

Jorge Morais Carvalho

*Professor Associado da NOVA School of Law
Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento
sobre Direito e Sociedade
Diretor do NOVA Consumer Lab e do NOVA Law & Tech*

João Pedro Pinto-Ferreira

*Professor Convidado da NOVA School of Law
Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento
sobre Direito e Sociedade
Doutorando na área do processo civil*

Reflexão sobre a Arbitragem e a Mediação de Consumo na Lei de Defesa do Consumidor – A Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto

1. Introdução

A resolução alternativa de litígios (RAL) compreende meios de resolução de controvérsias como a negociação, a mediação, a conciliação ou a arbitragem, entre outros¹.

Os meios de RAL apresentam um importante traço em comum: uma abordagem alternativa em relação aos meios judiciais. Esta nova perspetiva pode passar pelo estímulo à resolução consensual do litígio, pelo papel atribuído às partes (no processo e/ou na solução) ou ainda por uma abordagem ao litígio baseada nos interesses das partes, ou seja, nas motivações subjacentes às suas pretensões. No entanto, estes meios apresen-

¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 21; JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA & JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 13.

tam também importantes diferenças entre si, como, por exemplo, o caráter consensual ou adjudicatório da solução alcançada.

A RAL tem uma relevância crescente na resolução de litígios em muitos domínios e, em particular, nas relações de consumo. De facto, tendo em conta as especificidades dos litígios de consumo (designadamente, o seu valor médio reduzido), não se justifica, por regra, em especial na perspetiva do consumidor, o recurso aos tribunais judiciais. Desta forma, os meios de RAL, nomeadamente a mediação e a arbitragem, tornam-se decisivos para a salvaguarda das posições jurídicas das partes numa relação de consumo e para a manutenção da relação. Neste contexto, podemos falar de RALC, acrescentando ao acrónimo o “C” relativo à palavra “consumo”.

A RALC não é novidade em Portugal, tendo o primeiro centro de arbitragem de consumo (CACCL²) sido inaugurado em 1989.

O art. 14.º-1 da LDC³ determina que “incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo”. Ao Estado é, portanto, atribuído, por lei, desde 1996, um papel central no que respeita ao funcionamento do sistema de RALC.

Os princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo foram regulados pelo DL 146/99⁴ e pela Portaria 328/2000⁵. O DL 60/2011⁶ veio criar a Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada (RNCAI). Estes três diplomas, que visavam, no essencial, harmonizar as regras de funcionamento dos centros de arbitragem

² Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa.

³ Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, 47/2014, de 28 de julho, e 63/2019, de 16 de agosto.

⁴ Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de maio, revogado pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

⁵ Portaria n.º 328/2000, de 9 de junho, revogada pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

⁶ Decreto-Lei n.º 60/2011, de 6 de maio, revogado pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

de consumo, não chegaram a ter aplicação prática relevante, tendo sido revogados pelo art. 25.º da Lei 144/2015⁷.

A nível europeu, destacam-se, em 2013, a aprovação da Diretiva RALC⁸ e do Regulamento RLL⁹.

A Diretiva RALC foi transposta para a ordem jurídica interna pela já referida Lei 144/2015, 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 é um dos principais diplomas em matéria de RALC em Portugal, embora se deva assinalar que 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).

Neste breve enquadramento da RALC em Portugal é importante assinalar que a lei impõe, em determinadas áreas, por vias diversas, a participação dos profissionais em procedimentos de RALC.

Em primeiro lugar, a lei impõe em alguns casos a adesão plena a entidades de RALC¹⁰. Assim, devem aderir a pelo menos duas dessas entidades os prestadores de serviços de pagamento e os emitentes de moeda eletrónica (art. 144.º do DL 91/2018¹¹) e os mutuantes no crédito

⁷ Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 102/2017, de 23 de agosto, e pela Lei n.º 14/2019, de 12 de fevereiro. Sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 14/2019, v. JORGE MORAIS CARVALHO, “Resolução Alternativa de Litígios de Consumo por Entidades Reguladoras” in *Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 567-584.

⁸ Diretiva n.º 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo.

⁹ Regulamento (UE) n.º 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre a resolução de litígios de consumo em linha.

¹⁰ Para um enquadramento jurídico da figura da adesão plena, v. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA & JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, cit., pp. 177 e segs..

¹¹ Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro.

ao consumo (art. 32.º-2 do DL 133/2009¹², na redação dada pelo DL 74-A/2017) e no crédito à habitação (art. 38.º-2 do DL 74-A/2017¹³).

Note-se que estes últimos preceitos, que impõem a adesão a dois centros de arbitragem de conflitos de consumo, parecem não ter em conta o sistema português de RALC, que se centra, essencialmente, como se verá com mais detalhe no ponto seguinte do texto, em centros de arbitragem de conflitos de consumo com competência territorial delimitada. Ora, se os centros têm a sua competência definida em função do território, a adesão a dois centros significa que apenas os consumidores que celebrem contratos nesses dois locais serão beneficiados pela vinculação dos prestadores de serviços de pagamento ou dos mutuantes. Parece-nos que não é adequado um regime que permite uma discriminação em função do território, deixando nas mãos do mutuante a opção de quais as regiões que pretende privilegiar¹⁴. É este, contudo, o regime vigente.

Em segundo lugar, prevê-se um direito potestativo do consumidor à arbitragem. Num primeiro momento, este direito encontrava-se circunscrito aos contratos de prestação de serviços públicos essenciais (art. 15.º-1 da Lei 23/96¹⁵). Recentemente, a Lei 63/2019, de 16 de agosto, veio alterar a LDC, determinando, no art. 14.º-2, que “os conflitos de consumo

¹² Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (retificado pela Declaração de Retificação n.º 55/2009, de 31 de julho), alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 72-A/2010, de 18 de junho, 42-A/2013, de 28 de março, e 74-A/2017, de 23 de junho.

¹³ Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, alterado pela Lei n.º 32/2018, de 18 de julho.

¹⁴ Note-se que, em matéria de crédito à habitação, o art. 39.º-1 da Diretiva 2014/17/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação, impõe aos Estados-Membros que garantam a existência de procedimentos de RALC adequados e eficazes, estabelecendo que “os Estados-Membros asseguram que esses procedimentos se apliquem aos mutuantes e aos intermediários de crédito e abrangem as atividades dos representantes nomeados”. O considerando (77) esclarece que “os Estados-Membros deverão assegurar que a participação nesses procedimentos alternativos de resolução de litígios não seja facultativa para os mutuantes e os intermediários de crédito”. Sobre esta questão, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS & JORGE MORAIS CARVALHO, “Mortgage Credit in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 219-222.

¹⁵ 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, 10/2013, de 28 de janeiro, e 51/2019, de 29 de julho.

de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”. Estabelece-se, ainda, no mesmo preceito, um dever adicional de informação relativo ao acesso ao direito e à representação por advogado ou solicitador, por um lado, e a dispensa “do pagamento prévio de taxa de justiça”, por outro lado.

O objetivo do presente texto consiste no estudo deste novo regime jurídico. Para este efeito, começa-se por analisar os requisitos para a aplicação do art. 14.º-2 da LDC e a natureza jurídica da arbitragem nele prevista. Segue-se a discussão do problema da constitucionalidade da atribuição de um direito potestativo à arbitragem a uma das partes. Por fim, ainda antes das conclusões, analisa-se o dever de informação relativo ao acesso ao direito e à representação por advogado ou solicitador e a dispensa do pagamento prévio de taxa de justiça, fazendo-se ainda uma breve alusão ao sentido da referência à mediação.

2. Requisitos

O art. 14.º-2 atribui ao consumidor o direito a iniciar um processo de arbitragem contra um profissional. Esta figura pressupõe, no entanto, o cumprimento de quatro requisitos cumulativos: (i) litígio de consumo; (ii) litígio de reduzido valor económico; (iii) declaração expressa por parte do consumidor; (iv) submissão do litígio à apreciação de tribunal arbitral adstrito a um centro de arbitragem de consumo legalmente autorizado.

Vejamos com mais pormenor cada um dos requisitos indicados.

2.1. Litígio de consumo

O litígio de consumo é, por definição, o litígio que resulta de uma relação de consumo. Esta, por sua vez, define-se como a relação em que intervém um consumidor. O litígio de consumo é, portanto, essencialmente delimitado pelo conceito de consumidor, conceito que pode variar em função do diploma legal em causa.

A LDC e a Lei 144/2015 definem consumidor de forma ligeiramente diferente. Nos termos do art. 2.º-1 da LDC, “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”. Já o art. 3.º-c) da Lei 144/2005 define consumidor como “uma pessoa singular quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, resultando da al. d) que o profissional, neste diploma designado “fornecedor de bens ou prestador de serviços”, é “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, quando atue, nomeadamente por intermédio de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, com fins que se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Analisando o conceito com referência a quatro elementos (subjeto, objetivo, teleológico e relacional), questão que não iremos aqui abordar em pormenor¹⁶, a principal diferença centra-se no elemento subjeto, mais amplo na LDC (“todo aquele”) do que na Lei 144/2015 (“pessoa singular”). Face à restrição operada em ambos os preceitos pelo elemento teleológico (“uso não profissional”), conclui-se que, ao contrário da Lei 144/2015, a LDC abre a possibilidade de uma associação ou de uma fundação poderem ser qualificadas, em alguns casos, como consumidores¹⁷.

O elemento teleológico exclui do conceito todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atuem no âmbito de uma atividade profissional. Assim, por exemplo, uma sociedade comercial nunca pode ser qualificada como consumidor.

O elemento relacional impõe que a contraparte em relação ao consumidor atue na relação em causa com caráter profissional ou, dizendo de

¹⁶ V. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 25 a 36; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 29 a 48.

¹⁷ Neste sentido, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, Lisboa, 2016, pp. 310-332, pp. 312-313; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 37.

outra forma, no âmbito da sua atividade profissional. A circunstância de a atividade consistir no exercício de uma profissão liberal é irrelevante.

Não se encontra abrangido pela definição, por faltar o elemento relacional, o contrato celebrado entre não profissionais (ou particulares). Note-se que, face à definição da LDC, não se pode falar em contrato entre consumidores, uma vez que, se não estiver preenchido o elemento relacional, não estamos perante um consumidor.

A identificação da contraparte poderá nem sempre ser fácil, em especial nos negócios de compra coletiva ou na designada economia colaborativa (ou de plataformas), que se vai estendendo a setores de atividade muito diversificados, em que o contrato é celebrado numa plataforma, muitas vezes não sendo evidente com quem é que se está a contratar. Por exemplo, no caso da plataforma Uber, apesar de esta indicar nas condições gerais que não presta serviços de transporte, deve concluir-se que a empresa não é simples intermediária, sendo parte no contrato¹⁸.

2.2. Litígio de reduzido valor económico

O art. 14.º-2 delimita o âmbito do direito do consumidor à arbitragem aos litígios de reduzido valor económico, considerando-se como tal, nos termos do art. 14.º-3, “aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância”.

¹⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, pp. 63-65, p. 64; JORGE MORAIS CARVALHO, “Developments on Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2015, pp. 157-158; JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, pp. 294-309, p. 306; JOANA CAMPOS CARVALHO, “Enquadramento Jurídico da Atividade da Uber em Portugal”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.º 26, 2016, pp. 221-238; CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA & FRYDERYK ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10, p. 8.

Ora, nos termos do art. 44.º-1 da LOSJ¹⁹, a alçada dos tribunais de primeira instância é de € 5000.

Assim, o consumidor tem o direito à arbitragem nos litígios de valor igual ou inferior a € 5000.

Se o litígio tiver um valor superior a € 5000, o consumidor poderá ainda dispor deste direito, se se tratar de um serviço público essencial, uma vez que o art. 15.º-1 da Lei 23/96 não contém qualquer limitação em função do valor.

2.3. Declaração expressa por parte do consumidor

O art. 14.º-3 da LDC faz referência a uma “opção expressa dos consumidores”. Este trecho deve ser interpretado no sentido de se exigir uma declaração expressa por parte do consumidor. Não é, assim, suficiente uma declaração tácita.

Nos termos do art. 217.º do CC, a declaração “é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade”.

A forma mais comum de o consumidor optar expressamente pela arbitragem consiste no preenchimento do formulário de apresentação de reclamação num centro de arbitragem de consumo com essa indicação.

Por exemplo, no formulário disponível na página do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa²⁰, encontramos uma opção que pode ser definida pelo consumidor com o seguinte texto: “Declaro que pretendo que o conflito objeto da presente reclamação, seja tramitado pelo CACCL. No caso de não ser resolvido por Mediação, pretendo que seja submetido a Arbitragem, aceitando ser notificado por correio eletrónico para o email indicado”. Neste caso, a declaração do consumidor é expressa, pelo que está cumprido o requisito.

¹⁹ Lei de Organização do Sistema Judiciário – Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro.

²⁰ http://www.centroarbitragemlisboa.pt/form_reclamacao.php.

2.4. Submissão a centro de arbitragem de consumo legalmente autorizado

A Lei 144/2015 veio criar a Rede de Arbitragem de Consumo (RAC), monitorizada pela DGC, que integra os centros de arbitragem de consumo autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação e arbitragem destes litígios.

Nos termos do art. 4.º, a RAC visa a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo pelos centros de arbitragem que agrega (n.º 1), competindo-lhe ainda promover o funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e a recolha de toda a informação estatística relevante relativa ao seu funcionamento (n.º 2).

Não é clara a relação entre a lista de entidades de RALC (art. 17.º da Lei 144/2015), gerida pela DGC, e a RAC (art. 4.º da Lei 144/2015), monitorizada por essa mesma entidade.

A principal questão consiste em saber se todas as entidades de RALC integram a RAC e, em caso de resposta negativa, que entidades de RALC integram a RAC. Excluem-se, desde logo, certamente, as entidades de RALC que não são centros de arbitragem. De entre as entidades que se encontram na lista não faz arbitragem o Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo. Em relação aos centros de arbitragem, a análise tem de ser mais minuciosa.

Os centros de arbitragem podem ser divididos em três grupos: (i) centros de arbitragem de consumo de competência genérica; (ii) centros de arbitragem de consumo de competência especializada; (iii) centros de arbitragem de competência genérica, que também resolvem litígios de consumo.

No primeiro grupo, temos o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACCCDC)²¹, o Centro de Arbitra-

²¹ Sobre o CACCCDC: JOÃO PEDROSO & CRISTINA CRUZ, *A Arbitragem Institucional: Um Novo Modelo de Administração da Justiça – O Caso dos Conflitos de Consumo*, Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 244 a 273; JOÃO CARLOS TRINDADE, “Passado, Presente e Futuro dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, pp. 23-41, pp. 38 a 40.

gem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CAC-CRAM), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL), o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo) – CIAB, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL), o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC) e o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave / Tribunal Arbitral (TRIAVE), no segundo grupo o Centro de Arbitragem do Setor Automóvel (CASA) e o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS) e no terceiro grupo todos os outros centros de arbitragem que também tenham competência para a resolução de litígios de consumo. No que respeita a este terceiro grupo, a única entidade que integra a lista de entidades de RALC gerida pela DGC é o Centro de Arbitragem da Universidade Autónoma de Lisboa (CAUAL). No entanto, qualquer outro centro de arbitragem poderá, desde que cumpra as regras estabelecidas na Lei 144/2015, pedir a sua integração na lista.

Dadas as particularidades resultantes da especialização, no que respeita ao segundo grupo identificado, e da maior abrangência da sua competência, no que respeita ao terceiro, parece-nos que a RAC é composta apenas pelos centros de arbitragem que integram o primeiro grupo. Apenas em relação a estes faz sentido o objetivo de harmonização de procedimentos ambicionado pela RAC. Em qualquer caso, tratando-se de entidades privadas, nenhum centro de arbitragem é obrigado a participar na RAC, não estando sequer prevista na Lei 144/2015, como se deixou escrito, a necessidade de integração na RAC para se ser entidade de RALC.

Note-se que, fazendo-se referência, no art. 14.º-2 da LDC, a centro de arbitragem de consumo legalmente autorizado, o consumidor poderá recorrer quer a um centro de arbitragem que integre a RAC quer a um centro de arbitragem que não a integre. Com efeito, todos eles estão legalmente autorizados e integram a lista de entidades de RALC.

Os centros de arbitragem de consumo de competência genérica encontram-se organizados, no essencial, em função da sua competência territorial. Os centros de arbitragem de consumo de competência espe-

cializada e os centros de arbitragem de competência genérica, que também resolvem litígios de consumo, têm âmbito nacional.

O CACCRAM tem competência para a resolução de litígios que “ocorram na Região Autónoma da Madeira” (art. 1.º do Decreto Legislativo Regional 14/2004/M) e o CIMAAL para litígios originados por contratos celebrados na “área geográfica do Distrito de Faro” (arts. 3.º e 5.º-1).

Outros centros de arbitragem de consumo de competência genérica têm a área geográfica de intervenção definida apenas indiretamente no regulamento (CACDC, CACCL, CIAB, CICAP e TRIAVE). Em qualquer um destes casos, nos termos do art. 5.º-1 do respetivo regulamento, a competência define-se em função de o contrato de consumo ter sido celebrado “dentro do respetivo âmbito geográfico”.

O CNIACC “é de âmbito nacional e a sua atuação reveste caráter supletivo perante os restantes centros de arbitragem de consumo” (art. 3.º). Isto significa que a competência do CNIACC em função do território se define pela negativa. O CNIACC tem competência em todas as áreas geográficas não abrangidas por outro centro de arbitragem de consumo de competência genérica. Terá também competência o CNIACC, mesmo que haja centro de arbitragem de consumo na área geográfica em causa, se esse centro não for competente em função da matéria ou do valor. O CNIACC também reveste caráter supletivo perante os centros de arbitragem de consumo de competência especializada²². Assim, se o

²² Do ponto 2 do Despacho n.º 20778/2009, de 16 de setembro, do Secretário de Estado da Justiça, que autoriza a criação do CNIACC, resulta que este “é de âmbito nacional, tem caráter generalizado e a sua atuação reveste caráter supletivo perante os *restantes centros de arbitragem de consumo já existentes*” (itálico nosso). Não se distingue entre centros de arbitragem de consumo de competência genérica e centros de arbitragem de consumo de competência especializada, pelo que o caráter supletivo de atuação do CNIACC inclui ambos. Apenas os centros de arbitragem de competência genérica, que também resolvem litígios de consumo, têm competência concorrente com o CNIACC. Note-se que o caráter supletivo de atuação abrange apenas, nos termos do Despacho, os centros “já existentes”. À partida, os centros de arbitragem de consumo criados posteriormente ao Despacho não afetam a competência do CNIACC: refira-se, no entanto, que a questão (ainda) não se colocou, já que, desde 2009, não foram criados outros centros de arbitragem de consumo de competência genérica. Já o alargamento ou o encurtamento da competência de algum centro de arbitragem de consumo já existente influencia diretamente a competência do CNIACC.

CASA ou o CIMPAS tiverem competência para a resolução do litígio, o CNIACC não é competente.

3. Natureza jurídica

A este propósito, importa ainda perceber qual é a natureza jurídica da arbitragem prevista no art. 14.º-2 da LDC. No fundo, trata-se de saber se estamos perante uma arbitragem voluntária, necessária ou híbrida.

O art. 14.º-2 da LDC parece reconduzir esta figura à “arbitragem necessária”. No entanto, como já vimos, a arbitragem assenta numa opção do consumidor, que se traduz na submissão do litígio à apreciação do tribunal arbitral de um centro de arbitragem de consumo. Desta forma, o consumidor não está sujeito à arbitragem; muito pelo contrário, a lei atribui-lhe um direito à arbitragem, pelo que não pode dizer-se que esta é necessária quanto a ele.

A questão coloca-se de forma diferente quanto ao profissional. De facto, este encontra-se numa situação de sujeição, dado que não pode evitar o início do processo arbitral caso o consumidor exerça o seu direito potestativo à arbitragem.

Conclui-se, assim, que estamos perante uma figura híbrida, que conjuga elementos da arbitragem voluntária (quanto ao consumidor) e da arbitragem necessária (quanto ao profissional)²³. O seu aspeto característico reside na atribuição de um direito potestativo à arbitragem a uma

²³ É este o entendimento de uma parte da doutrina quanto ao art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96, que determina o seguinte: “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”. Para PEDRO COSTA GONÇALVES, “Arbitragem e Regulação (A Arbitrabilidade dos Conflitos Regulatórios)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, p. 71, n. 13, a arbitragem é “voluntária para uma parte e necessária para outra parte do conflito”. Também ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 353, n. 1093, fala de “um mecanismo atípico que é, afinal de contas, voluntário para os consumidores e necessário para os prestadores dos serviços públicos essenciais”.

das partes e na correspondente sujeição da outra parte, razão pela qual qualificamos esta arbitragem como potestativa.

4. Constitucionalidade da arbitragem potestativa

4.1. Ilações a retirar da jurisprudência constitucional em matéria de arbitragem necessária

Uma das dúvidas que se coloca, em geral, a propósito dos mecanismos de arbitragem potestativa é a da sua compatibilidade com o direito de acesso à Justiça. De facto, como vimos, o art. 14.º-2 da LDC estabelece que, em caso de opção expressa do consumidor, o litígio deverá ser resolvido por meio de arbitragem, obstando assim a que o profissional proponha ação junto de um tribunal judicial.

Esta questão tem sido discutida na doutrina nacional a propósito de um mecanismo semelhante de arbitragem potestativa no âmbito dos serviços públicos essenciais (art. 15.º-1 da Lei n.º 23/96)²⁴.

O Tribunal Constitucional (TC) nunca se pronunciou sobre a arbitragem potestativa no domínio do direito do consumo, mas já se debruçou em várias ocasiões sobre a conjugação entre a arbitragem necessária e o direito de acesso à Justiça. É possível extrair algumas ilações sobre a arbitragem potestativa a partir da análise de algumas dessas decisões.

²⁴ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*, cit., p. 354, n. 1093, CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, 2012, pp. 39 a 41, e MÁRIO FROTA, “Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, 2017, p. 269, pronunciam-se a favor da constitucionalidade da arbitragem potestativa neste âmbito. Já ISABEL OLIVEIRA, “A Arbitragem de Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 392 e 393, considera, em geral, que a “obrigatoriedade da arbitragem de consumo” teria como efeito impedir “os cidadãos de exercerem o seu direito (...) de recorrer aos tribunais judiciais para resolver os seus litígios, obrigando-os a resolvê-los pela via extrajudicial” e, como tal, não seria constitucionalmente admissível. Diga-se, no entanto, que a autora defendeu esta posição em abstrato, antes da introdução da arbitragem potestativa na Lei 23/96.

A exposição estará centrada em duas decisões recentes²⁵ nas quais o TC foi chamado a pronunciar-se sobre um mecanismo de arbitragem necessária no âmbito de certos litígios desportivos²⁶.

Nestas decisões, o TC começou por salientar que os tribunais arbitrais constituem uma categoria autónoma de tribunais (art. 209.º-2 da Constituição da República Portuguesa – CRP), não relevando para tal a distinção entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária. Desta forma, o Tribunal parece considerar que os mecanismos de arbitragem necessária não violam, por si só, o direito de acesso à Justiça.

No entanto, o TC considerou que a conjugação entre a arbitragem necessária e a restrição do recurso para os tribunais estaduais traduzia uma violação do direito de acesso à Justiça (art. 20.º-4 da CRP) e do princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 268.º-4 da CRP). Esta conclusão assentou na ideia de que o direito de acesso à Justiça tem sobretudo em vista o acesso aos tribunais estaduais. Desta forma, como a lei impõe o recurso à arbitragem no âmbito de certos litígios desportivos, o Tribunal entendeu que o direito de acesso aos tribunais estaduais devia ser salvaguardado num momento posterior, através da possibilidade de recurso da decisão arbitral²⁷.

No acórdão n.º 230/2013, foi este o fundamento em que o Tribunal se baseou para julgar inconstitucional o art. 8.º-1 do Decreto 128/XII na parte em que se estabelecia que as decisões arbitrais proferidas pelo TAD no âmbito da arbitragem necessária não admitiam recurso para os tribu-

²⁵ Acs. do TC n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, e n.º 781/2013, de 20 de novembro de 2013.

²⁶ De acordo com a Lei 74/2013, de 6 de setembro, estão sujeitos a arbitragem necessária junto do Tribunal Arbitral do Desporto (TAD) os litígios relativos a “atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina” (art. 4.º-1) e os “recursos de deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações disciplinares ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem” (art. 5.º). Em qualquer destes casos, a arbitragem é imposta a ambas as partes e, como tal, necessária.

²⁷ Este raciocínio é desenvolvido no ac. do TC n.º 230/2013, cit., por referência ao conceito de “reserva relativa de jurisdição”. O voto de vencida da conselheira Maria João Antunes diverge deste entendimento, assinalando que, em decisões anteriores, o TC considerara que o direito de acesso à Justiça também se efetivava através do recurso a tribunais arbitrais.

nais estaduais²⁸. O TC foi ainda mais longe no acórdão n.º 781/ 2013 a propósito da versão primitiva da Lei n.º 74/2013, ao considerar que não era suficiente prever, em certos casos, o recurso para os tribunais estaduais, sendo ainda necessário que a modalidade de recurso não fosse excessivamente limitada²⁹.

Importa agora perceber de que forma é que estas conclusões podem ser transpostas para o domínio da arbitragem potestativa em geral.

Desde logo, parece-nos que é de afastar a conceção restrita do direito de acesso à Justiça patenteada nas decisões analisadas e assente na identificação entre este e o acesso a um tribunal estadual. De facto, tal orientação surge em contraciclo com jurisprudência anterior do TC e com o próprio reconhecimento constitucional dos tribunais arbitrais (art. 209.º-2 da CRP)³⁰.

Não podemos, assim, deixar de subscrever as palavras do TC em acórdão anterior: “o tribunal arbitral, como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais”³¹. Esta conclusão não é afetada pelo caráter necessário da arbitragem, já que a consagração constitucional dos tribunais arbitrais também tem em vista os casos de arbitragem necessária^{32/33}. O mesmo raciocínio vale, por maioria de razão, para os casos de arbitragem potestativa.

²⁸ Para uma análise mais detalhada desta decisão, v. ARTUR MICAEL FLAMÍNIO DA SILVA, “A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade sem Futuro?”, in *Desporto & Direito*, n.º 28, 2012, pp. 65-85.

²⁹ O ac. do TC n.º 781/2013, cit., declarou inconstitucional o art. 8.º-2 da Lei 74/2013, na medida em que a modalidade de recurso prevista – recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo – é excecional no contencioso administrativo. A Lei 74/2013 foi, entretanto, alterada no sentido de admitir o recurso das decisões proferidas pelo colégio arbitral para o Tribunal Central Administrativo (art. 8.º-1).

³⁰ Neste sentido, RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1318 e 1319.

³¹ Ac. do TC n.º 250/96, de 29 de fevereiro de 1996.

³² No ac. do TC n.º 86/87, de 25 de fevereiro de 1987, o Tribunal concluiu que o art. 209.º-2 da CRP não distingue entre tribunais arbitrais voluntários e necessários e – mais importante – que a previsão constitucional dos tribunais arbitrais parecia ter em vista ultrapassar a querela sobre a admissibilidade da arbitragem necessária, já que a arbitragem voluntária sempre poderia ser encarada como “uma modalidade inteiramente «pri-

No entanto, a circunstância de se estar perante um mecanismo em que a arbitragem é imposta a uma das partes pode implicar algumas especialidades de regime, designadamente no que respeita aos meios de controlo de mérito da decisão arbitral. De facto, no âmbito da arbitragem potestativa, a introdução de limites à recorribilidade da decisão pode implicar uma limitação excessiva do direito de acesso à Justiça, na medida em que limita o controlo da decisão arbitral a um mero juízo cassatório (excluindo, assim, o seu controlo de mérito) num caso em que uma das partes está sujeita à arbitragem.

4.2. Arbitragem potestativa de litígios de consumo de reduzido valor económico

Como resulta da exposição anterior, a circunstância de o art. 14.º-2 da LDC impor a arbitragem ao profissional por opção expressa do consumidor não afeta, por si só, o direito de acesso à Justiça. No entanto, também vimos que a conjugação entre a arbitragem potestativa e a irrecorribilidade das decisões arbitrais proferidas nesse contexto pode, em determinados casos, colocar em causa o direito de acesso à Justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

A LDC nada diz quanto à recorribilidade das decisões arbitrais proferidas no âmbito da arbitragem potestativa de litígios de consumo de reduzido valor económico. Importa, assim, ter em conta os regulamentos dos centros de arbitragem de consumo.

Os centros de arbitragem de consumo de competência genérica (com exceção do CACCRAM) adotaram o regulamento harmonizado, pelo que as suas decisões são recorríveis quando “o valor do processo for superior ao da alçada do tribunal judicial de primeira instância e [a causa] tiver

vada» e «consensual» de composição de interesses e resolução de litígios (no domínio da zona de disponibilidade dos direitos)”.

³³ Na doutrina, esta posição é sufragada por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 361 e 362. Diversamente, para J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 551, os tribunais arbitrais necessários podem “pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º-2), mas também o princípio da igualdade (art. 13.º)”.

sido decidida segundo o direito” (art. 15.º-4 do regulamento harmonizado). Os regulamentos do CACCRAM, do CASA e do CIMPAS remetem para as regras aplicáveis ao recurso ordinário de decisões judiciais³⁴: desta forma, apenas se admite o recurso “quando a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada desse tribunal” (art. 629.º-1 do CPC³⁵).

Uma vez que a alçada dos tribunais de 1.ª instância é de € 5000 (art. 44.º-1 da LOSJ), as decisões destes centros de arbitragem de consumo só são recorríveis quando a causa tenha um valor superior a € 5000³⁶. Esta regra parece ter subjacente a circunstância de a admissibilidade do recurso, especialmente em litígios de valor reduzido, limitar substancialmente o efeito útil da arbitragem potestativa. De facto, ao contrário daquilo que sucede na arbitragem, o recurso tem custos que podem exceder as “taxas de valor reduzido” previstas no art. 10.º-3 da Lei 144/2015, o que traduz um obstáculo particularmente significativo na perspetiva dos consumidores.

Ora, tendo em conta a definição de litígios de reduzido valor económico constante do art. 14.º-3 da LDC (“aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância”), constata-se que as decisões arbitrais proferidas neste âmbito não admitem recurso. Apesar da conjugação entre a arbitragem potestativa e a irrecorribilidade das decisões que nela venham a ser proferidas, parece-nos que o direito de acesso à Justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva não estão em causa.

Desde logo, os regulamentos analisados não adotam um critério que limite excessivamente a recorribilidade das decisões arbitrais face ao regime de recurso ordinário das decisões judiciais. Aliás, o regulamento harmonizado estabelece um critério que é, em parte, mais amplo, já que

³⁴ Arts. 16.º-1 do regulamento interno do CACCRAM, 54.º-2 do regulamento do CASA e 29.º-2 do regulamento do CIMPAS.

³⁵ Código de Processo Civil – Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro.

³⁶ O único centro de arbitragem de consumo que adota um regime mais restritivo em matéria de recorribilidade é o CAUAL, cujo regulamento prevê, no seu art. 37.º, que “a sentença arbitral não é passível de recurso, salvo se na convenção de arbitragem se haja previsto o contrário”.

admite o recurso das decisões arbitrais quando o valor da causa exceda os € 5 000, independentemente do valor da sucumbência.

Além disso, a relação que se estabelece entre o profissional e o consumidor reveste natureza privada. Quer isto dizer que estes litígios não envolvem o exercício de poderes de autoridade, argumento a que o Tribunal Constitucional atribuiu especial relevância no seu juízo de inconstitucionalidade dos diplomas relativos ao TAD³⁷.

5. Constituição de advogado ou solicitador

Nos casos previstos no art. 14.º-2 da LDC, estabelece-se no n.º 4 do mesmo preceito que “deve o consumidor ser notificado, no início do processo, de que pode fazer-se representar por advogado ou solicitador, sendo que, caso não tenha meios económicos para tal, pode solicitar apoio judiciário, nos termos da lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais”.

Esta norma deve ser lida no sentido de impor um dever, não ao consumidor, como parece resultar da sua letra (“deve o consumidor”), mas ao centro de arbitragem. É a este que cabe informar o consumidor de que se pode fazer representar por advogado ou solicitador. Este dever de informação é inovador na ordem jurídica portuguesa.

Note-se que, independentemente do valor da causa, o patrocínio judiciário tem carácter facultativo no âmbito dos procedimentos de RALC (art. 10.º-2 da Lei 144/2015). Visa-se salvaguardar a acessibilidade económica destes procedimentos, já que desonera as partes da necessidade de constituir advogado ou solicitador. Além deste aspeto, parece-nos que a dispensa do patrocínio judiciário obrigatório está ainda relacionada

³⁷ No ac. do TC n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, o Tribunal afirma mesmo que o direito de recurso para os tribunais estaduais “torna-se mais evidente, no plano jurídico constitucional, quando não estão em causa *meras relações de direito privado* (...), mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade” (sublinhado nosso).

com a lógica de proximidade e com o estímulo à participação direta das partes nos procedimentos de RALC³⁸.

Antes da aprovação da Lei 144/2015, alguns centros de arbitragem de consumo previam o patrocínio judiciário obrigatório na arbitragem sempre que a reclamação tivesse valor superior à alçada do tribunal de 1.ª instância (era o caso do CNIACC e do TRIAVE, nos art. 20.º-3 e 18.º-1, respetivamente, dos seus antigos regulamentos). Ainda assim, tendo em conta o valor médio reduzido dos litígios de consumo, o patrocínio judiciário obrigatório sempre revestiu carácter residual, estando limitado às ações com um valor superior a € 5 000.

A principal alteração introduzida pela Lei 144/2015 neste âmbito consiste, pois, na eliminação do patrocínio judiciário obrigatório mesmo nestes casos. Esta solução decorreu da transposição da Diretiva RALC [art. 8.º-b)].

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já teve oportunidade de se pronunciar sobre este regime no *Ac. Menini e Rampanelli* (Acórdão de 14 de junho de 2017, Processo C-75/16). Além de estar em causa um mecanismo de mediação obrigatória, a legislação nacional impunha que a parte estivesse assistida por advogado. De acordo com o TJUE, tendo em conta o art. 8.º-b) da Diretiva RALC, “uma legislação nacional não pode exigir que o consumidor que participe num procedimento de RALC seja obrigatoriamente assistido por um advogado”.

Importa, no entanto, ter em conta que as partes têm o direito “de se fazerem representar ou acompanhar por advogado ou outro representante com poderes especiais” [art. 12.º-1-b) da Lei 144/2015]. Desta forma, apesar de ser facultativo, o patrocínio judiciário é um direito das partes e as entidades de RALC não podem recusar a intervenção de advogados ou solicitadores em sede de mediação, conciliação e arbitragem. Pelo contrário, nos termos do art. 14.º-4, como vimos, os centros têm mesmo

³⁸ PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “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, pp. 195-196. Apesar de a autora ter em vista sobretudo a mediação, parece-nos que a sua conclusão é extensível à arbitragem de consumo.

o dever de informar os consumidores sobre esse direito no âmbito dos conflitos de valor económico reduzido.

De acordo com o mesmo preceito, as partes têm também o direito “de serem assistidas por terceiros em qualquer fase do procedimento”. O regulamento harmonizado dos centros de arbitragem de consumo concretiza esta possibilidade, admitindo que as partes sejam representadas ou assistidas, entre outros, por associações de consumidores ou de profissionais (art. 14.º-4). Esta prática já era, aliás, comum em alguns centros, como o CACCL (art. 18.º-2 do antigo regulamento) e o TRIAVE (art. 18.º-2 do antigo regulamento).

O art. 14.º-4 da LDC também aborda outra questão, relacionada com a condição económica dos consumidores. É certo que esta preocupação é mitigada pela circunstância de os procedimentos de RALC estarem disponíveis a título gratuito ou mediante o pagamento de custos reduzidos. Ainda assim, o apoio judiciário pode revelar-se importante na arbitragem, por exemplo quando a reclamação tenha um valor mais elevado (considerando o carácter progressivo das taxas aplicadas por alguns centros de arbitragem de consumo) ou envolva questões técnicas de alguma complexidade e o consumidor sinta necessidade de estar representado por um advogado ou solicitador.

Neste contexto, há que ter em conta a Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, que estabelece o regime jurídico do acesso ao direito e aos tribunais. De acordo com o art. 17.º-1, o apoio judiciário é extensível às “estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria” (art. 17.º-1). Ora, a Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, inclui os centros de arbitragem de consumo nessa lista (anexo I). Desta forma, os consumidores que se encontrem numa situação de insuficiência económica, nos termos dos arts. 8.º e 8.º-A da Lei 34/2004, têm direito a apoio judiciário, designadamente à dispensa de qualquer taxa (quando esta seja cobrada) e à nomeação e compensação do patrono (art. 16.º-1 da Lei 34/2004).

6. Dispensa do pagamento prévio de taxa de justiça

O art. 14.º-5 confere ao consumidor um direito com grande relevância prática no que respeita ao direito potestativo à arbitragem previsto no n.º 2 do mesmo preceito: a dispensa do pagamento prévio de taxa de justiça.

Apesar da formulação remeter para conceitos ligados ao processo judicial, a referência à dispensa do pagamento prévio de taxa de justiça não pode ter outro significado que não seja o de isentar o consumidor de qualquer pagamento, a qualquer título, antes do termo do processo de mediação ou de arbitragem.

Os centros de arbitragem de consumo estão, assim, proibidos de cobrar qualquer valor ao consumidor para a apresentação de uma reclamação ou para o início do processo de mediação ou de arbitragem.

Poderá ser cobrado um valor no termo do processo, com as limitações previstas no art. 10.º-4, que prevê que “os procedimentos de RAL são gratuitos ou estão disponíveis para os consumidores contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido”. Pode, portanto, ser cobrada uma taxa de valor reduzido, só que esta taxa não pode ser cobrada, nos casos em que o consumidor tem um direito potestativo à arbitragem nos termos do art. 14.º da LDC, no início do procedimento ou como requisito de acesso ao centro.

7. Mediação potestativa

O art. 14.º-2 da LDC prevê ainda que os “conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a (...) mediação” mediante iniciativa expressa do consumidor. Quer isto dizer que, tal como sucede a propósito da arbitragem, o consumidor tem um direito potestativo à mediação.

Esta solução legal suscita duas questões que iremos analisar em seguida³⁹.

7.1. Razão de ser da mediação potestativa

A atribuição de um direito potestativo à mediação ao consumidor assenta, em nosso entender, em três aspetos principais.

³⁹ Os requisitos da mediação potestativa não apresentam qualquer especificidade face ao exposto no ponto 2, pelo que não iremos retomar a sua análise.

Desde logo, importa ter em conta que a mediação é caracterizada por uma intensa participação das partes no processo e na solução do litígio. Por um lado, a informalidade que a caracteriza visa, precisamente, estimular uma intervenção ativa das partes⁴⁰; por outro lado, o poder decisório mantém-se nas partes (*empowerment*), com base na ideia de que estas conhecem o litígio melhor do que ninguém⁴¹. Estas duas características marcam uma importante diferença face à arbitragem, dado que o processo arbitral obedece a um conjunto de regras processuais e o poder decisório pertence a um terceiro (o árbitro). Desta forma, a mediação potestativa visa incentivar uma maior participação do consumidor e do profissional no processo e na resolução do litígio.

Além disso, com muita frequência, os litígios de consumo envolvem bens ou serviços usados no quotidiano, pelo que a celeridade na sua resolução é especialmente valorizada. É certo que o princípio da celeridade é comum à mediação e à arbitragem de consumo: de acordo com o art. 10.º-5 e 6 da Lei 144/2015, estes procedimentos devem ser concluídos num prazo de 90 dias, prorrogável por duas vezes e por iguais períodos⁴².

No entanto, na prática, os processos arbitrais tendem a ser mais demorados. De facto, a sua tramitação típica envolve a troca de articulados, a produção de prova e a realização de audiência(s), pelo que em muitos casos o prazo de 90 dias acaba por ser insuficiente. Pelo contrário, a informalidade da mediação permite que, por regra, esta não exceda aquele prazo. A mediação potestativa parece, assim, assentar também numa tutela acrescida da celeridade processual.

A solução legal deve ainda ser entendida numa lógica de divulgação da mediação junto dos operadores económicos. De facto, muitos operadores económicos (sobretudo de pequena dimensão) não conhecem a

⁴⁰ Sobre a informalidade no contexto da mediação e a sua importância para os consumidores, PATRÍCIA DA GUÍA PEREIRA, “A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo”, cit., pp. 187-190.

⁴¹ Tal como refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 48, “a mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a solução do problema, que é através delas – as donas do litígio – que se encontra a solução adequada e justa”.

⁴² Para uma análise mais detalhada deste princípio, JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA & JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, cit., pp. 129-132.

mediação e, por essa razão, não aceitam participar na mesma. Ora, a mediação potestativa permite que esses operadores percebam o que é a mediação e como é que esta funciona na prática, pelo que desempenha também uma função informativa.

7.2. Questões suscitadas pela mediação potestativa

Desde logo, há que perceber em que é que se traduz a sujeição do profissional à mediação nos termos do art. 14.º-2 da LDC.

Nos casos de mediação presencial, parece-nos que a lei deve ser interpretada no sentido de apenas impor a participação do profissional na primeira sessão de mediação. Desta forma, o profissional poderá desistir da mediação no final dessa sessão. Esta solução permite assegurar a função informativa que subjaz à mediação potestativa e, ao mesmo tempo, não limita excessivamente um dos princípios essenciais da mediação: a voluntariedade (art. 4.º da LM⁴³). De facto, a voluntariedade só é afetada no seu momento inicial e quanto a uma das partes (o profissional); este mantém, assim, a possibilidade de desistir unilateralmente da mediação a partir do final da primeira sessão (art. 4.º-2 da LM), bem como os plenos poderes quanto à solução (art. 4.º-1 da LM).

Quando a mediação seja realizada à distância, torna-se mais difícil concretizar o exato alcance da mediação potestativa. A possibilidade de os centros de arbitragem de consumo conduzirem mediações à distância está prevista no art. 9.º-3 do modelo de regulamento harmonizado, nos seguintes termos: “a mediação pode decorrer sem a presença conjunta das partes ou mesmo através de mecanismos de comunicação à distância, por meio de sucessivos contactos bilaterais intermediados, até se concluir por um acordo ou pela impossibilidade de o mesmo se conseguir”. Este preceito consta do regulamento dos vários centros de arbitragem de consumo de competência genérica, com exceção do CACRAM.

Ora, alguns centros privilegiam a realização da mediação através de meios de comunicação à distância (designadamente, o telefone e o correio eletrónico) e sem contacto direto entre as partes. Neste modelo, o

⁴³ Lei da Mediação – Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

consumidor e o profissional comunicam diretamente com o mediador que, posteriormente, transmite as informações à outra parte. No fundo, a mediação compreende uma série de *caucus* (reuniões privadas entre o mediador e cada uma das partes), cabendo depois ao mediador partilhar com a outra parte aquilo que lhe tenha sido transmitido⁴⁴. Este modelo assenta em três razões essenciais: por um lado, a distância entre o centro de arbitragem e as partes; por outro lado, o reduzido valor médio do litígio não justifica a deslocação das partes; por fim, como não está em causa a relação pessoal entre as partes, a paz social que resulta de um acordo obtido com a presença física e simultânea dos intervenientes não é tão relevante.

Caso a mediação seja realizada à distância, o mediador transmite ao profissional a reclamação e o pedido do consumidor (oralmente ou por escrito) e solicita uma resposta (art. 9.º-2 do modelo de regulamento harmonizado). Desta forma, parece-nos que a mediação potestativa impõe uma resposta substantiva do profissional a esta primeira comunicação, ou seja, uma exposição (oral ou escrita) da perspectiva do profissional sobre os factos descritos pelo consumidor⁴⁵. Essa resposta deve ser apresentada num prazo razoável, sendo que, a partir desse momento, o profissional poderá livremente desistir da mediação. Mais uma vez, esta solução permite assegurar o conteúdo mínimo da mediação potestativa sem restringir em demasia o princípio da voluntariedade.

Estamos, assim, em condições de densificar o conteúdo da mediação potestativa: participação do profissional na primeira sessão de mediação (mediação presencial) ou resposta substantiva e em prazo razoável à reclamação do consumidor (mediação à distância).

Importa ainda determinar quais são as consequências para o profissional que não intervenha na mediação.

⁴⁴ Neste sentido, embora alertando para a circunstância de se tratar de “uma forma diferente de *caucus*”, CATARINA NICOLAU CAMPOS, “Caucus na Mediação – Admissibilidade, Relevância e Técnicas: uma Abordagem Teórica”, in *Anuário do Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios*, Ano I, 2018, pp. 154-155.

⁴⁵ As especificidades da mediação de consumo (designadamente, a circunstância de esta ser conduzida à distância e o foco na análise dos factos apresentados pelas partes) explicam que muitas vezes não se consiga definir com exatidão os interesses, trabalhando-se a partir das posições ou pretensões, em especial dos consumidores.

Desde logo, como a mediação pressupõe a participação de ambas as partes e assenta no pleno domínio do processo por estas, o mediador deverá pôr termo ao processo se o profissional não comparecer na sessão de mediação ou não der uma resposta substantiva à reclamação [art. 19.º-c) da LM].

Acresce que o art. 14.º da LDC não associa quaisquer consequências específicas ao comportamento omissivo do profissional. Mantém-se, é certo, a via da responsabilidade civil delitual, mas o problema está na prova dos danos e do nexo de causalidade.

Não há dúvidas de que a recusa do profissional em participar na mediação tende a agravar o dano que motivou a reclamação, na medida em que difere a resolução do litígio para um momento posterior. A título ilustrativo, num caso que envolva a desconformidade de uma máquina de lavar roupa, os eventuais danos sofridos pelo consumidor (por exemplo, custos de lavandaria ou de aquisição de vestuário) desde a recusa da mediação até à decisão arbitral ou judicial são indemnizáveis, mas à luz da responsabilidade contratual que impende sobre o profissional no âmbito do contrato de compra e venda.

Pelo contrário, é discutível que a recusa do profissional em participar na mediação possa gerar um dano autónomo. Ora, na ausência desse dano, falta um dos pressupostos para responsabilizar o profissional.

Mesmo para quem admita a existência de danos autónomos, não se afigura fácil estabelecer um nexo de causalidade entre os mesmos e a recusa do profissional em participar na mediação. De facto, só será possível afirmar que esses danos foram causados pelo comportamento omissivo do profissional quando se demonstre que a mediação teria concluído com um acordo. Ora, a recusa de uma das partes em sequer iniciar a mediação aponta precisamente para a reduzida probabilidade de uma solução consensual⁴⁶.

Desta forma, tendo em conta que a LDC não prevê qualquer sanção para o profissional que não intervenha na mediação e a dificuldade no preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil delitual (dano e

⁴⁶ Neste sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Mediação e Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º especial 1, 2010, p. 37: “será difícil provar o nexo de causalidade dos eventuais danos – é praticamente impossível demonstrar que o conflito se teria resolvido na mediação”.

nexo de causalidade), a utilidade prática da mediação potestativa afigura-se muito reduzida quanto àquele grupo que, previsivelmente, tem em vista: os profissionais que, de forma sistemática, não aceitam recorrer à mediação.

É, pois, urgente completar o quadro legislativo, prevendo – por exemplo – que o profissional que não participe na mediação será responsável pelas custas de parte do consumidor (designadamente, pelas taxas de justiça ou de arbitragem e pelos honorários do advogado) no âmbito de qualquer ação arbitral ou judicial que tenha por objeto o litígio em causa, independentemente da posição processual do consumidor (autor/requerente ou réu/requerido) e do sentido da decisão.

8. Conclusão

As alterações introduzidas à LDC pela Lei 63/2019 têm um impacto muito significativo no Direito do Consumo em geral, uma vez que alargam de forma considerável o âmbito dos casos em que o consumidor pode ver resolvido um litígio que tem com um profissional de forma eficaz, em pouco tempo e com custos reduzidos.

Com efeito, o art. 14.º-2 da LDC atribui ao consumidor o direito a iniciar um processo de arbitragem contra um profissional. Trata-se de uma figura híbrida, que conjuga elementos da arbitragem voluntária (quanto ao consumidor) e da arbitragem necessária (quanto ao profissional) e que se caracteriza pela atribuição de um direito potestativo à arbitragem ao consumidor e a correspondente sujeição do profissional, razão pela qual qualificamos esta arbitragem como potestativa.

É possível recorrer a esta figura se se tratar de um litígio de consumo, esse litígio tiver um valor inferior ou igual a € 5000, existir uma declaração expressa por parte do consumidor e o litígio for submetido à apreciação de tribunal arbitral adstrito a um centro de arbitragem de consumo legalmente autorizado.

Este mecanismo não contraria a CRP, uma vez que não afeta o direito de acesso à Justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva. De facto, apesar de as decisões arbitrais proferidas neste âmbito serem irrecorribéis, importa ter em conta dois aspetos: por um lado, a relação que se estabelece entre o profissional e o consumidor reveste natureza privada;

por outro lado, estamos perante situações em que mesmo numa ação judicial o recurso não seria, em princípio, admissível.

A Lei 63/2019 veio ainda prever que, nestes casos, o centro de arbitragem, por um lado, tem o dever de informar o consumidor de que este pode fazer-se representar por advogado ou solicitador, embora o patrocínio judiciário não seja obrigatório, e, por outro lado, não pode cobrar qualquer valor ao consumidor antes do termo do procedimento.

Estabelece-se ainda no art. 14.º-2 da LDC uma mediação potestativa, que deve ser entendida fundamentalmente numa lógica de divulgação da mediação junto dos profissionais. Não estando previstas consequências específicas para o comportamento omissivo do profissional, resta a via da responsabilidade civil delitual, com os problemas de prova relativos aos pressupostos do dano e do nexo de causalidade.