciais abrangem o fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, e ainda os serviços de comunicações eletrónicas, postais, de recolha e tratamento de águas residuais, de gestão de resíduos sólidos urbanos e de transporte de passageiros (n.º 2 do artigo 1.º). Apesar da diversidade de serviços, praticamente todos eles apresentam uma característica comum assente no facto de pressuporem uma prestação contínua por parte de quem fornece o serviço¹⁵. Relativamente à demarcação do âmbito objetivo da lei, o legislador optou por uma enumeração taxativa, sendo estes, e não outros, os serviços incluídos no âmbito da LSPE¹⁶.

Uma das questões que neste domínio desencadeou alguma discussão na doutrina prende-se com a natureza jurídica da prestação de serviço público essencial. O setor do direito público marca aqui uma forte presença sempre que o serviço é diretamente prestado por um ente público ou quando estamos perante um contrato de concessão; mas também há serviços públicos essenciais como os das comunicações eletrónicas, completamente subtraídos do campo dos poderes públicos. A doutrina tem-se inclinado para assinalar, à prestação destes serviços, uma natureza contratual em detrimento da natureza administrativa¹⁷, e embora grande parte dos serviços públicos essenciais tenham nascido nos quadros do direito público, não resta, neste âmbito, qualquer resquício de poder de soberania, encontrando-nos no domínio do direito privado e, mais concretamente, do direito do consumo¹⁸. Em especial no caso do fornecimento de água, cuja entidade prestadora do serviço é uma entidade pública, os tribunais têm sido inequívocos em incluir no âmbito da LSPE o serviço público de

¹³ O regime jurídico dos serviços públicos essenciais já sofreu as seguintes alterações: Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro; Lei n.º 24/2008, de 2 de junho; Lei n.º 6/2011, de 10 de março; Lei n.º 44/2011, de 22 de junho; Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro e Lei n.º 51/2019, de 29 de julho. No texto referimo-nos apenas à alteração operada em 2011 por ser a que nos interessa para o tema da arbitragem.

¹⁴ *Vid.*, neste sentido, L. ROSCOE BESSA; W. J. FAIAD, *Manual de Direito do Consumidor* (Coord., PEREIRA DA SILVA, J.), 4.ª edição, Brasília, Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014, p. 28.

¹⁵ *Vid.*, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, *op. cit.*, p. 239. Note-se que a característica comum assinalada se verifica em relação ao elenco de serviços públicos essenciais inicialmente definido. Contudo, já não se aplica a alguns serviços públicos essenciais que vieram a ser acrescentados a este elenco inicial, como sucedeu com os serviços postais, em 2008, e o serviço de transporte de passageiros, em 2019.

¹⁶ *Vid.*, F. DIAS SIMÕES; M. PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais anotada e comentada*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 13 e A. R. BASTOS BATISTA, "Serviços públicos essenciais, Lei 23/96 de 26 de julho - Análise legal e jurisprudencial", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, p. 87. Numa perspetiva ligeiramente diferente, defendendo uma tendencial taxatividade, *Vid.*, M. MIRANDA BARBOSA, "Acerca do âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: taxatividade ou caráter exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 6, 2004, p. 424.

¹⁷ *Vid.*, C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços públicos contratos privados", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 122 e 123.

¹⁸ *Vid.*, R. J., AMARAL DA COSTA, "Os serviços públicos essenciais - perspetiva geral", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, pp. 54 e 55. Este autor não deixa, porém, de referir, não se tratar de direito privado puro, e desenvolve, mais adiante, a partir da p. 70, os entorses à autonomia privada que nessa relação de consumo se denotam; assim, estão vedadas ao prestador as duas primeiras facetas da liberdade contratual: a de contratar ou não e a de escolher com quem contratar. Por outro lado, esta intrusão na autonomia privada do prestador é compensada com a proliferação de contratos de adesão através dos quais o utente vê vedada a possibilidade de participar na composição dos termos do acordo.

fornecimento de água, negando à dívida relativa a consumo de água a natureza de dívida fiscal ou parafiscal¹⁹.

Apesar de o legislador ter adotado a designação de serviços públicos, o caráter público destes serviços deve ser entendido num sentido objetivo ou funcional²⁰, decorrendo da sua acessibilidade ao público em geral, não se confundindo com a natureza das empresas que prestam tais serviços e que são, na maioria dos casos, empresas privadas atuando no âmbito de um contrato de concessão²¹.

Na verdade, no final do século XX assistiu-se, um pouco por toda a Europa, à privatização de muitas empresas até então detidas pelo Estado²², afastando-se, assim, a tradicional perspetiva subjetivista, de acordo com a qual a prestação do serviço público se encontrava exclusivamente a cargo de entidades públicas²³. O Estado prescindiu do seu papel de detentor dos meios de produção passando a assumir um poder inspetivo e um controlo prudencial, através de recomendações e diretivas que o órgão regulador²⁴ passou a dirigir aos regulados²⁵.

Por outro lado, a essencialidade dos serviços referidos decorre do caráter básico, fundamental e indispensável das necessidades que visam satisfazer, através de serviços essenciais para a vida, para a saúde e para a participação e integração social²⁶; esta essencialidade, mais do que a fragilidade em que o consumidor se encontra na generalidade das relações de consumo, levou o legislador a proteger o utente daqueles serviços²⁷.

Esta última observação permite-nos compreender o âmbito subjetivo da LSPE, que ao longo de todo o seu articulado nunca se refere ao consumidor; embora os serviços públicos essenciais constituam um dos temas emblemáticos da defesa do consumidor, o facto é que este diploma não delimita o seu âmbito de aplicação em função dele²⁸, mas por referência ao utente cuja definição consta do n.º 3 do artigo 1.º. Assim, o utente pode ser uma pessoa singular ou

¹⁹ *Vid.*, neste sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 26/03/2015 (MÁRIO SERRANO), o qual cita um outro Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 22/01/2015 (LURDES TOSCANO) onde este se declarou incompetente em razão da matéria pois não sendo a dívida de água uma dívida fiscal ou parafiscal o seu conhecimento cabe ao Tribunal da Relação, nos termos do n.º 1 do artigo 59.º LAV.

²⁰ *Vid.*, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, *op. cit.*, p. 237; C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços públicos...", *op. cit.*, p. 121 e A. LEITÃO, "A proteção dos consumidores no setor das telecomunicações", *Estudos do Instituto do Direito do Consumo* (Coord., MENEZES LEITÃO, L.), Coimbra, Almedina, 2002, p. 135.

²¹ *Vid.*, A. LEITÃO, "A proteção...", *op. cit.*, p. 134 referindo que a privatização é particularmente evidente no mercado das telecomunicações, onde os avanços técnicos tornaram a instalação e funcionamento das redes menos dispendiosas e, conseqüentemente, mais apetecíveis para o setor privado.

²² *Vid.*, E. CARDOSO, *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 56 e 57. *Vid.*, também, R. J., AMARAL DA COSTA, "Os serviços públicos essenciais...", *op. cit.*, pp. 52 e 53, para quem esta retração dos poderes públicos e a assunção, pelo setor privado, de certas áreas de atividade, esteve na origem do surgimento da noção de serviço de interesse geral. Este conceito não se confunde com o de serviços de interesse geral, apresentando este último um âmbito mais abrangente. *Vid.*, neste sentido, E. CARDOSO, *Os serviços públicos...*, *op. cit.*, pp. 51 e 52.

²³ *Vid.*, C.S. RAMOS MENDES, "O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água à luz dos princípios emergentes da Lei dos Serviços Públicos Essenciais e do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto", *Estudos de direito do consumo*, DECO, 2016, p. 154.

²⁴ Ao nível dos SPE, são três as entidades reguladoras existentes em Portugal: a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), a ERSE e a Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos (ERSAR), conforme se poderá verificar nos respetivos sítios da internet que são, respetivamente, www.anacom.pt, www.erse.pt e www.ersar.pt.

²⁵ *Vid.*, neste sentido, E. CARDOSO, *Os serviços públicos...*, *op. cit.*, p. 57.

²⁶ *Vid.*, E. CARDOSO, *Os serviços públicos...*, *op. cit.*, p. 52.

²⁷ *Vid.*, P. DUARTE, "A chamada...", *op. cit.*, pp. 460 e 461.

²⁸ *Vid.*, A. PINTO MONTEIRO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", *Estudos de Direito do Consumidor - n.º 4* (Dir., PINTO MONTEIRO, A.), Centro de Direito do Consumo, 2002, p. 133.

coletiva, atuando ou não no exercício de uma atividade empresarial ou profissional, prevalecendo uma noção alargada de utente que tanto pode ser um pequeno consumidor como qualquer outro credor da prestação, seja uma multinacional, uma autarquia local ou até o próprio Estado Central²⁹.

3.2. Mecanismo da arbitragem potestativa

Foi para proteger este utente de serviços públicos essenciais que o legislador criou vários mecanismos como o que consta do artigo 15.º que estabelece a arbitragem potestativa no acesso à justiça por parte dos utentes de serviços públicos essenciais, determinando 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 consumo legalmente autorizados”.

Esta arbitragem assenta em dois pressupostos: tem de tratar-se de um litígio de consumo e estar em causa um serviço público essencial (de acordo com o elenco taxativo que referimos). Verificados estes pressupostos, o consumidor pode optar entre instaurar uma ação em tribunal judicial ou arbitral; escolhendo a segunda via, o centro de arbitragem aceitará o mesmo desde que competente para o efeito³⁰. Note-se que tem sido entendimento jurisprudencial que “A Lei dos Serviços públicos Essenciais (Lei n.º 23/98, de 26/7) não é aplicável somente à fase do fornecimento de tais serviços (...), mas a toda a relação (...), 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”³¹.

Uma leitura atenta do artigo 15.º permite-nos concluir que existe um desfasamento, quer objetivo, quer subjetivo, entre o âmbito de aplicação da LSPE e o âmbito da competência do tribunal arbitral necessário.

No que se refere ao âmbito objetivo de aplicação, a LSPE define as regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais; porém, nem todos os litígios que decorram da prestação de serviços públicos essenciais podem ser sujeitos à arbitragem potestativa, mas apenas aqueles que, de acordo com o artigo 15.º, sejam litígios de consumo. Ora, estamos perante um litígio de consumo quando este emerge de uma relação de consumo, o que por

²⁹ Vid., A. MENEZES CORDEIRO, “O Anteprojeto do Código do Consumidor”, *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, p. 706 e C. FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços públicos...”, *op. cit.*, p. 117.

³⁰ Vid., A. BICA, “O poder e o dever de julgar em Portugal. Algumas questões”, *Justiça em crise? Crises da Justiça* (Org., BARRETO, A.), Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2000, p. 95, que já em 2000 defendia a consagração de formas de solução de conflitos alternativas aos tribunais judiciais que fossem obrigatórias.

³¹ Vid., Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/11/2015 (MARIA JOÃO AREIAS) que na sua argumentação se suporta em diversa doutrina, designadamente, de Jorge Morais Carvalho ao salientar que no caso da água, energia elétrica e gás natural, o fornecimento de tais serviços pressupõe, previamente, a disponibilização de um sistema de abastecimento, existindo assim, numa citação que o Ac. faz de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA um “dever de instalar”, prévio ao “dever de fornecimento”.

sua vez pressupõe que uma das partes seja consumidor³². Por esta razão se verifica também um desfasamento no que concerne ao âmbito subjetivo: a LSPE aplica-se, conforme vimos, ao utente, cuja noção abrange quer as pessoas singulares, quer as pessoas coletivas, atuando, ou não, no exercício de uma atividade empresarial ou profissional; diferentemente, o artigo 15.º reserva a opção pela arbitragem potestativa aos utentes que sejam pessoas singulares.

Ora, se conjugarmos o âmbito objetivo do artigo 15.º (“litígios de consumo”) com o seu âmbito subjetivo (“utentes que sejam pessoas singulares”), concluímos que a possibilidade de opção pela arbitragem potestativa pertence ao utente que seja, simultaneamente, um consumidor, pois só assim estaremos perante uma relação de consumo que possa vir a espoletar um litígio de consumo. Este entendimento não é, contudo, consensual, havendo quem defenda que os utentes pessoas singulares que beneficiam do artigo 15.º podem não ser consumidores³³, interpretação de que nos afastamos por duas razões: primeiro, porque embora o artigo 15.º se refira a “utentes” e não a “consumidores”, fala expressamente em “litígios de consumo” os quais pressupõem que uma das partes em litígio seja um consumidor; segundo, porque se um utente pessoa singular que não seja consumidor submeter um litígio de consumo à apreciação do tribunal arbitral de um dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, o tribunal declarar-se-á incompetente³⁴.

Como vimos, a LSPE fala apenas em utentes não apresentando, conseqüentemente, qualquer definição de consumidor e, quando assim acontece, tem sido usual a doutrina socorrer-se do conceito de consumidor da LDC³⁵, cuja definição integra quatro diferentes elementos (subjetivo, objetivo, teleológico e relacional), embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios ou ser acolhidos de forma mais restrita³⁶. É o que sucede se compararmos o conceito de consumidor da LDC com a noção de consumidor subjacente ao artigo 15.º da LSPE.

Relativamente ao elemento subjetivo, a LDC considera consumidores quer as pessoas físicas, quer as pessoas jurídicas³⁷, ao passo que, para efeitos do artigo 15.º da LSPE, o conceito de

³² Vid., J. MORAIS CARVALHO; J. P. Pinto-Ferreira; J. Campos Carvalho, *Manual de Resolução Alternativa...*, op. cit., p. 23.

³³ Vid., T. SOARES DA FONSECA, *Arbitragem e Mediação Potestativa nos Conflitos de Consumo por Opção do Consumidor: Comentários ao artigo 14.º da lei de defesa do consumidor*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 8 e 9.

³⁴ Veja-se o Regulamento harmonizado, onde se pode ler que o tribunal arbitral é competente para a resolução de conflitos de consumo (artigo 4.º) e que a reclamação só pode ser efetuada por quem seja consumidor (artigo 7.º).

³⁵ Vid., J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, op. cit., p. 13.

³⁶ Vid., J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, op. cit., pp. 12 a 16.

³⁷ Vid., P. DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, 1999, p. 661, afirmando que esta formulação abrange pessoas singulares, pessoas coletivas e até outros entes não personalizados (por exemplo, sociedades comerciais antes da escritura pública). Sobre estes últimos Vid., J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 202 e 203. P. DUARTE, “O conceito...”, op. cit., p. 662, salientando também que nunca será consumidor uma pessoa coletiva que tenha como fim o desempenho de uma determinada atividade económica uma vez que o princípio da especialidade do fim limita a sua capacidade de gozo, de acordo com o n.º 1 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), aos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, o qual, segundo o artigo 980.º do CC, se traduz na obtenção de lucros e na sua repartição pelos sócios. Assim sendo, esgotando-se o seu fim no desempenho de uma atividade económica, nunca o elemento teleológico que veremos já de seguida, se encontrará preenchido. Vid., sobre a delimitação da capacidade pelo fim social, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 184 a 189.

consumidor é mais restrito abrangendo apenas as pessoas físicas.

Quanto ao elemento objetivo, e segundo a LDC, é consumidor aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços³⁸ ou transmitidos direitos, enquanto o artigo 15.º da LSPE se circunscreve ao objeto do respetivo diploma limitando-se a aplicação do preceito àquele a quem tenha sido prestado um serviço público essencial.

Em relação ao elemento teleológico, a LDC exige que os bens, serviços ou direitos adquiridos pelo consumidor se destinem a uso não profissional constituindo esta não profissionalidade um dos elementos centrais da noção de consumidor que só o será se atuar fora da sua atividade profissional ou comercial³⁹; este elemento exclui, assim, todas as pessoas que atuam no âmbito de uma atividade profissional mas inclui as pessoas jurídicas que não destinem o bem, serviço ou direito a uma atividade profissional, como sucede com as associações e fundações. Já o artigo 15.º da LSPE, conforme vimos a propósito do elemento subjetivo, abrange apenas as pessoas físicas, embora se lhes deva igualmente exigir que o serviço público essencial que lhes foi fornecido se destine a uso não profissional pois só assim poderemos estar perante um consumidor.

A noção de consumidor da LDC integra, por último, o elemento relacional, ao prever que a contraparte seja uma pessoa que exerça, com carácter profissional⁴⁰, uma atividade económica⁴¹ que vise a obtenção de benefícios⁴², excluindo-se, de forma clara, os contratos entre não profissionais (particulares); para efeitos do artigo 15.º da LSPE, a contraparte será, necessariamente, o prestador de um serviço público essencial, tal como se encontra definido no n.º 4 do artigo 1.º daquele diploma.

Em suma, entendemos que para que o artigo 15.º da LSPE tenha aplicabilidade é necessário que o utente seja, simultaneamente, um consumidor, pois só assim estaremos perante uma relação de consumo no âmbito da qual se despoletou um litígio de consumo. Por outro lado, nem todos os litígios de consumo são da competência do tribunal arbitral necessário, só o sendo se o tribunal arbitral do centro de arbitragem de consumo, a que o utente recorrer, for competente em razão da matéria, do território e do valor⁴³.

A opção pela arbitragem potestativa ao abrigo do artigo 15.º da LSPE trata-se de um mecanismo que impõe a participação do profissional nos meios de resolução alternativa de litígios de consumo na medida em que se reconhece ao consumidor o direito potestativo à resolução do litígio através da arbitragem nos contratos de prestação de serviços públicos essenciais, colocando a empresa que prestou o serviço num estado de sujeição. Estamos

³⁸ Vid., P. DUARTE, "O conceito...", *op. cit.*, pp. 672 e 673, que critica a contraposição de bens a serviços na medida em que a noção de bens integra quer os bens materiais, quer os bens imateriais, nestes se incluindo os serviços.

³⁹ Vid., E. GALVÃO TELES, "Contratos internacionais de consumo: tribunal competente e lei aplicável", *Estudos de direito do consumo*, DECO, 2016, p. 238.

⁴⁰ O carácter profissional remete para a ideia de um exercício habitual, regular e sistemático. Vid., M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 6.ª edição, Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas Lda., 1999, p. 181 e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 100.

⁴¹ Vid., P. DUARTE, "O conceito...", *op. cit.*, p. 667, esclarecendo que atividade económica não é sinónimo de atividade lucrativa mas apenas onerosa e nunca gratuita.

⁴² Vid., E. GALVÃO TELES, "Contratos...", *op. cit.*, p. 239, referindo que a qualidade de consumidor é relacional na medida em que depende da profissionalidade da contraparte.

⁴³ Vid., P. DUARTE, "A chamada...", *op. cit.*, pp. 463 e 464.

perante uma situação em que a obrigatoriedade de se submeter a resolução do litígio a um centro de arbitragem é unilateral, na medida em que se aplica apenas à empresa, caso tenha sido essa a opção do consumidor. Note-se, porém, que caso o consumidor pretenda fazer uso da prerrogativa que o artigo 15.º lhe atribui, apenas lhe é permitido impor à contraparte a resolução do litígio por via da arbitragem institucionalizada e nunca através da arbitragem *ad hoc*; esta última modalidade só poderá ser usada se ambas as partes concordarem e nunca por imposição do consumidor ao profissional⁴⁴. É o que claramente decorre da letra do artigo 15.º que se refere, expressamente, aos centros de arbitragem de consumo legalmente autorizados.

Esta particularidade permite-nos distinguir a situação descrita relativamente aos serviços essenciais, daquela que é imposta pelo artigo 38.º do Código das Expropriações, uma vez que todas as expropriações litigiosas terão sempre que ser resolvidas por recurso à arbitragem. Diferentemente, no caso de litígios relativos a serviços essenciais, a submissão do conflito ao tribunal arbitral está dependente da vontade do consumidor. Se este optar pelo recurso ao tribunal arbitral, o agente económico será obrigado a acompanhar aquela decisão, mas se a vontade do consumidor for diversa (por exemplo, o recurso ao tribunal judicial ou a um Julgado de Paz), para o agente económico apenas restará aceitar essa decisão, sujeitando-se a ela⁴⁵.

4. A Lei de Defesa do Consumidor

4.1. Mecanismo da arbitragem potestativa

Em 2019, entrou em vigor a Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, que alterou a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (LDC), e que colocou, definitivamente, a arbitragem potestativa no centro da arbitragem de consumo em Portugal.

Com esta alteração, o legislador mostrou-se particularmente sensível ao facto de a maioria dos litígios de consumo apresentarem um valor económico reduzido o que explica que o recurso à via judicial se mostre pouco apelativo para os consumidores, que face aos custos e morosidade inerentes aos processos judiciais optam, não raras vezes, pela inércia, nada fazendo.

Ora, é precisamente para proteger este consumidor, promovendo o acesso à justiça mesmo nos litígios de valor reduzido, que o n.º 2 do artigo 14.º daquela lei estabelece que “os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”.

⁴⁴ *Vid.*, P. DUARTE, “A chamada...”, *op. cit.*, p. 468.

⁴⁵ *Vid.*, F. VIANA, “A resolução alternativa de litígios...”, *op. cit.*, pp. 51 e 52, para quem faz sentido que, nos casos em que as partes são remetidas pela lei, sem qualquer outra possibilidade, para um tribunal arbitral, se fale em arbitragem obrigatória, reservando-se o conceito de arbitragem necessária para situações como as que se verificam no caso dos serviços públicos essenciais.

De acordo com o referido preceito, esta arbitragem exige a verificação cumulativa de dois diferentes requisitos: tem de tratar-se de um litígio de consumo e apresentar um reduzido valor económico.

Quanto ao primeiro requisito, estamos perante um litígio de consumo quando ele resulta de uma relação de consumo, o que implica que nela intervenha um consumidor. A própria LDC define consumidor no artigo 2.º, noção que comporta quatro diferentes elementos: subjetivo, objetivo, teleológico e relacional⁴⁶. Embora o elemento subjetivo pareça integrar no conceito de consumidor as pessoas singulares e as pessoas coletivas, este sofre de uma restrição face ao elemento teleológico que exclui todas as pessoas que atuem no âmbito de uma atividade profissional. Contudo, inclui-se na noção de consumidor as pessoas coletivas que não destinem o bem a uma atividade profissional, o que significa que a LDC integra no conceito de consumidor as associações e as fundações⁴⁷. Do exposto parece decorrer que estas associações e fundações poderão usar da faculdade de sujeitar à arbitragem potestativa um litígio de consumo, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14.º da LDC, mas tal não é efetivamente possível. A razão desta impossibilidade prende-se com o facto de, à semelhança do que decorre do artigo 15.º da LSPE, o consumidor que queira fazer uso da prerrogativa prevista no n.º 2 do artigo 14.º da LDC, apenas poder impor à contraparte a resolução do litígio através de arbitragem institucionalizada (e nunca através de arbitragem *ad hoc*), reclamando junto de uma das entidades que o artigo em questão expressamente refere: os centros de arbitragem de consumo legalmente autorizados.

Consequentemente, torna-se necessário que o tribunal arbitral adstrito a cada um destes centros seja competente em razão da matéria e em razão do território. Sucede que, de acordo com a competência em razão da matéria destas entidades, apenas as pessoas singulares poderão ser parte nos litígios de consumo que elas sejam chamadas a resolver, o que resulta, desde logo, da Lei n.º 114/2015, de 8 de setembro⁴⁸ que restringe o conceito de consumidor às pessoas singulares⁴⁹. O regulamento harmonizado dos centros de arbitragem de consumo dedica o artigo 4.º à competência material, desdobrando-o em cinco diferentes números; o n.º 1 atribui competência a cada centro para promover a resolução de litígios de consumo, cuja definição vem no número seguinte do mesmo artigo, podendo aqueles decorrer de três diferentes situações - aquisição de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos -, desde que se destinem a uso não profissional. Esta exigência da não profissionalidade está em consonância com a noção de consumidor da LDC da qual a doutrina lança mão sempre que determinada regulamentação não o define. Na noção de litígios de consumo apresentada, recorre-se a várias expressões que constam da definição de consumidor da LDC mas omite-se

⁴⁶ Estes quatro elementos foram já analisados supra, quando distinguimos o conceito de consumidor do artigo 2.º da LDC e do artigo 15.º da LSPE.

⁴⁷ *Vid.*, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, *op. cit.*, pp. 26 e 27.

⁴⁸ Esta lei transpõe para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelecendo o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de consumo.

⁴⁹ *Vid.*, neste sentido, J. MORAIS CARVALHO; J. P. PINTO-FERREIRA; J. CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa...*, *op. cit.*, p. 57, excluindo-se a possibilidade de os centros resolverem litígios iniciados por associações ou fundações atuando fora do âmbito de uma atividade profissional.

qualquer referência ao elemento subjetivo desta mesma definição; esta omissão, contudo, não suscita qualquer dificuldade uma vez que a Lei n.º 114/2015, de 8 de setembro restringe expressamente, conforme vimos, o conceito de consumidor às pessoas singulares.

Quanto ao segundo requisito, o n.º 3 do artigo 14.º explicita-o classificando como litígios de reduzido valor económico aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de primeira instância que atualmente se situa nos 5.000€ (n.º 1 do artigo 24.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais). Consequentemente, nunca se colocará uma situação de incompetência em razão do valor uma vez que todos os centros, sem exceção, são competentes para a resolução de litígios pelo menos até 5.000€⁵⁰.

Verificados os dois requisitos referidos, o consumidor pode optar entre instaurar uma ação em tribunal estadual ou submeter o litígio à arbitragem num dos centros de arbitragem de consumo legalmente autorizados, ou seja, que integrem a lista de entidades de resolução alternativa de litígios de consumo que compete à Direção-Geral do Consumidor elaborar, de acordo com o disposto no artigo 17.º da Lei n.º 114/2015, de 8 de setembro.

Refira-se, ainda, a obrigação de os centros de arbitragem de consumo cumprirem o disposto no n.º 4 do artigo 14.º da LDC, cabendo-lhes notificar o consumidor, no início do processo, de que pode não só fazer-se representar por advogado ou solicitador como ainda solicitar apoio judiciário, caso se encontre em situação de carência económica.

Por último, uma nota relativamente ao n.º 5 do artigo 14.º da LDC cuja redação pode suscitar dúvidas na sua interpretação. Antes desta última alteração, a anterior versão do artigo 14.º previa a isenção de preparos, para o consumidor, nos processos cujo valor não excedesse a alçada do tribunal judicial de 1ª instância e que tivessem como objetivo a salvaguarda dos seus interesses e direitos, a condenação por incumprimento do agente económico ou a reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos ou da responsabilidade objetiva (n.º 2). Além da isenção de preparos, aquele artigo determinava, ainda, a isenção do pagamento de custas pelo autor em caso de procedência parcial da ação (n.º 3) e, em caso de decaimento total, cabia ao julgador fixar o montante das custas, que poderia oscilar entre um décimo e a totalidade das custas que normalmente seriam devidas, atendendo à situação económica do autor e à razão formal ou substantiva da improcedência (n.º 4). Em suma, a anterior versão da LDC previa uma isenção de preparos e uma isenção ou redução de custas, para o consumidor que interpusesse uma ação em tribunal judicial.

Ora, julgamos que a razão de ser do atual n.º 5 foi a de manter uma disciplina semelhante quando, em litígios de reduzido valor, isto é, cujo valor não exceda a alçada do tribunal judicial de 1ª instância, o consumidor opte pelo processo judicial, em detrimento da arbitragem. Nesse

⁵⁰ Analisando o valor médio dos processos verifica-se, a título de exemplo, que em 2018, no CIAB, aquele valor situou-se nos 660,06€ e no CICAP⁵⁰, em 705€, o que nos permite concluir que o mecanismo da arbitragem potestativa previsto na LDC abarca a grande generalidade dos litígios de consumo existentes, ficando, a maioria deles, dependentes apenas da vontade do consumidor. Informação disponível em <https://www.ciab.pt/pt/documentos-ciab> e <https://www.cicap.pt/cicap/estatisticas/> (Consultados 02.10.2022).

caso, o n.º 5 prevê a dispensa do pagamento prévio de taxa de justiça, que só será apurada no final do processo. Contudo, a redação da 1ª parte deste n.º 5 é imprecisa ao dispor que se refere aos conflitos dos números 2 e 3; em rigor, tendo o legislador em mente os processos judiciais e não a arbitragem, como acreditamos suceder, o disposto no n.º 5 refere-se aos conflitos do n.º 3, ou seja, de reduzido valor, mas não aos conflitos do n.º 2, relativo às situações em que o consumidor optou pela arbitragem e não por instaurar a ação em tribunal judicial, não havendo lugar, nos centros de arbitragem, ao pagamento prévio de taxas de justiça, retirando qualquer sentido útil ao disposto no n.º 5 caso se referisse ao processo arbitral.

Resumindo, o atual artigo 14.º da LDC, composto por cinco números, tem como principal objetivo promover e incentivar a arbitragem de consumo, à exceção do n.º 5 cujo objetivo é o de isentar o consumidor, caso opte pela ação judicial e não pela arbitragem, do pagamento prévio de taxa de justiça.

5. Confronto entre a arbitragem potestativa na LSPE e na LDC

Após a análise dos regimes jurídicos da arbitragem potestativa regulados na LSPE e na LDC, de forma separada, passamos a uma análise conjunta dos dois regimes, assinalando as diferenças entre eles, os seus aspetos comuns e alguns problemas de ordem processual que se podem colocar em torno de ambos os regimes.

Numa visão comparativa entre os artigos 15.º da LSPE e 14.º da LDC conclui-se que a limitação dos litígios de consumo sujeitos à arbitragem potestativa é efetuada por vias bastantes distintas entre si:

- Na LSPE, a limitação é feita em função da matéria, tendo de tratar-se de um litígio de consumo no âmbito de um serviço público essencial;
- Na LDC, a limitação é feita em função do valor, não podendo o valor do litígio ultrapassar 5.000€.

Não obstante esta diferença relevante que acabamos de assinalar, a forma de este mecanismo da arbitragem potestativa poder ser acionado é o mesmo em ambas as leis: a submissão do litígio ao tribunal arbitral depende da vontade do consumidor, cuja decisão o agente económico terá que aceitar⁵¹.

Face a isto, torna-se pertinente perguntar se estamos, efetivamente, perante uma arbitragem necessária, tal como decorre da letra da lei. Da resposta dependem as normas que a ela se aplicarão: sendo arbitragem voluntária, a LAV; sendo arbitragem necessária, o CPC (Livro VI).

⁵¹ Realçamos, mais uma vez, a recente obra de T. SOARES DA FONSECA, *Arbitragem e Mediação Potestativa...*, op. cit., pp. 8 e 9, considerando que os utentes pessoas singulares podem não ser consumidores e, nesse sentido, não estão abrangidos pelo artigo 14.º da LDC, mas estão abrangidos no âmbito de aplicação do artigo 15.º LSPE, entendimento que não sufragamos, tal como explicamos *supra*.

O elemento literal do artigo 15.º da LSPE e do artigo 14.º da LDC aponta para arbitragem necessária, mas o artigo 1082.º do CPC prevê que o julgamento arbitral tem de ser prescrito por lei, o que não acontece naqueles artigos que não prescrevem a arbitragem, antes atribuem ao consumidor o direito de opção entre um tribunal estadual ou um tribunal arbitral. Assim, a situação do consumidor é semelhante à que sucede perante a existência de uma adesão plena, ou seja, o consumidor é titular de um direito potestativo de recurso à arbitragem. Defende-se, então, que se não é arbitragem necessária terá que ser voluntária⁵².

Para nós não se trata, em rigor, nem de arbitragem necessária, uma vez que a obrigatoriedade de recurso à arbitragem não é imposta por lei a nenhuma das partes, nem de arbitragem voluntária, uma vez que não tem a sua origem numa convenção de arbitragem. É uma modalidade híbrida que designamos por arbitragem potestativa⁵³.

Tal como sucede perante a existência da adesão plena, o consumidor tem o direito potestativo de recorrer à arbitragem, embora naquele caso se trate, efetivamente, de arbitragem voluntária, pois ambas as partes aderiram por sua própria vontade. Já nos litígios que decorrem da prestação de um serviço público essencial ou nos litígios de reduzido valor económico a empresa é obrigada, desde que o consumidor assim queira.

Apesar desta diferença de qualificação, consideramos que na arbitragem potestativa deve igualmente aplicar-se, tal como na arbitragem voluntária, a LAV e não o CPC, desde logo pela razão já assinalada de não estarmos perante uma arbitragem imposta por lei a ambas as partes, como a que o CPC regula; além disso, é a vontade do consumidor que determina a sujeição do litígio a arbitragem, aspeto que indiscutivelmente a aproxima da arbitragem voluntária. Desta forma, mantemos também a coerência do sistema, aplicando-se a LAV a todos os processos de arbitragem dos centros de arbitragem de consumo, quer se trate de situações de arbitragem potestativa ou de arbitragem voluntária.

Apesar da aplicabilidade da LAV, não esqueçamos que há sempre uma parte que não manifestou qualquer vontade de o ser mas que é parte do processo arbitral por imposição legal, daí que a LAV não se aplique sem mais, mas requeira algumas adaptações; a LAV é a lei que regula a arbitragem voluntária na qual existe, portanto, uma convenção de arbitragem; na arbitragem potestativa, porém, o agente económico não emitiu qualquer declaração negocial, havendo por isso a necessidade de interpretar as normas da LAV com as devidas adaptações, uma vez que nesta arbitragem a convenção de arbitragem é substituída pela própria lei⁵⁴.

No confronto entre a LSPE e a LDC, e extrapolando da arbitragem propriamente dita, refira-se que diferentemente da primeira, onde o artigo 15.º apenas se refere à arbitragem, o n.º 2 do artigo 14.º da LDC dispõe que o consumidor pode optar apenas pela mediação sem arbitragem ou pela arbitragem sem a prévia mediação, mas, em qualquer uma das situações, sempre

⁵² Vid., J. CAMPOS CARVALHO; J. MORAIS CARVALHO, "Problemas jurídicos da arbitragem...", *op. cit.*, pp. 13 e 14.

⁵³ Vid., J. MORAIS CARVALHO; J. P. PINTO-FERREIRA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴ Vid., J. CAMPOS CARVALHO; J. MORAIS CARVALHO, "Problemas jurídicos da arbitragem...", *op. cit.*, pp. 13 e 14 e citados no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/01/2017 (MARIA TERESA PARDAL).

através de um centro de arbitragem de consumo. Apesar do uso da conjunção para indicar as duas alternativas possíveis, nada impede que o consumidor opte por ambas, submetendo o litígio a arbitragem após uma tentativa de mediação sem obtenção de acordo.

Esta referência do legislador à mediação traduz a importância que o Estado reconhece não só aos métodos heterocompositivos de resolução de litígios, como a arbitragem, mas também aos métodos autocompositivos, onde se insere a mediação, e vai ao encontro da prática consolidada nos diversos centros onde grande parte dos litígios de consumo têm sido resolvidos por mediação.

Note-se que a redação do n.º 2 do artigo 14.º da LDC apresenta uma incorreção na medida em que a apreciação do litígio de consumo por um tribunal arbitral adstrito a um centro de arbitragem de consumo, só sucede caso o litígio seja resolvido por arbitragem. Relativamente à mediação, esta é realizada pelo próprio centro sem qualquer intervenção do tribunal arbitral.

Por último, vamos analisar o que poderá suceder quando, em litígios no âmbito dos serviços públicos essenciais ou de reduzido valor económico, sendo vontade e intenção do consumidor o recurso à arbitragem, a empresa já tiver instaurado um processo contra ele em tribunal judicial.

Atendendo à característica da unidirecionalidade, está vedada para a empresa a possibilidade de instaurar uma ação arbitral; mas também não faz sentido que o consumidor se veja impedido de optar pela ação arbitral porque a empresa já instaurou uma ação judicial. Entendemos que, nestas circunstâncias, pode o consumidor, depois de citado na ação judicial, iniciar o processo arbitral, desde que o faça antes de intervir na ação judicial onde, em sede de contestação, alegará a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral. Consequentemente, se a empresa não desistir, o juiz absolve o réu da instância (al. b) do artigo 96.º e al. a) do artigo 577.º do CPC)⁵⁵.

Note-se, porém, a importância de o consumidor alegar a referida exceção dilatória apenas depois de ter iniciado o processo arbitral. Isto porque, se o consumidor for absolvido da instância sem ter previamente instaurado uma ação no tribunal arbitral, e também não o fizer depois, deixamos o profissional privado de qualquer tutela jurisdicional visto que, em consequência da unidirecionalidade, nunca ele poderá dar início ao processo arbitral⁵⁶.

Instaurada a ação em tribunal arbitral, decorre do n.º 2 do artigo 15.º da LSPE que durante o decurso da arbitragem se suspendem os prazos para o exercício dos direitos que estão previstos nos números 1 e 4 do artigo 10.º da mesma lei; assim, o direito ao recebimento do preço que prescreve ao final de 6 meses após a sua prestação (n.º 1), bem como o prazo de 6 meses para a propositura da ação (n.º 4), suspendem-se durante o processo de arbitragem. Esta suspensão, que aproveita quer ao consumidor, quer ao profissional, verifica-se, igualmente, durante a mediação e conciliação que antecedam a arbitragem, por força,

⁵⁵ *Vid.*, neste sentido, J. CAMPOS CARVALHO; J. MORAIS CARVALHO, "Problemas jurídicos da arbitragem...", *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ É diferente a posição de P. DUARTE, "A chamada...", *op. cit.*, p. 468, que defende a possibilidade de o operador dos serviços essenciais poder, ele próprio, recorrer ao tribunal arbitral na qualidade de autor.

respetivamente do n.º 2 do artigo 13.º da Lei da Mediação e do n.º 3 do artigo 14.º da Lei RALC.

6. Conclusão

A arbitragem de consumo nasceu como uma arbitragem voluntária, mas tem vindo a afirmar-se, cada vez mais, como uma arbitragem potestativa, na sequência das alterações legislativas ocorridas, em primeiro lugar, na LSPE, cujo artigo 15.º lhe atribuiu um lugar de destaque e que o artigo 14.º da LDC, mais recentemente, reforçou, passando aquela a assumir um lugar central na atual arbitragem de consumo portuguesa.

À luz da LSPE, a arbitragem de consumo pressupõe a verificação de dois pressupostos: tem de tratar-se de um litígio de consumo e estar em causa um serviço público essencial. Também na LDC, por sua vez, a resolução de um litígio pela via da arbitragem institucionalizada de consumo exige a verificação cumulativa de dois diferentes requisitos: tratar-se de um litígio de consumo e apresentar um reduzido valor económico. Assim, enquanto na LSPE, a limitação é feita em função da matéria (litígio de consumo no âmbito de um serviço público essencial), na LDC, a limitação é realizada em função do valor (não ultrapassar 5.000€). Contudo, verificados os respetivos pressupostos, o mecanismo de arbitragem potestativa atua de igual forma, dependendo apenas da vontade do consumidor a submissão do litígio ao tribunal arbitral de consumo, e cuja decisão o agente económico terá que aceitar.

Assim, a consagração da arbitragem potestativa veio permitir aos consumidores um efetivo acesso à justiça, uma vez que, até então, e na generalidade dos casos, o agente económico recusava-se à resolução do litígio através da arbitragem e, face a tal recusa, o consumidor acabava por assumir o prejuízo já que as características dos litígios desaconselhavam o recurso à justiça estadual.

Este mecanismo previsto na LSPE e na LDC não se trata, em rigor, nem de arbitragem necessária, uma vez que a obrigatoriedade de recurso à arbitragem não é imposta por lei a nenhuma das partes, nem de arbitragem voluntária, uma vez que não tem a sua origem numa convenção de arbitragem. É uma modalidade híbrida que designamos por arbitragem potestativa, embora defendamos que deve igualmente aplicar-se, tal como na arbitragem voluntária, a LAV, e não o CPC.

Bibliografia

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra, Almedina, 1999

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, "Serviços públicos contratos privados", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2000

ARNAUT, JOSÉ LUÍS, "Intervenção de Sua Excelência o Ministro-adjunto do Primeiro-Ministro", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 5, 2003, pp. 45-48

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", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 6, 2004, pp. 401-434

BESSA, LEONARDO ROSCOE/FAIAD, WALTER JOSÉ, *Manual de Direito do Consumidor* (Coord., Pereira da Silva, J.), 10.ª edição, Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2022

BICA, ANTÓNIO, "O poder e o dever de julgar em Portugal. Algumas questões", *Justiça em crise? Crises da Justiça* (Org., BARRETO, A.), Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2000

CARDOSO, ELIONORA, *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

CAPELO, MARIA JOSÉ/DIAS, ANA FRANCISCA, "Arbitragem de conflitos de consumo: novas questões práticas", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 17, 2021, pp. 3-19

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022

CARVALHO, JORGE MORAIS/PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, Coimbra, Almedina, 2014

CARVALHO, JOANA CAMPOS/CARVALHO, JORGE MORAIS, "Problemas jurídicos da arbitragem e da mediação de consumo", *Revista eletrónica de direito*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º 1, 2016, pp. 2-32

CARVALHO, JORGE MORAIS/PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO/CARVALHO, JOANA CAMPOS, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2017

CEBOLA, CÁTIA, "Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português", *Revista Luso-brasileira de direito do consumo*, vol. II, n.º 2, 2012, pp. 11-46

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "O Anteprojeto do Código do Consumidor", *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, pp. 685-715

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial*, 6.ª edição, Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas Lda., 1999

COSTA, RICARDO AMARAL DA, "Os serviços públicos essenciais – perspetiva geral", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, pp. 51-63

DUARTE, PAULO, "O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, pp. 649-703

DUARTE, PAULO, "A chamada "arbitragem necessária" de "litígios de consumo" no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspetos processuais", *Estudos de direito do consumo*, DECO, 2016, pp. 452-469

FARINHO, DOMINGOS SOARES, "As políticas públicas de resolução alternativa de litígios: da alternatividade rumo à seleção apropriada", *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal* (Org. e coord., RODRIGUES, M. DE L.; GAROUPA, N.; MAGALHÃES, P.; GOMES, C. E GUERRA DA FONSECA, R.), Coimbra, Almedina, 2017

FONSECA, TIAGO SOARES DA, *Arbitragem e Mediação Potestativa nos Conflitos de Consumo por Opção do Consumidor: Comentários ao artigo 14.º da lei de defesa do consumidor*, Coimbra, Almedina, 2023

GALVÃO TELES, E., "Contratos internacionais de consumo: tribunal competente e lei aplicável", *Estudos de direito do consumo*, DECO, 2016, pp. 233-256

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014

LAURENTINO, SANDRINA, "Os destinatários da legislação do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, pp. 415-434

LEITÃO, ALEXANDRA, "A proteção dos consumidores no setor das telecomunicações", *Estudos do Instituto do Direito do Consumo* (Coord., Menezes Leitão, L.), Coimbra, Almedina, 2002, pp. 131-152

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, "A informação como direito fundamental do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2001, pp. 23-45

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais", *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, pp. 333-350

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", *Estudos de Direito do Consumidor - n.º 4* (Dir., Pinto Monteiro, A.), Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 121-135

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional", *Direitos fundamentais e direito privado - uma perspetiva de direito comunitário* (Org., PINTO MONTEIRO, A.; NEUNER, J. E SARLET, I.), Coimbra, Almedina, 2007.

OLIVEIRA, ISABEL, "A arbitragem de consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 371-414

PARDO, GUILLERMO OROZCO, "La mediación en los conflictos de consumo", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 65, 2011, pp. 171-189

RAMOS MENDES, C. S., "O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água à luz dos princípios emergentes da Lei dos Serviços Públicos Essenciais e do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de Agosto", *Estudos de direito do consumo*, DECO, 2016, pp. 153-179

SIMÕES, FERNANDO DIAS/ALMEIDA, MARIANA PINHEIRO, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais anotada e comentada*, Coimbra, Almedina, 2012

VIANA, FERNANDO, "A resolução alternativa de litígios e as tecnologias de informação e comunicação – O caso particular da resolução de conflitos na Internet em Portugal e na UE" (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/41173/1/Fernando%20Manuel%20Martins%20Viana.pdf>, acesso em 27/06/2022)

VILLA, ÍÑIGO MATEO Y., "De la cláusula arbitral en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 723, 2011, pp. 79-137

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.03.2015 (MÁRIO SERRANO)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.11.2015 (MARIA JOÃO AREIAS)

(texto submetido a 5.01.2023 e aceite para publicação a 13.04.2021)