

Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo

Legal Issues on Consumer Arbitration and Mediation

Joana Campos Carvalho

Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Membro do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade

Jorge Morais Carvalho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade

Dezembro de 2015

RESUMO: A resolução alternativa de litígios de consumo (RALC) levanta problemas jurídicos específicos com grande relevância prática. A aprovação, nos últimos quatro anos, de uma nova lei de arbitragem voluntária, de uma lei da mediação, de uma lei sobre a RALC e de uma lei que impõe a arbitragem aos prestadores de serviços nos contratos relativos a serviços públicos essenciais justifica o aprofundamento e o tratamento científico de algumas questões que se colocam diariamente às entidades de RALC, aos consumidores e às empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução Alternativa de Litígios; RALC; Mediação; Arbitragem; Direito do Consumo; Serviços Públicos Essenciais

ABSTRACT: Consumer Alternative Dispute Resolution (CADR) raises several legal issues bearing significant practical relevance. In the last few years Portugal has adopted new laws on voluntary arbitration, mediation and CADR and a legal rule which sets forth that arbitration is mandatory for companies providing services of general interest. These circumstances justify a thorough analysis and scientific study of some of the issues that CADR entities, consumers and companies deal with every day.

KEY WORDS: Alternative Dispute Resolution; CADR; Mediation; Arbitration; Consumer Law; Services of General Interest

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. Arbitragem de consumo
 - 2.1. Cláusulas contratuais gerais de resolução alternativa de litígios de consumo (RALC)
 - 2.2. Adesão plena a centros de arbitragem de conflitos de consumo
 - 2.3. Arbitragem nos serviços públicos essenciais
 - 2.4. Interação entre a arbitragem necessária e o processo judicial previamente instaurado pela empresa
 - 2.5. Regras processuais aplicáveis à arbitragem de consumo – A (não) aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil
 - 2.6. Recursos
3. Mediação de conflitos
 - 3.1. Qualificação da mediação de consumo como verdadeira mediação
 - 3.2. Suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição
- Bibliografia
- Jurisprudência

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 compreensão 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 23/96¹, 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 transpõe 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 impõe ao prestador de serviços pelo regime dos serviços públicos essenciais pode ser qualificada como arbitragem necessária e se a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)² 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 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

¹ 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.

² Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

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 contratuais gerais de resolução alternativa de litígios de consumo (RALC)

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 tentar 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 Brasil³ 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

³ Sobre a arbitragem de consumo no Brasil, v. ELIZABETH DE ALMEIDA ABREU, *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, 2015.

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 ultrapassado⁴. 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 contrato⁵, a cláusula tem de passar pelo crivo da comunicação nos termos do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85⁶. 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 limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”.

A doutrina já defendia, quando a questão (ainda) se resolvia (apenas) com base no 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 judicial⁷, aqui incluindo, naturalmente, o julgado de paz.

⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 67.

⁵ PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, 2011, p. 518.

⁶ 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.

⁷ 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; DARIO 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; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 15 (no prelo). 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,

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 mediação⁸, 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/UE⁹. 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).

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 caráter 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.

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).

⁸ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 15 (no prelo).

⁹ 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).

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 pública¹⁰.

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 adequada¹¹. Pelo 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 proposta¹². 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 celebrar¹³. 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 em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo, fica vinculado desde logo

¹⁰ 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”.

¹¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, p. 101.

¹² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, p. 105.

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

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, consequentemente, 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, parece-nos, da sua interpretação. Nos termos do art. 236.º-1 do CC, "a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele". 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 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 Gouveia¹⁴ argumenta, no sentido da necessidade de configuração como promessa pública¹⁵, 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 arbitragem¹⁶: 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 compromisso 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 consumidor¹⁷ 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 proposta¹⁸. Não só

¹⁴ MARIANA FRANÇA GOVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 127.

¹⁵ Também no sentido da qualificação como promessa pública, v. DÁRIO MOURA VICENTE, "A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem", 2002, p. 998.

¹⁶ 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.

¹⁷ Neste sentido, MARIA JOSÉ CAPELO, "A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo", 1999, p. 111.

¹⁸ 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, p. 112-113, configura a adesão plena como um contrato entre a empresa e o centro.

não é 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 diploma¹⁹. 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 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 446/85²⁰). 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 LDC²¹. 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 23/96²². 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 relacional²³. Nota-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser

¹⁹ 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”.

²⁰ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 92, n. 262.

²¹ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, 2009, p. 77.

²² FLÁVIA DA COSTA DE SA, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas*, 2014, p. 16.

²³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29.

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 taxativo²⁴. Assim, a arbitragem prevista no art. 15.º-1 aplica-se aos serviços de fornecimento de água²⁵, aos serviços de fornecimento de energia elétrica, aos serviços de fornecimento de gás natural e de gases de petróleo liquefeitos 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-contratual²⁶ 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 regulamentar²⁷).

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 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

²⁴ 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 SA, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas*, 2014, p. 18. Em sentido contrário, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Servicos Públicos, Contratos Privados”, 2002, pp. 140 e 141; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais”, 2004, p. 423.

²⁵ CATIA 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).

²⁶ 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”.

²⁷ 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.

– 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 aspetto, v. *infra* 2.4), o valor do litígio estar fora dos “limites de valor predeterminados pela entidade de RAL”²⁸, 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 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)²⁹. 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 necessária³⁰.

²⁸ 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”.

²⁹ 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.

³⁰ Neste sentido, cfr. JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, 2016, p. 17 (no prelo), 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”.

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 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 (voluntária³¹) ao processo de arbitragem. É necessário, ainda, o consentimento de todas as partes no processo arbitral³². 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 objecto 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) 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

³¹ 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.

³² 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”.

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 judicial³³.

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

³³ 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. 6 (no prelo).

processuais específicos, como a injunção e a ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias³⁴, 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, 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 consequentemente 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

³⁴ 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.

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 mediação³⁵. A opção pode ser criticável³⁶, mas a regra parece clara, pelo que o poder jurisdicional do árbitro se esgota findo o prazo previsto no n.os 5 e 6.

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.

³⁵ Neste sentido, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, "A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015", 2016, p. 11 (no prelo), defende que "o prazo de 90 dias respeita a cada procedimento de resolução alternativa de litígios".

³⁶ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, "A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015", 2016, pp. 11 e 12 (no prelo).

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)³⁷.

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 categorias. 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.

³⁷ 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.

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”³⁸ (italico 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.

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,

³⁸ 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”.

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 alcada 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 tiver 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 resolver³⁹.

Iremos analisar as principais características da mediação de conflitos de consumo, tomando como referência, a título meramente exemplificativo, o Regulamento do CNIACC⁴⁰. Posteriormente, apresentaremos os principais traços da mediação para concluir acerca da adequação da qualificação 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 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)⁴¹. 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).

³⁹ 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.

⁴⁰ Regulamento de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, disponível em www.arbitragemdeconsumo.org.

⁴¹ PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo”, 2009, p. 195.

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.

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 Mediação⁴² 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*)⁴³.

Numa primeira análise, a mediação de consumo encaixa na definição do art. 2.º-1. Quanto aos princípios que a densificam e complementam podem colocar-se algumas dúvidas.

⁴² 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.

⁴³ 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.

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. Verificase, 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 processo de mediação, subordinado aos estatutos da associação nem a orientações dos seus dirigentes⁴⁴. 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 processo⁴⁵.

Relativamente ao princípio da neutralidade, a que a Lei da Mediação se refere como isenção⁴⁶ (art. 27.º-1 da Lei da Mediação), este diz respeito ao conteúdo do litígio que está a ser discutido. O mediador deve colocar de lado preconceitos ou convicções e não tentar

⁴⁴ DULCE LOPES E AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, p. 50.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 61.

influenciar o acordo em nome de princípios como a equidade ou a justiça ou por considerar que determinada solução é a mais adequada ao caso⁴⁷.

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 caso⁴⁸. Apenas lhe é exigido que 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 noutras⁴⁹. Distingue-se, então, a *evaluative mediation* da *facilitative mediation*⁵⁰, 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 processo⁵¹, 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 mediados⁵². 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 princípio⁵³.

⁴⁷ JOANA CAMPOS, “O Princípio da Confidencialidade na Mediação”, 2009, p. 318, e MICHELE GUILLAUME-HOFNUNG, *La Médiation*, 2007, p. 74.

⁴⁸ Acerca da dificuldade de controlar a neutralidade, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 61.

⁴⁹ JOANA CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, 2009, p. 12.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Cfr. PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo”, 2009, p. 191.

⁵² Em sentido contrário, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 49, entende que “a noção puramente assistencial ou facilitadora da mediação é a atualmente estabelecida no ordenamento jurídico português”, resultando tal opção do art. 26.º-b) da Lei da Mediação.

⁵³ 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 mediação. 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 execitoriedade 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 fundamentais⁵⁴.

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 de prestação durante a tentativa de resolução extrajudicial do litígio.

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”⁵⁵.

O Decreto-Lei n.º 67/2003⁵⁶, 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

⁵⁴ A propósito da não aplicação também das normas relativas à convenção de mediação v., *infra*, ponto 3.2.

⁵⁵ 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. 10 (no prelo). Com efeito, o terceiro, neste caso diretor do centro, não tem qualquer poder sobre as partes, elemento caraterizador 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.

⁵⁶ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

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), estatuindo 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 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 referia 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"⁵⁷.

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, 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-

⁵⁷ 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.

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 obrigatória⁵⁸. 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 diverge quanto à consequência destas cláusulas, podendo gerar um direito potestativo ou ter efeitos meramente obrigacionais⁵⁹, 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 geral⁶⁰, 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 entidade⁶¹.

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

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, “A Experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo”, 2006, p. 38.

⁶¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, pp. 244 e 245.

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, 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 partes ser informadas da prorrogação do prazo e do tempo necessário previsto para a conclusão do procedimento de RAL”. 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 voluntariedade⁶², não deve, em regra, ser indicado.

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

⁶² DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, p. 95.

- 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://laboratorioral.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 *Julgars*, n.º 15, 2011, pp. 271-290
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2014
- CEBOLA, CATIA 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, MICHELE, *La Médiation*, 4^a 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

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", 2016 (no prelo)

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 TRL de 8.5.2007 (Orlando Nascimento), *in <http://www.dgsi.pt>* (15.01.2016).

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.1.2015 (Lurdes Toscano), *in <http://www.dgsi.pt>* (15.01.2016).

Acórdão do TRC de 17.11.2015 (Maria João Areias), *in* <<http://www.dgsi.pt>> (15.01.2016).