

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
**DIREITO DO
CONSUMO**



Vol. VI | n. 22 | Junho 2016

#22

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume VI, número 22, junho 2016

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Editor-chefe: Luiz Fernando de Queiroz

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Noeli do Carmo Faria – Olga Maria Krieger

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

55 (41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

Envio de artigos para revista: contato@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Curitiba – PR

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.– v. 1- , n. 1- ,
(mar. 2011)- .– Curitiba : Bonijuris, 2011- .

Trimestral

Diretor: Mário Frota

Editor responsável: Luiz Fernando de Queiroz

ISSN 2237-1168

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia)

1. Direito - Periódicos. 2. Direito do consumidor. 3 Defesa
do consumidor. 4. Relação de consumo. 5. Direito comparado. 6.
Pareceres jurídicos. 7. Jurisprudência.

CDD (20. ed.) 343.071

CDU (2. ed.) 346.548

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de
Matos, Fátima Nancy Andrigli, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Juliana Brasileiro Barbalho, Larissa Maria Leal
Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato
Morais, François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri
Temple (França), João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Centro Universitário UniBrasil
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.
Garante – Serviços de Apoio Ltda.

Apoio Institucional

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

SUMÁRIO

EDITORIAL

- 09 **O acesso à justiça: os meios alternativos de resolução de litígios de consumo**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 15 **A resolução alternativa de litígios no direito da União Europeia**
J. PEGADO LIZ
- 49 **A resolução alternativa de litígios em Portugal: retrospectiva histórico-política**
HELENA ALVES
- 65 **ADR 3.0 @ resolução *online* de conflitos de consumo em Portugal**
CÁTIA MARQUES CEBOLA
- 93 **Repensando a resolução adequada de litígios de consumo: mediação nas relações de consumo**
DULCE NASCIMENTO
- 117 **Resolução alternativa de litígios de consumo: papel do juiz árbitro**
JOÃO CARLOS PIRES TRINDADE
- 139 **A resolução alternativa de litígios na saúde: o sistema de mediação de conflitos da entidade reguladora da saúde**
EMÍLIA FERREIRA
LILIANA MATOS VIANA
SOFIA MELO
- 161 **Mediação e conciliação de conflitos de consumo: uma análise luso-brasileira**
RENATA MARQUES DA FROTA

- 187 **Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en España**
M^a DOLORES FERNÁNDEZ FUSTES
- 215 **Le reglement extra judiciaire des litiges de consommation en France**
HENRI TEMPLE
- 227 **El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada: España, Portugal y Argentina**
MARÍA CONSTANZA GARCIA FAURE
- 259 **Possibilidade de aplicação da mediação ou arbitragem como meios consensuais extrajudiciais de resolução de conflitos no direito do consumidor**
JEAN CARLOS LIMA

LEGISLAÇÃO

- 285 **Regulamento de Execução (UE) 2015/1051 da Comissão de 1º de julho de 2015**

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 295 **Sentença do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo do Porto**
Juiz-árbitro: Paulo Duarte
- 310 **Sentença do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo do Porto**
Juiz-árbitro: Paulo Duarte

EDITORIAL

O acesso à justiça: Os meios alternativos de resolução de litígios de consumo

Há quem decerto por menor conhecimento da realidade considere que a arbitragem, como meio de resolução de conflitos, não é quadrável à massa de litígios de consumo, em que imperam a hipervulnerabilidade e a hipossuficiência de uma imensa mole de consumidores.

Se perscrutarmos o que em Portugal ocorre e se nos depara, eis como se configura o quadro legal:

A Lei-Quadro de Defesa do Consumidor publicada em 1996, em Portugal, estabelece no n. 1 do seu artigo 14, sob a epígrafe “direito à proteção jurídica e direito a uma justiça acessível e pronta”, que:

“1 – Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo.”

Por seu turno, a Lei da Transferência de Atribuições e Competências para os Municípios, de 1999, ora revogada, prescrevia no seu artigo 27, sob a consigna “defesa do consumidor”, o que segue:

“São competências dos órgãos municipais no domínio da defesa do consumidor:

- a) Promover acções de informação e defesa dos direitos dos consumidores;*
- b) Instituir mecanismos de mediação de litígios de consumo;*
- c) Criar e participar em sistemas de arbitragem de conflitos de consumo de âmbito local;*
- d) Apoiar as associações de consumidores.”*

A lei-quadro prevê ainda, em resultado de modificações introduzidas pela Lei 47/2014, de 28 de julho, e de modo consonante, no particular do direito à informação de que desfruta o consumidor, que:

“1 – O fornecedor de bens (...) deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre:

(...)

g) Sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária...”

A Lei 144/2015, de 8 de setembro, que transpôs para o ordenamento jurídico luso a Diretiva do Parlamento Europeu de 21 de maio de 2013, sob o tema dos “procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios de consumo”, define o modo de constituição e os princípios a que obedecem as entidades a que se reserve o papel de dirimir os conflitos, num quadro de independência, eficácia, segurança e celeridade. O que quer significar que os procedimentos alternativos têm, neste domínio, lugar preferencial ante a ineficácia e as delongas dos procedimentos nos convencionais órgãos jurisdicionais.

Portugal dispõe, de resto, de um sem-número de estruturas orgânicas em que a arbitragem institucional repousa, após uma experiência-piloto, no seio da, ao tempo, Comunidade Europeia, que remonta a 1987 e teve como cenário Lisboa. Tal experiência foi subvencionada pela Comissão Europeia, em cooperação institucional entre Administração Central, Administração Local e Conselho Superior da Magistratura.

Em 1989 constituiu-se, na sequência, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, a que outros, em número diminuto, é certo, se seguiram.

O ‘sistema’ português é, como se assinalou, de arbitragem institucional, de natureza não pública, mas privada, ou antes, híbrida, na confluência de uma associação de direito privado, constituída, em princípio, pelos municípios, associações de consumidores e de comerciantes, conquanto financiado pelos municípios e, subsidiariamente, pelo Ministério da Justiça e outrora pelo Ministério da Política de Consumidores (que ora é o da Economia).

O sistema português padece, porém, de escassa divulgação, sendo insuficientemente conhecido pela população, virtualmente beneficiária dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

A dúplice via – arbitragem voluntária/arbitragem necessária, pós-2011 – representa significativo avanço com reflexos notórios no volume processual, conquanto ainda insuficiente ante as ocorrentes hipóteses de fato no quotidiano. E é exemplo marcante para os demais estados-membros da União, como recentemente se salientou em jornadas internacionais

em Granada (Prof. Miguel Ángel Moreno, presidente da Junta Arbitral Provincial de Granada, que se manifestou favoravelmente à arbitragem necessária que, ao que parece, se confronta em Espanha face a obstáculos de natureza constitucional).

Valha a verdade que o sistema português não oferece soluções reais, suficientes e coerentes... Nem suficiente cobertura territorial, pese embora a competência supletiva do Centro Nacional, criado em 2009 e sediado em Lisboa.

Nos 18 distritos do Portugal continental, só cinco dispõem de centros de arbitragem (Braga – Guimarães, Porto, Coimbra, Lisboa e Faro). Distritos com uma densidade populacional ainda assim expressiva para os padrões europeus, como Aveiro, Beja, Bragança, Castelo Branco, Évora, Guarda, Leiria, Portalegre, Santarém, Setúbal, Vila Real e Viseu, não são servidos por centros de arbitragem, com exceção do Nacional, cujo tribunal arbitral, sediado em Lisboa, dispõe de competência territorial supletiva, como dito.

Nem sempre se dotou os centros de quadros com adequada formação: dos juízes-árbitros ao pessoal adjuvante. O regime de provimento dos juízes-árbitros é distinto de centro para centro, depois de inicial uniformidade com base em indigitações pelo Conselho Superior da Magistratura (de magistrados judiciais em efetividade de funções ou jubilados).

Os regulamentos privativos são distintos de centro para centro, aspecto que parece em vias de superação. Os procedimentos em vista da preparação dos pleitos divergem de análogo modo de centro para centro.

Os regimes de encargos (taxas, custos, custas..., como divergentemente se denominam) a expensas dos consumidores, recentemente introduzidos em razão da crise económica que se abateu sobre as instituições, divergem também de centro para centro sem que tal represente a expressão de especificidades locais de subscrever e louvar.

A ausência genérica de conhecimento do conteúdo das decisões arbitrais proferidas em cada um dos centros, nas vertentes em que a publicidade se reclame, constitui um obstáculo a uma massa crítica que permita aperfeiçoar soluções e à divulgação dos próprios centros até no seio da comunidade científica.

Eis o feixe de críticas que se pode dirigir ao(s) modelo(s) vigente(s), sem que a prestabilidade do *modelo* se possa pôr em causa.

As **tendências** que ora se desenham, entre nós, são, a todos os títulos, de aplaudir:

- constituição de uma rede efetiva (?) de Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo até então inexistente;

- constituição de uma entidade de integração e coordenação;

- harmonização de procedimentos em contraponto com as discrepâncias ora existentes e decorrentes de regulamentos privativos absolutamente desconexos;

- harmonização de regras de competência em razão do valor, dada a pluralidade de regimes em vigor, a saber:

- até 5 000€ [Lisboa e Coimbra (?)]

- até 30 000€ – Funchal

- sem limite – Vale do Ave, Braga, Porto, Faro...

O modelo que tenderá a uniformizar-se tem virtualidades que importa potenciar. Donde as propostas que é intenção nossa formular, neste ensejo:

- elaboração de uma proposta de lei restrita à arbitragem de conflitos de consumo que uniformize processos e procedimentos, na sua essencial informalidade, susceptível de pôr termo às incongruências detectadas,

- com especialidades tanto em conciliação como em mediação de conflitos de consumo ante a natureza distinta que se lhes reconhece em confronto com os institutos em geral (e de molde a esbater os equívocos subsistentes entre mediação e conciliação);

- constituição de uma rede efetiva (que o seja deveras), na integração das partes que a constituem,

- com a intervenção e coordenação de uma entidade responsável, repete-se, *responsável*

- e suficiente cobertura territorial ante as necessidades postuladas em cumprimento do ditame de uma justiça de proximidade;

- reforço de iniciativas tendentes à submissão dos pleitos coletivos (ações de massa) à arbitragem institucional, ante a instantaneidade de prover tal segmento;

- em vista do seu funcionamento eficaz, as entidades de resolução alternativa devem ser dotadas de suficientes recursos humanos, materiais e financeiros;

- não se deverá restringir o financiamento, como, aliás, o proclama a diretiva, aos que já estejam em funcionamento;

- um estreito e efetivo acompanhamento das entidades de resolução alternativa (que não meramente teórico ou hipotético) por entidades empenhadas em uma tal missão;

- formação especializada como pressuposto para o exercício de funções de juiz-árbitro, quer se trate de magistrado, de docente de cursos jurídicos (direito e solicitação) ou de juristas de reconhecido mérito;

- formação especializada, no quadro das respectivas competências, dos demais elementos afetos aos centros de arbitragem, em particular em direito do consumo, que não meramente no direito em geral, para que aponte a diretiva (juristas, assessores, mediadores, conciliadores...);

- extensão da arbitragem necessária a outras categorias de pleitos para tornar efetiva a sujeição aos procedimentos de resolução alternativa de determinados litígios de maior ocorrência, *v.g.*, seguros obrigatórios, serviços mínimos bancários, crédito ao consumidor, crédito à habitação...;

- recurso aos procedimentos de resolução alternativa só após se frustrar a tentativa de resolução *inter partes*, cumprindo incrementar-se o recurso às folhas ou livros de reclamações;

- a partir de um dado valor seja lícito ao consumidor requerer a intervenção de um órgão colegial (juiz-árbitro presidente, e árbitros em representação de comerciantes e consumidores), já que nos de competência genérica só o árbitro singular intervém (exceção feita, pois, aos de competência especializada: seguros e pleitos sobre automóveis);

- que, como o proclama a Diretiva de 2013 (2013/11/EU), os procedimentos de resolução alternativa devam, preferivelmente, ser gratuitos para o consumidor;

- só se tal se tornar de todo impraticável, lançar uma tabela de custas simbólicas, como o proclama a diretiva, em dadas condições, porém:

- harmonização de taxas, custos e custas, se a eles houver lugar, e das isenções respectivas;

- nestes termos, isenção absoluta nos pleitos cujo objeto é o dos serviços públicos essenciais (água, energia elétrica, gás, gás de petróleo liquefeito canalizado, comunicações eletrónicas – telefone fixo, telefone móvel, internet e Tv –, serviços postais, saneamento, recolha de resíduos sólidos urbanos), ao menos, até ao montante da alçada dos tribunais de primeira instância (de momento, 5 000€);

- constituição de listas de juizes-árbitros, recrutados dentre juristas de reconhecido mérito, qualificados docentes de direito e magistrados judiciais;

- constituição de listas de conciliadores e mediadores dotados de habilitações reconhecidas oficialmente;

- constituição de listas de assessores jurídicos para assistência aos consumidores, em particular nos pleitos em que empresas e empresários se façam acompanhar de advogados e por forma a repor as condições de igualdade de acesso aos procedimentos de resolução alternativa;
- divulgação adequada da existência dos centros de arbitragem e sua localização;
- que se promova na educação para o consumo a divulgação dos procedimentos de resolução alternativa como forma de vulgarização de tais meios;
- divulgação geral dos dados relativos aos procedimentos de resolução alternativa;
- e publicidade irrestrita, não condicionada, pois, das decisões arbitrais, como entorse às restrições em matéria de arbitragem voluntária, com as cautelas quanto à identificação dos pleiteantes e de outros dados reveladores.

A presente edição é consagrada à temática dos meios ou procedimentos alternativos de resolução de litígios de consumo, como se qualifica entre nós.

Distintos e valiosos contributos concorrem para que a edição se considere de superlativa relevância. Destacados nomes do firmamento jurídico europeu e sul-americano (Brasil, Argentina) e bem assim de jovens investigadores que com eles ombreiam subscrevem interessantes artigos que nesta edição figuram.

As experiências da União Europeia, de Portugal, de Espanha, de França vêm deste modo a terreiro.

Os mais recentes diplomas editados na União Europeia e em Portugal figuram também na edição. E duas decisões modelares de um dos juízes-árbitros do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo do Porto em pleitos cujo *thema decidendum* decorre do fornecimento de serviços públicos essenciais.

Praza a Deus que esta edição “encha as medidas” dos nossos prestantes leitores.

Coimbra, Villa Cortez, abril de 2016.

Mário Frota

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

J. PEGADO LIZ*

Conselheiro do CESE, Relator dos Pareceres do CESE sobre as
Propostas da Comissão sobre ADR e ODR

EXCERITOS

“Reconheceu-se a necessidade de garantir que quem se ocupe da gestão e do funcionamento das RAL, desde os funcionários aos mediadores ou árbitros, tenha os conhecimentos, as capacidades, a experiência e as competências pessoais e profissionais para o desempenho, de forma idónea e imparcial, das suas funções”

“Seria altamente desejável que a Comissão procedesse à avaliação das principais abordagens regulatórias dos estados-membros relativamente à aplicação da Diretiva 2008/52/CE sobre mediação civil e comercial (artigo 12º), conforme sugerido pelo PE, em face do aparente desnorte ao nível dos diversos sistemas nacionais na sua transposição”

“Foi com séria apreensão que se constatou que a Comissão não deixou claro nem expresso que as RAL não são nem substituto nem verdadeira ‘alternativa’ à função dos tribunais judiciais, mas antes mero meio complementar”

“A noção do ‘consumidor’ em certo tipo de contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, que se saudou, pecava, na proposta, por indefinição no articulado”

1. Introdução: origens remotas

De há muito que, em alguns países europeus, que não apenas os estados-membros da UE, o deficiente desempenho da Justiça em termos de celeridade – a sua inadequação social em termos de custos e a sua complexidade formal – tinha levado à defesa da adoção, casuística ou institucionalizada, de mecanismos, “alternativos” e mais “próximos” dos cidadãos, de resolução de conflitos em diversos domínios, dos quais cedo se destacou o dos conflitos de consumo¹.

A motivação social e económica subjacente depressa ganhou a classe política, que viu na criação de tais mecanismos de resolução de conflitos, designadamente de consumo, um instrumento político capaz, de um lado, sem grande despesa e sem grande dificuldade de implementação, de responder a legítimos anseios dos cidadãos, e, de outro lado, de poder protelar ou mesmo esquecer a reforma profunda dos sistemas de justiça, essa bem mais complexa e dispendiosa.

Daí que não só se tenham multiplicado os textos de eminentes académicos de todas as nacionalidades fazendo a apologia dos meios alternativos de justiça, como, em vários países, foram surgindo procedimentos diversos, mais ou menos institucionalizados, ligados às tradições jurídicas respectivas, de fórmulas de resolução de diferendos, nomeadamente no domínio das relações de consumo em sentido amplo².

Rapidamente, meras experiências ou projetos incipientes foram, no entanto, alcandroados ao estatuto de panaceia para a melhor aplicação da justiça e anunciados como substitutos, vantajosos, credíveis e desejáveis, do funcionamento dos tribunais.

A breve trecho foi-se criando e desenvolvendo a ideia de uma “justiça de proximidade”, mais rápida, mais eficiente, menos dispendiosa, mais próxima, menos burocrática, enfim, de uma justiça mais “justa”.

Ideal que, no entanto, os fatos não confirmaram e a poderosa realidade se encarregou de desmentir, com a reconhecida “falência” de grande parte dos sistemas nacionais instituídos e a manifesta incapacidade de lidarem com conflitos transfronteiras e com situações de interesses ou direitos coletivos lesados.

A nível europeu, foi o Conselho da Europa que, já em 1973, primeiro reconheceu o direito dos consumidores a um “acesso fácil,

pouco dispendioso a um sistema de jurisdição nacional ou a uma arbitragem oficial, no caso de pedidos de pequeno valor”³.

As instituições da União Europeia também não ficaram imunes ao desenvolvimento deste mito; antes, desde muito cedo, o apoiaram e incentivaram.

Com efeito, data de 1981 a primeira referência, num texto da Comissão, à necessidade de favorecer o “desenvolvimento de soluções não judiciais de resolução de conflitos e o lançamento de “projetos-piloto” a nível nacional para o tratamento dos chamados “pequenos litígios de consumo”⁴.

Os consumidores
podem confiar
em instâncias
diferentes do
juiz, desde e na
medida em que as
suas associações
se encontrem
representadas
nessas instâncias

É, no entanto, apenas em 1985 que a Comissão publica um célebre Memorandum sobre “O acesso dos consumidores à Justiça”⁵, complementado, logo em 1987, por uma “Comunicação Complementar da Comissão sobre o acesso dos consumidores à Justiça”⁶. Aí se chama a atenção para a “dimensão comunitária” da “inadaptação dos sistemas judiciais tradicionais no tratamento das pequenas queixas”, se analisam os sistemas nacionais de processos judiciais simplificados, de defesa dos interesses coletivos e de conciliação e arbitragem existentes à altura e se conclui pela necessidade do “fortalecimento dos meios extrajudiciais de reparação aos consumidores”.

Oito anos decorreram até que a Comissão relançasse o debate público sobre esta matéria, com o lançamento do “Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado único”⁷. Foi então que, pela primeira vez, se abordou, sem ambiguidades, a opção por mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo e, citando designadamente o “projeto-piloto de Lisboa”⁸, se afirmou que *“os consumidores podem confiar em instâncias diferentes do juiz, desde e na medida em que as suas associações se encontrem representadas nessas instâncias ou, pelo menos, tenham estado associadas à definição dos critérios que garantem a transparência do processo”*.

2. Breve súmula de antecedentes próximos

2.1 O Plano de Ação relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no mercado interno

A década de 1990 ir-se-ia revelar profícua no desenvolver de ações a nível comunitário no sentido de consolidar a intenção de alicerçar as bases para um sistema de justiça alternativo para resolução dos litígios de consumo.

O Plano de Ação de 1996⁹, fazendo eco de todo um ambiente favorável à ideia¹⁰, e já sob a orientação da Comissária Emma Bonino¹¹, demarcou, como uma das linhas prioritárias de atuação, *“a definição de uma lista de critérios mínimos para a instauração de processos extrajudiciais aplicáveis à resolução extrajudicial de conflitos intracomunitários de consumo e o estabelecimento de um formulário simplificado, a nível europeu, para a formulação de reclamações relacionadas com litígios de consumo de determinada natureza e montante”*.

2.2 A Comunicação da Comissão sobre a resolução extrajudiciária de conflitos de consumo, a recomendação relativa aos princípios aplicáveis aos órgãos responsáveis pela resolução extrajudiciária dos litígios de consumo de 1998 e a Comunicação da Comissão relativa ao Alargamento do acesso do consumidor aos sistemas alternativos de resolução de litígios de 2001

A concretização desta diretriz veio a ter lugar em dois momentos, separados por três anos.

Em março de 1998, a Comissão publicou uma primeira comunicação, acompanhada de uma recomendação em que se estabelece não só um formulário europeu para as reclamações dos consumidores, mas se avança com uma série de “princípios orientadores” relativos à organização e funcionamento dos órgãos nacionais encarregados da resolução extrajudiciária dos litígios de consumo¹². Estava dado um passo importante no sentido da definição de um sistema europeu de resolução extrajudicial de conflitos.

Aconteceu, porém, que o caráter não coercivo da iniciativa levou a que a generalidade dos estados-membros lhe não dessem seguimento ou não se concertassem na sua adequada implementação¹³.

Em 2001, a Comissão publicou nova comunicação relativa ao “alargamento do acesso do consumidor aos sistemas alternativos de resolução de litígios”¹⁴, com o objetivo de *“garantir que os consumidores possam dispor de uma maior escolha e flexibilidade, designadamente no âmbito do comércio electrónico e tendo em conta os progressos ocorridos a nível da tecnologia das comunicações”*, aperfeiçoando o regime da anterior recomendação e estendendo os seus princípios *“aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor que não sejam abrangidos pela Recomendação 98/257/CE”*.

Apesar deste esforço de desenvolvimento, o caráter não cogente das medidas e orientações definidas, denunciado e contestado em geral pelas associações de consumidores, não logrou que o sistema alcançasse uma adesão voluntária satisfatória por parte dos estados-membros e das organizações de profissionais e de consumidores interessadas.

Entretanto, em vários estados-membros, por iniciativa dos seus governos, por impulso de associações de consumidores em conjunto com organizações representativas de profissionais, ou exclusivamente por iniciativa de algumas empresas ou de alguns setores de atividade, foram aparecendo, como cogumelos, os mais díspares sistemas de mediação, de conciliação, de arbitragem ou outros, nacionais, locais, setoriais ou meramente empresariais ou de grupos de empresas, para resolução de litígios, com os mais diversos formatos e procedimentos, com ou sem intervenção de juízes, ad-hoc ou institucionalizados, e cujas decisões tinham efeitos também diferentes, desde meros acordos não vinculativos ou preparatórios para ações judiciais, a verdadeiras e próprias sentenças, com força executória e com ou sem recurso para o sistema judicial.

2.3 Outras iniciativas comunitárias paralelas ou sucessivas

Sempre com o objetivo de encontrar meios alternativos ao regular funcionamento dos tribunais, a Comissão prosseguiu com toda uma série de iniciativas para uma justiça paralela e substitutiva da justiça dos tribunais.

Em 2002 publica um novo “**Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial**” em que dá conta da proliferação dos sistemas nacionais de resolução extrajudicial de conflitos e alarga o âmbito das suas preocupações a outros domínios, que não apenas o dos conflitos de consumo¹⁵.

Em 2003 publica a **Diretiva 2002/8/CE, de 27 de janeiro**, “relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito destes litígios”¹⁶.

Posteriormente cria duas redes responsáveis por esta área: a rede de **Centros Europeus do Consumidor (CEC-Net)**, com a finalidade de ajudar os consumidores a aceder à entidade de resolução alternativa competente noutro estado-membro em caso de litígios transfronteiriços, e a **FIN-NET**, constituída por entidades de RAL (Resolução Alternativa de Litígios) que tratam da resolução de litígios transfronteiriços entre consumidores e prestadores de serviços financeiros.

Por outro lado, vários textos legislativos setoriais da UE incluem disposições sobre a resolução alternativa de litígios¹⁷ e a **Diretiva Mediação**¹⁸ visou promover a resolução amigável de litígios, designadamente os litígios de consumo.

Em várias ocasiões, quer em discursos de altos responsáveis quer em importantes documentos, a Comissão ia reafirmando o compromisso, sempre adiado, de propor medidas em matéria de RAL que garantissem que todas as queixas dos consumidores pudessem ser apresentadas a uma entidade de RAL e que os litígios decorrentes de transações transfronteiriças pudessem ser mais facilmente resolvidos¹⁹.

3. As propostas da comissão sobre ADR e ODR

Foi, por fim, em 29 de novembro de 2011 que a Comissão publicou duas novas propostas no sentido de concretizar estas promessas com mais de 30 anos: a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (COM(2011) 793 final), daqui em diante designada por **Diretiva RAL**, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho

relativo à resolução de litígios de consumo em linha (COM (2011) 794 final), daqui em diante designado por **Regulamento ODR**.

Como a própria Comissão reconhece, “doze anos após as recomendações sobre mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, a análise da situação atual revela que as medidas tomadas unicamente a nível nacional não resultaram numa cobertura suficiente da RAL. Várias lacunas dificultam ainda a eficácia dos mecanismos de RAL continuam a estar pouco desenvolvidos. Por conseguinte, os consumidores europeus não beneficiam do mesmo nível de acesso a mecanismos de RAL em toda a UE. Do mesmo modo, também não está garantida a prestação de informações aos consumidores sobre a RAL em todos os sectores do mercado retalhista”²⁰.

Mas a falta de eficácia dos mecanismos de RAL revelou-se ainda mais gritante no contexto das transações transfronteiriças por força de circunstâncias aparentemente descuidadas e mal avaliadas como, por exemplo, as barreiras linguísticas, os custos potencialmente mais elevados e as diferenças de legislação entre estados-membros.

Tais constatações levaram a Comissão a empreender uma série de estudos sobre a resolução alternativa de litígios de que se destacam, em 2009, um estudo sobre a utilização da resolução alternativa de litígios na União Europeia²¹, onde se procede a uma análise aprofundada das entidades de RAL existentes e do respectivo funcionamento em todos os estados-membros, e outro sobre as vias de recurso na União Europeia: experiências, percepções e escolhas dos consumidores²², em 2011, sobre a avaliação dos custos de conformidade, incluindo custos e encargos administrativos para as empresas, associados à utilização da resolução alternativa de litígios e o estudo sobre a Resolução Alternativa de Litígios Transfronteiriços na União Europeia²³.

Paralelamente em janeiro de 2011, foi lançada uma **consulta pública sobre a utilização da RAL**²⁴, na qual a grande maioria das respostas se mostrou favorável a uma ação a nível da UE e sublinhou a necessidade de procedimentos de qualidade em matéria de RAL, que devem ser disponibilizados em especial para a resolução de litígios resultantes de transações transfronteiriças e na internet.

Em março de 2011, os serviços da Comissão, em conjunto com o Parlamento Europeu, organizaram uma **Cimeira sobre “A resolução**

alternativa de litígios para o mercado interno e os consumidores”, que reuniu cerca de 200 partes interessadas²⁵.

Em abril de 2011, no âmbito da Cimeira dos Consumidores Europeus²⁶, foi realizado um seminário subordinado ao tema “**RAL: como melhorar o seu funcionamento?**” em que participaram 60 partes interessadas.

A Comissão terá ainda alegadamente recolhido informações complementares através de uma consulta de empresas efetuada pelos seus serviços entre dezembro de 2010 e janeiro de 2011, através do Painel das Empresas Europeias²⁷ e de uma consulta de empresas realizada entre março e maio de 2011 por meio da plataforma de inquérito às PME²⁸.

Foi neste quadro que a Comissão apresentou as suas propostas que estão na origem da Diretiva e do Regulamento que são o objeto do presente artigo.

3.1 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Resolução Alternativa de Litígios de consumo (Diretiva RAL) (COM (2011) 793 final)

3.1.1 Síntese da proposta

Com a proposta de diretiva, a Comissão entendia, em síntese:

a) garantir que todos os litígios entre um consumidor e um comerciante, decorrentes de venda de bens ou de prestação de serviços em qualquer setor económico, pudessem ser apresentados a uma entidade de Regulação Alternativa de Litígios (RAL), quer o queixoso seja o consumidor quer seja o comerciante;

b) assegurar que os consumidores pudessem obter assistência sempre que estivessem envolvidos num conflito transfronteiriço de consumo;

c) garantir que as autoridades de RAL respeitassem princípios de “qualidade, nomeadamente a imparcialidade, a transparência, a eficácia e a equidade”, para além da tendencial “gratuidade”;

d) encarregar uma única autoridade competente em cada estado-membro para fiscalizar o funcionamento de todas as entidades de RAL;

e) determinar que os estados-membros estabelecessem sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis em caso de violação

das obrigações de informação aos consumidores e de informação às autoridades competentes;

f) não impedir os estados-membros de manter ou aprovar procedimentos de RAL a litígios entre profissionais;

g) não impedir os estados-membros de manter ou introduzir mecanismos de RAL de tratamento conjunto de litígios semelhantes entre um comerciante e vários consumidores (interesses coletivos);

h) incentivar os estados-membros a desenvolver entidades de RAL que abranjam comerciantes de outros estados-membros.

Para tal efeito, a Comissão propunha-se transformar as recomendações citadas em diretiva, dando, assim, carácter vinculativo às suas disposições, mas utilizando, para o efeito, como base jurídica exclusivamente o artigo 114º do TFUE (realização do mercado interno).

No entanto, a proposta de diretiva não impunha a obrigação de os comerciantes se sujeitarem a procedimentos de RAL nem que os seus resultados fossem vinculativos para eles.

A diretiva proposta prevaleceria sobre qualquer legislação da União que contivesse disposições destinadas a incentivar a criação de entidades de RAL, desde que essa legislação não garantisse um nível pelo menos equivalente de proteção dos consumidores.

Finalmente, a diretiva proposta aplicar-se-ia a todas as entidades que facultassem, em base duradoura, a resolução de litígios através de um procedimento de RAL, incluindo os procedimentos de arbitragem institucionalizada, que não sejam criados “ad hoc”.

3.1.2 Principais dúvidas e objeções

Para além da óbvia satisfação dos muitos que, há cerca de 30 anos, esperavam que a Comissão tornasse público exatamente qual era a sua concepção de um sistema de RAL para o espaço judiciário europeu, nomeadamente no domínio dos conflitos de consumo, e, designadamente, que transformasse as Recomendações 98/257/CE e 2001/310/CE em direito cogente, muitas dúvidas, interrogações e recomendações foram feitas relativamente à proposta.

Sem qualquer pretensão de recensar tudo o que foi dito e escrito por uns e por outros e tomando fundamentalmente por base o parecer

produzido pelo CESE sobre a proposta²⁹, **pontuam-se as principais dúvidas e reparos formulados.**

Desde logo o **instrumento jurídico**, para maior certeza e segurança, poderia/deveria ter sido o regulamento, em vez da diretiva.

Também questionou-se a **base jurídica escolhida**, sendo certo que, para além da mera realização do mercado interno, o que está também em causa é um instrumento de proteção dos consumidores, julga-se que o mais adequado, a não ser adotado o artigo 81º, deveria ser o artigo 169º, n. 2, alínea b), e n. 4, do Tratado e não apenas o artigo 114º, para além dos artigos 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Para que não existissem dúvidas quanto à acertada exclusão do seu objeto de procedimentos que enganosamente são apresentados como de resolução amigável de litígios de consumo, quando não passam de uma manobra de marketing, na medida em que as entidades responsáveis são empregados do comerciante e a seu soldo e portanto sem garantias de isenção e de independência, aconselhou-se a criação de uma **“marca europeia de conformidade”**

O instrumento jurídico, para maior certeza e segurança, poderia/deveria ter sido o regulamento, em vez da diretiva

que não só qualificasse os mecanismos de RAL que obedecessem às características exigidas na proposta (à semelhança da “marca de confiança” existente em Espanha), mas também identificasse, de forma harmonizada e sem custos para os comerciantes, aqueles que aderem a estes mecanismos e assim ganhando a confiança dos consumidores para eles.

Saudou-se evidentemente o aparente alargamento da **noção de consumidor**, no seguimento da nova Diretiva Direitos dos Consumidores, aos contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, mas recomendou-se vivamente que esta noção aparecesse de forma explícita no articulado para não dar azo a dúvidas de interpretação.

Aplaudiu-se a justa preocupação de estender o funcionamento do sistema a instituir aos **conflitos transfronteiriços**, esperando-se que

fossem criadas as condições para que as RAL pudessem efetivamente tratar desses casos, designadamente através de ODR e reforçando a cooperação administrativa entre os estados-membros.

Aconselhou-se a Comissão a que, à semelhança do disposto no artigo 6º, n. 4, da proposta de Regulamento ODR, convocasse, pelo menos uma vez por ano, uma **reunião das autoridades nacionais competentes** previstas no artigo 15º da proposta de diretiva, a fim de permitir um intercâmbio de melhores práticas e a discussão de eventuais problemas decorrentes do funcionamento dos sistemas de RAL.

Apoiou-se a faculdade aberta, embora de forma implícita, de **os sistemas de RAL se aplicarem a conflitos coletivos**, como um primeiro passo no sentido da concretização de um mecanismo judicial de recurso coletivo na UE, mas recomendou-se insistentemente que aquela possibilidade fosse claramente explicitada no articulado e devidamente definido o seu regime, em vez de deixada ao arbítrio dos estados-membros³⁰.

Reconheceu-se a necessidade de garantir que quem se ocupe da gestão e do funcionamento das RAL, desde os funcionários aos mediadores ou árbitros, tenha os **conhecimentos, as capacidades, a experiência e as competências pessoais e profissionais** para o desempenho, de forma idónea e imparcial, das suas funções, bem como que lhes sejam garantidas as condições para o seu exercício com isenção e independência; nesse recomendou-se que tais condições fossem objeto de especificação detalhada no texto da proposta, de forma a garantir homogeneidade de critérios em toda a UE.

Não se pode deixar de estranhar que a questão do **financiamento destes sistemas** não tenha sido abordada de modo explícito e corajoso, na exposição de motivos da presente proposta, nem tampouco no Programa 2014-2020, quando é certo que as organizações representativas dos consumidores o consideraram essencial nas consultas realizadas, alguns estados-membros estão em situação de penúria para fazer face às despesas acrescidas com novas estruturas, formação de mediadores e outros funcionários de apoio, informação e assistência aos consumidores, realização de peritagens e novas funções burocráticas e este tema foi considerado uniformemente como decisivo para a garantia da imparcialidade e independência do sistema.

Por fim, seria altamente desejável que a Comissão procedesse à **avaliação das principais abordagens regulatórias dos estados-membros relativamente à aplicação da Diretiva 2008/52/CE** sobre mediação civil e comercial (artigo 12º), conforme sugerido pelo PE, em face do aparente desnorte ao nível dos diversos sistemas nacionais na sua transposição.

No que se refere a aspectos essenciais do regime proposto, suscitou séria preocupação o fato de terem agora sido **omitidos princípios fundamentais** que constavam das Recomendações 98/257/CE e 2001/310/CE, como o **princípio da legalidade e o princípio da liberdade**.

Identicamente, por razões óbvias de certeza e clareza, deveria manter-se a **definição autónoma dos princípios do contraditório e do princípio da representação**, articulando devidamente a possibilidade de as partes se fazerem representar por advogados ou por terceiros, designadamente por associações representativas dos interesses dos consumidores (em vez de aparecerem tratados dissimuladamente nos artigos 8º, al. a), e 9º, n. 1, al. a)).

Totalmente inaceitável é que o **princípio da independência** tenha sido substituído por um vago “princípio da imparcialidade”, com diverso e menos preciso conteúdo e diferente natureza.

Relutância justificada merece ainda que estes mecanismos possam abranger **queixas de comerciantes contra consumidores**, não só porque vai ao arrepio da tradição dos sistemas existentes na generalidade dos estados-membros e até de toda a orientação constante das diversas tomadas de posição da Comissão e do PE nesta matéria ao longo dos anos, mas principalmente porque isso seria transformar os mecanismos de RAL em locais de resolução de questões relacionadas com o não pagamento, preterindo o sistema instituído pela UE para os “small claims” e fazendo submergir os sistemas de RAL por uma avalanche de casos que iria paralisar os sistemas que não teriam adequada capacidade de resposta.

No entanto, tendo em conta as disposições do “Small Business Act”, ponderou-se que seria aceitável que as PME tivessem a possibilidade de, em condições a definir e a especificar, recorrer aos sistemas de RAL para resolver os seus litígios com consumidores, em casos bem

delimitados como se estes não levantarem artigos encomendados ou deixados em reparação, ou se não comparecerem em caso de reserva.

Por outro lado, esta proposta não poderia, em caso algum, pôr em causa os sistemas que os estados-membros possuam ou criem com carácter obrigatório, de acordo com as suas tradições jurídicas próprias.

No limite só seria aceitável que as **decisões das RAL pudessem não ser vinculativas para as partes** desde que fosse garantido expressamente o princípio fundamental do recurso por parte dos consumidores ou dos comerciantes, para a jurisdição dos tribunais comuns competentes.

Aliás, a não ser assim, além de se retirar todo o valor acrescido de credibilidade e de eficácia às RAL, não se compreenderia como se pretenderia que, no âmbito do regime instituído, coubessem também as decisões das arbitragens institucionalizadas ou de outros mecanismos similares, cujas decisões têm natureza de verdadeiras sentenças judiciais, como é, designadamente, o caso das arbitragens institucionalizadas do direito português.

Por último, foi com séria apreensão que se constatou que a Comissão não deixou claro nem expresse que as RAL **não são nem substituto nem verdadeira “alternativa” à função dos tribunais judiciais**, mas antes mero meio complementar, valioso é certo, mas sempre subsidiário, do papel da Justiça dos tribunais, para a resolução de litígios³¹, preferindo consolidar a ilusão de uma justiça “alternativa” e de “melhor qualidade” do que a que tem origem e sede própria exclusivamente nos tribunais.

3.2 A Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à resolução de litígios de consumo em linha (Regulamento ODR) (COM (2011) 794 final)

3.2.1 Síntese da proposta

Com a presente proposta de regulamento, a Comissão entendeu, em síntese:

a) estabelecer um sistema de ODR em toda a UE, de modo a facilitar a resolução em linha de litígios de consumo ligados à venda de bens ou à prestação de serviços transfronteiriços por via eletrónica entre um comerciante e um consumidor;

b) que uma parte substancial das entidades de regulação extrajudicial de litígios de consumo (RAL) não oferece a possibilidade de os consumidores europeus efetuarem toda a tramitação dos procedimentos em linha;

c) que a falta de meios de reparação eficazes para as queixas resultantes de transações transfronteiriças de consumo em linha tem consequências nefastas para os consumidores e para as empresas;

d) que o teor e as conclusões de inúmeros estudos encomendados sobre a matéria apontam para que exista um apoio generalizado ao desenvolvimento de ferramentas para a resolução de litígios de consumo em linha (ODR), através de uma ação a nível da UE;

e) que os resultados da avaliação de impacto que acompanha a proposta³² apontam para que só a combinação dos dois instrumentos, RAL e ODR, pode assegurar o acesso a meios extrajudiciais imparciais, transparentes e eficazes para a resolução de litígios de consumo ligados a transações de comércio eletrónico transfronteiriças.

Para tal desiderato, a Comissão utilizava como base jurídica, exclusivamente, o artigo 114º do TFUE, que visa a realização do mercado interno, no sentido de:

a) criar uma “plataforma europeia de resolução de litígios em linha” (plataforma de ODR), sob a forma de um sítio WEB interativo, gratuito e acessível em linha, em todas as línguas oficiais da UE. Esta terá um ponto de entrada único para os consumidores e comerciantes que pretendam resolver extrajudicialmente um litígio originado no âmbito exclusivo de uma transação de comércio eletrónico transfronteiriço, em que todos os seus elementos residam ou estejam estabelecidos em diferentes estados-membros dentro da UE;

b) constituir uma “rede de facilitadores de ODR”, formada por um ponto de contato ODR em cada estado-membro – autoridade competente designada nos termos da Diretiva RAL como responsável pela assistência à resolução dos litígios apresentados através dessa plataforma.

O regulamento proposto apenas se aplicaria a litígios entre comerciantes e consumidores resultantes da venda de bens ou prestação de serviços transfronteiriços que sejam efetuados em linha.

O sistema a instituir deveria basear-se nas entidades já existentes de RAL e no respeito pelas tradições jurídicas dos estados-membros no

que toca às respectivas regras processuais nacionais, nomeadamente em matéria de custas, sem prejuízo de um conjunto de normas de funcionamento comum, com vista a salvaguardar a sua eficácia e celeridade.

Este sistema não deveria obstar ao funcionamento de qualquer entidade de RAL em linha já existente na EU, nem impedir as entidades de RAL de dirimirem litígios transfronteiriços que lhes sejam submetidos por outras vias que não a plataforma.

Finalmente os procedimentos de ODR não pretendiam substituir os processos judiciais nem privar os consumidores ou os comerciantes dos seus direitos de obter reparação através dos tribunais.

O regulamento proposto aplicar-se-ia a todas as entidades que facultem, em base duradoura, a resolução de litígios através de um procedimento de RAL, incluindo os procedimentos de arbitragem institucionalizada que não sejam criados “ad hoc”.

3.2.2 Principais dúvidas e objeções

Se a proposta de RAL suscitara já diversas dúvidas e críticas, a proposta de ODR levantou um coro de interrogações, de perplexidades e de estranhezas quanto aos seus objetivos e ao modo de os atingir e quanto ao desenho do modelo e a sua possibilidade ou mesmo real interesse em ser implementado³³.

Com efeito, não estava em causa a louvável intenção da criação de um sistema de resolução de conflitos em linha, reclamado em alguns dos mais emblemáticos documentos da Comissão, como a “Agenda Digital”, “as 50 medidas” e “as 12 alavancas” para o mercado interno.

Apoio generalizado mereceu também a escolha do instrumento jurídico proposto – o regulamento.

Já quanto à base jurídica proposta, porém, o fato de, para além da mera realização do mercado interno, estar também em causa um instrumento de proteção dos consumidores deveria ter antes levado a considerar que a base jurídica mais adequada, a não ser adotado o artigo 81º do TFUE, deveria ser o artigo 169º, n. 2, al. b), e n. 4, e não apenas o artigo 114º, para além dos artigos 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

À semelhança do que se deixou dito relativamente à proposta de diretiva RAL e no seguimento da nova Diretiva Direitos dos Consumidores, não pode deixar de se saudar o alargamento da noção de consumidor, aos contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, mas, para que dúvidas não subsistissem, aconselhou-se a Comissão a referi-lo, de forma bem clara e explícita, no articulado.

Foi devidamente ponderada e considerada a preocupação da Comissão de respeitar as tradições jurídicas dos estados-membros e não pretender substituir ou diminuir o papel das RAL existentes no âmbito deste sistema, mas expressaram-se sérias dúvidas que, deste modo, se consiga dar um passo significativo no sentido da desmaterialização dos conflitos *online*.

Com efeito, ao contrário do que seria legítimo esperar, foi com decepção que se verificou que, na prática, a presente proposta se limitava à criação de uma espécie de “marco de correio eletrónico”, ou de um “receptáculo postal *online*”, para onde são dirigidas as queixas que, após uma triagem meramente formal, são remetidas para as diferentes entidades de RAL, configurando-se, desta forma, como um sistema de remessas burocrático, administrativo e pesado, ou seja, exatamente o contrário do que deveria ser um regime concebido “*ex novo*”.

As principais críticas feitas à proposta centraram-se na sua timidez e no que seria legítimo esperar e era desejável e possível, nomeadamente no tocante aos avanços já conhecidos, quer a nível da UE, com o “Plano de Ação Plurianual 2009-2013 sobre Justiça Eletrónica Europeia”, quer à posição da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, intitulado “Possible future work on online dispute resolution in cross border electronic commerce transactions”³⁴.

No que se refere a **aspectos essenciais do regime proposto**, mereceram particulares críticas os seguintes aspectos:

a) A exclusão dos conflitos que não sejam meramente transfronteiriços, obrigando os estados-membros que o desejem a configurarsistemaspuramentenacionaisparaosconflitosintrafronteiras, mesmo que os seus intervenientes sejam de nacionalidade diversa, mas se encontrem a residir permanente ou temporariamente no mesmo estado-membro;

b) a exclusão de conflitos que não resultem exclusivamente de transações concluídas através de meios eletrónicos (ou offline), não tendo adotado a definição mais vasta de comércio eletrónico da Diretiva 2000/31/CE, incluindo os conflitos resultantes das comunicações comerciais *online* sem concretização de qualquer transação, ou mesmo a possibilidade, já hoje reconhecida por algumas RAL, de tratarem eletronicamente conflitos resultantes de transações celebradas à distância por meios não eletrónicos (venda por catálogo, ao domicílio) e até de transações presenciais ocorridas em deslocações a outros estados-membros, em que o conflito surja posteriormente à conclusão da transação comercial;

c) a não adoção do que é hoje vulgarmente designado como um sistema de 2ª geração de ODR, no qual a tecnologia (inerente a esta plataforma) assume um papel ativo e opera como uma verdadeira “quarta parte” (além das duas partes e do mediador/árbitro) no processo de resolução de litígios de consumo em linha, e de que há excelentes exemplos em ação, até em Portugal; tal possibilitaria às partes uma comunicação remota, de forma síncrona ou assíncrona, através das novas tecnologias da informação e da comunicação, em vez de comunicarem na presença uma da outra;

d) a ausência de qualquer referência a um sistema de garantia da qualidade do sistema instituído como é o disponibilizado pela norma ISO 10003 – “Linhas diretrizes para a resolução de disputas externas às organizações”, a qual poderia mesmo servir para normalizar um prospecto de informação relativo ao funcionamento do mecanismo ou à existência de uma “watch list”, onde queixas contra os profissionais pudessem ser repertoriadas.

Por outro lado, apesar de o regulamento atribuir à plataforma ODR a “possibilidade da condução do procedimento de resolução de litígios em linha” (artigo 5º, n. 3, al. d)), era expectável que se tivessem lançado as bases de um sistema de ODR como elemento de legitimação da justiça em linha, ou justiça eletrónica; esperava-se que a arquitetura fornecida reutilizasse e reproduzisse as infraestruturas e recursos tecnológicos existentes, síncronos ou assíncronos, como por exemplo, os “chats”, fóruns eletrónicos, “mailing lists”, correio eletrónico, teleconferência, áudio e videoconferência, salas de mediação virtuais; que potenciasse

as aplicações de justiça e avocasse as ferramentas de primeira e segunda geração de ODR ao processo (à negociação, mediação e arbitragem *online*), promovendo a “e-mediação” entre as partes, o incremento do processo produtivo e o aumento da observabilidade e da previsibilidade processual.

Mesmo sem avançar já para os mencionados modelos de 2ª geração – em que o recurso às ferramentas telemáticas e o auxílio da inteligência artificial, por meio de modelos matemáticos, facultam a decisão dos conflitos pela avaliação sistémica das propostas das partes, elas mesmas apoiadas por agentes informáticos dotados de igual capacidade (“interfaces inteligentes”) num processo

interativo assente em esquemas negociais padronizados como o BATNA (“Best Alternative to a Negotiated Agreement”), o WATNA (“Worst Alternative to a Negotiated Agreement”), para chegar à ZOPA (“Zone of Possible Agreement”) –, a Comissão, para honrar as expectativas e os anúncios desta iniciativa, deveria ter pelo menos considerado as potencialidades de **inclusão nas funções da plataforma de Sistemas de Apoio à Tomada de Decisão das partes num sistema de ODR**, como,

por exemplo, os sistemas periciais, sistemas de informação baseada em casos anteriores, sistemas de acesso a bases de dados informáticos (raciocínio por analogia ou “case-based reasoning” (CBR)) e resolução de conflitos em linha com base nos estilos conflituais das partes. Ora, para surpresa e desilusão de quantos há muito aguardavam por uma iniciativa da Comissão nesta matéria, não foi nada disto o que sucedeu.

Mas dúvidas ficaram também quanto ao modo como a Comissão pensou a resolução em linha de casos que tenham a ver não apenas com discórdias mercadológicas típicas, do tipo “defeito”, “mau funcionamento”, “atrasos na entrega ou não entrega”, mas antes com a discussão de cláusulas contratuais abusivas ou lei aplicável aos contratos. Ou ainda as razões da ausência de uma expressa referência à possibilidade de as partes se fazerem representar por advogados ou

Não pode deixar de merecer estranheza que a questão do financiamento para a implementação deste novo instrumento não tenha sido abordada de modo explícito e corajoso

por terceiros, designadamente por associações representativas dos interesses dos consumidores nas suas queixas *online*.

Finalmente, não pode deixar de merecer estranheza que a questão do financiamento para a implementação deste novo instrumento não tenha sido abordada de modo explícito e corajoso, quando é certo que as organizações representativas dos consumidores o consideraram essencial nas consultas realizadas; alguns estados-membros estão em situação de penúria para fazer face às despesas acrescidas com novas estruturas, formação de “facilitadores” e outros funcionários de apoio, informação e assistência aos consumidores e novas funções burocráticas, sendo este tema considerado uniformemente como decisivo para a garantia da imparcialidade e independência do sistema.

No entanto, para que não se diga que tudo é negativo nesta proposta, não pode deixar de se saudar e de aplaudir a expressa declaração da Comissão no sentido de que com a criação deste sistema não se visar precluir o direito de recurso aos tribunais ou de substituir o normal funcionamento dos processos judiciais, sempre que as partes a eles pretendam recorrer³⁵.

4. A Diretiva 2013/11/EU, de 21 maio de 2013 (Diretiva RAL)

4.1 Introdução

Apesar de a Comissão ter expressamente reconhecido a pertinência de várias das sugestões e críticas que foram feitas às suas propostas e de ter rejeitado outras³⁶, o cotejo que se faça entre os textos finais publicados e as propostas não é de molde a convencer que tenha havido uma séria intenção de melhorar os articulados iniciais, em especial pelo que toca ao Regulamento ODR.

Para não sobrecarregar o texto anotar-se-ão apenas, em relação a cada instrumento publicado, as principais alterações introduzidas e o que deveria ter sido modificado e o não foi.

Importa ainda anotar que a Diretiva RAL entrou em vigor na UE a 8 de julho de 2013 (art. 27), tendo como destinatários os estados-membros (art. 28), os quais a teriam de a ter transposto para os direitos nacionais o mais tardar até 9 de julho de 2015, comunicando de

imediatamente à Comissão os respectivos textos (art. 25), o que efetivamente não sucedeu numa grande parte dos estados-membros³⁷.

Quanto ao Regulamento ODR, ele entrou diretamente em vigor em todos os estados-membros no dia 8 de julho de 2013 (art. 22, n. 1), como direito interno, e deveria ter sido aplicável nos seus precisos termos a partir de 9 de janeiro de 2016 (art. 22, n. 2), com ressalva de alguns preceitos, cuja aplicação se verificou antecipadamente, ou a 8 de julho de 2013 ou a 9 de julho de 2015, o que igualmente não aconteceu, verificando-se um verdadeiro descontrolo na sua implementação, quer de parte da Comissão, quer dos diferentes estados-membros.

4.2 Alterações que se saúdam

Importa constatar, que, de uma forma geral, o texto publicado da diretiva representa um melhoramento considerável em relação ao texto inicial da proposta, incluindo uma série de sugestões que tinham sido formuladas pelo PE ou pelo CESE, e também por diversos académicos e stakeholders.

Destacam-se os principais:

a) Base jurídica

Apesar de apenas mencionar expressamente o artigo 114º do TFUE, a diretiva fá-lo precedendo-o de um “nomeadamente” e nos considerando menciona expressamente o artigo 169º, n. 1 e 2, do TFUE e o artigo 38º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, além de definir com clareza o caráter “instrumental” do mercado interno em relação ao “elevado nível de defesa do consumidor”, que é suposto “promover” (considerando (1) e (2) e art. 1)º³⁸.

b) Preeminência da Justiça dos tribunais

Foi clarificado, de modo correto, o posicionamento e a relação dos RAL com a Justiça dos tribunais, de forma a consagrar a ideia, que se defendera, de que *“os procedimentos de RAL não deverão ser concebidos para substituir os processos em tribunal nem privar os consumidores ou os comerciantes do seu direito de procurar obter reparação perante os tribunais”* (considerandos (45) e (60)).

Este importante reconhecimento, refletido designadamente logo na parte final do artigo 1º e nos artigos 9º, n. 2, al b), ii), 10, n. 1, e 13º, n. 1, parece inverter a tendência denunciada antes da propensão para

considerar estes mecanismos como meios substitutivos ou alternativos da Justiça, configurando-os, antes, acertadamente, como meios acessórios de mera resolução de conflitos.

c) **Redefinição e inclusão de certos princípios**

Merece também forte aplauso a solicitada redefinição do **princípio da independência**, agora devidamente substanciado por toda uma série de requisitos e de procedimentos tendentes a assegurar a sua efetividade (artigo 6º), bem como a inclusão dos **princípios da liberdade e da legalidade** (artigos 10 e 11), cuja ausência tinha sido objeto de crítica generalizada.

d) **Queixas de comerciantes contra consumidores**

Também é de louvar que a Comissão tenha retrocedido, em face de clamor generalizado, na sua ideia inicial de que estes mecanismos deviam servir também para dirimir queixas de comerciantes contra consumidores. Muito acertadamente a diretiva dispõe com clareza que se aplica exclusivamente *“aos litígios entre consumidores e comerciantes relativos a obrigações contratuais de correntes de contratos de venda de serviços, tanto em linha como pelos meios convencionais”*.

E, para que não restem dúvidas, explicita que *“a presente diretiva deverá aplicar-se às queixas apresentadas pelos consumidores contra os comerciantes. Não deverá aplicar-se às queixas apresentadas por comerciantes contra consumidores nem a litígios entre comerciantes”* (considerando (16)). Esta exclusão é substanciada no artigo 2, n. 2, alíneas d) e g).

e) **Requisitos de independência e imparcialidade**

Já se deixou referido o avanço adquirido com a expressa inclusão do princípio da independência. O seu teor foi substanciado em diversas alíneas dos preceitos dos artigos 6º e 7º de forma muito mais consistente relativamente ao teor da proposta, mas a exigir um esforço de coerência com normas nacionais existentes, aquando da sua transposição.

4.3 Aspectos a merecer reparo

Continuam, no entanto, a merecer crítica os seguintes aspectos:

a) **Instrumento jurídico utilizado**

Continua a julgar-se que o instrumento mais adequado teria sido o regulamento e não a diretiva. Além de ser uniforme e de aplicação

direta nos seus termos simultaneamente em todos os estados-membros, ganhando em certeza e segurança jurídicas, o regulamento evitaria a complexa tarefa da transposição e integração nos diferentes sistemas nacionais, com todas as suas dificuldades e os conhecidos efeitos de lentidão e de disparidades.

b) Caráter vinculativo das decisões

A natureza não vinculativa das decisões para os comerciantes fora uma das principais objeções à iniciativa proposta. A diretiva consagrou uma solução intermédia que tenta conciliar diversos normativos jurídicos diferentes existentes nos estados-membros.

Assim, a questão foi relegada para o princípio da liberdade, de modo a que sejam os estados-membros a assegurar que, *“nos procedimentos de RAL destinados a resolver o litígio por imposição de uma solução, a solução imposta só seja vinculativa para as partes se estas tiverem sido previamente informadas do seu carácter vinculativo e o tiverem expressamente aceitado. Caso as regras nacionais prevejam que as soluções são vinculativas para os comerciantes, não é exigida a aceitação específica do comerciante”* (artigo 10, n. 2).

Deste modo, tudo fica a depender dos direitos nacionais, que são ressalvados, e da vontade dos estados-membros para garantir a condição da prévia informação às partes e da sua aceitação.

Foi assim matéria não harmonizada e que arrisca comprometer seriamente a eficácia do sistema em termos de litígios transfronteiras.

c) A noção de consumidor

Como se deixou referido, a noção do “consumidor” em certo tipo de contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, que se saudou, pecava, na proposta, por indefinição no articulado; a situação não foi sanada na diretiva, porquanto, apesar de no considerando (18) se ler que *“se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade (contratos com dupla finalidade), e se o objetivo da atividade comercial for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa mesma pessoa deverá ser igualmente considerada como consumidor”*, esta determinação não encontra eco no articulado.

d) Marca europeia de conformidade

Apesar de a diretiva estabelecer requisitos de qualidade harmonizados para entidades de RAL e para procedimentos de RAL procurando assegurar que, após a sua aplicação, os consumidores tenham acesso a mecanismos extrajudiciais de reparação de elevada qualidade, transparentes, eficazes e equitativos, independentemente do lugar da União em que residam e de ter estabelecido sem ambiguidade o **caráter minimal** do seu dispositivo³⁹, não pode deixar de se lamentar que a Comissão não tenha aderido à ideia de estabelecer uma “marca europeia de conformidade”, conforme referido acima.

e) Definição autónoma dos princípios do contraditório e do princípio da representação

Apesar de se ter melhorado na definição da possibilidade da representação por advogado ou por terceiros (artigo 9º, n. 1, alínea b)), não obstante a sua formulação pela negativa, não se progrediu na autonomização dos princípios do contraditório e da representação, diluindo-os em outros princípios de forma confusa (artigo 9º, n. 1, alínea a)).

f) Aplicação dos sistemas de RAL a conflitos coletivos

Continuou sem ser clarificada a forma como os sistemas de RAL se devem/podem aplicar a conflitos relativos a interesses ou direitos coletivos, para além do que resulta da inclusão, no anexo da Diretiva 2009/22/CE, de 23 de abril, relativa às ações inibitórias, de uma referência à presente diretiva (considerando (58)).

Será matéria a compatibilizar agora com a comunicação e recomendação da Comissão relativa às ações para indenização pela violação de interesses ou direitos coletivos⁴⁰, bem como com as propostas de diretiva sobre o “private enforcement” nas “ações anti-trust”⁴¹.

5. O Regulamento 524/2013 ODR

5.1 Introdução

Como se deixou referido, o Regulamento ODR já entrou diretamente em vigor como direito interno de todos os estados-membros no dia 8 de julho de 2013 (art. 22, n. 1), e deveria ter começado a ser aplicado nos seus precisos termos a partir de 9 de janeiro de 2016 (art. 22,

n. 2), com ressalva de alguns preceitos, cuja aplicação se verificou antecipadamente, ou a 8 de julho de 2013 – artigo 5º, n. 1 e 7, artigo 6º, artigo 7º, n. 7, artigo 8º, n. 3 e 4, e artigos 11, 16 e 17, ou a 9 de julho de 2015 – artigo 2º, n. 3, e artigo 7º, n. 1 e 5.

Ao contrário do que se verificou, em geral, no texto publicado da diretiva, no que toca ao regulamento poucas foram as modificações introduzidas que representam verdadeiras melhorias do regime. Alguns aspectos inovadores representam, ao contrário, preocupações acrescidas.

5.2 Alterações que se saúdam

De entre as modificações a merecer referência positiva, destacam-se:

a) Ensaio da plataforma de ODR

Uma inovação que se saúda foi a decisão de realizar um teste de fiabilidade e de funcionalidade técnica até ao dia 9 de janeiro de 2015, ou seja, até um ano antes da efetiva aplicação do sistema em todos os estados-membros (artigo 6º).

Saúda-se também a exigência de um relatório de peritos sobre este teste e esperava-se que tal permitisse corrigir e aperfeiçoar todos os aspectos operacionais relativamente aos quais se suscitaram fundadas dúvidas de eficiência e praticabilidade, aquando da discussão da proposta de regulamento. Infelizmente não foi o que se verificou e a sua implementação tem sido atrasada precisamente pela não correção de aspectos fundamentais da sua estrutura e funcionamento.

b) Rede de pontos de contato

Aprecia-se positivamente que a Comissão tenha desistido do qualificativo de “facilitadores” e tenha desenvolvido, de forma detalhada e circunstanciada, as funções e as obrigações da rede de pontos de contato (artigo 7º).

c) Novas definições

Também merece uma referência particular o cuidado do regulamento na elaboração mais desenvolvida da lista de definições (artigo 4º) e a sua compatibilização com os conceitos constantes da Diretiva RAL.

5.3 Aspectos a merecer reparo

Ao contrário, merecem referência particularmente negativa os seguintes aspectos:

a) Base jurídica

Apesar da semelhança na definição da base jurídica, no regulamento os aspectos da realização do mercado interno sobrelevam os da proteção dos consumidores e perdem-se as noções de “instrumentalidade” do mercado interno e da “promoção” do “elevado nível da defesa dos consumidores”.

b) Limitação do âmbito aos contratos celebrados em linha

Não se entende a razão por que a utilização da plataforma é limitada aos contratos que tenham sido celebrados em linha e não a qualquer contrato transfronteiras, ainda que o meio utilizado não tenha sido eletrónico, como é o caso de bens adquiridos por meio de catálogo ou de serviços encomendados por correio normal ou mesmo de contratos em que alguém se desloque a outro estado-membro e aí adquira qualquer bem, de cujo defeito ou falta de conformidade apenas se dê conta quando regresse ao seu país.

c) Queixas de comerciantes contra consumidores

Em aparente contradição com o disposto na diretiva, o regulamento inverte a posição assumida naquela e parece dar igualdade no sistema às queixas de comerciantes contra consumidores, como se todo o sistema tivesse sido girado para o por ao seu serviço e não dos consumidores. É o que resulta, com meridiana evidência, do disposto designadamente no considerando (10) e no artigo 2º, n. 2 e 3, apesar da ressalva constante do seu n. 4⁴², onde comerciantes e consumidores aparecem em pé de igualdade no acesso e no recurso à plataforma.

d) A noção de consumidor

Identicamente ao que se deixou referido relativamente à diretiva, apesar de se saudar que, no considerando (13), se considere como “consumidor” quem participe em certo tipo de contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, continua igualmente a faltar qualquer referência expressa no respectivo articulado.

e) Tratamento e transmissão das queixas

O regulamento não conseguiu melhorar o regime procedimental para o tratamento e a transmissão das queixas, deixando subsistir todas as dúvidas formuladas quanto à praticabilidade e fiabilidade do sistema, apesar do maior detalhe do atual artigo 9º.

Não só a excessiva complexidade burocrática do sistema é suscetível de vir a constituir escolho inultrapassável à sua efetiva aplicação, como a articulação com os mecanismos de RAL nacionais continua a não se afigurar devidamente desenhado.

Apesar das recomendações feitas, julga-se que será este um dos pontos mais frágeis do presente regime, lamentando-se que o teste de funcionalidade referido no artigo 6º não tivesse introduzido as modificações e adaptações necessárias.

f) Aplicação do sistema de ODR a conflitos coletivos

Ao contrário do referido para os RAL, nada, no presente regime de ODR, abre qualquer possibilidade de se aplicar a conflitos coletivos, para além da inclusão deste regulamento na lista anexa à Diretiva 2009/22/CE, relativa às ações inibitórias.

É ainda forçoso constatar que **a generalidade das sugestões de melhoramento do sistema para o tornar verdadeiramente eficaz e de críticas de fundo quanto ao seu âmbito e desenho estrutural não mereceram acolhimento**, mantendo-se, assim, inteiramente válidas todas as observações e constatações referidas anteriormente.

Em resumo, não é um verdadeiro e próprio sistema de resolução *online* de conflitos que se criou, mas uma dispendiosa e complexa “**caixa de correio eletrónico**” para transmissão de queixas emergentes da celebração de contratos em rede⁴³, particularmente apta a resolver **queixas de comerciantes contra consumidores** e não de consumidores contra comerciantes.

6. Conclusões

É minha convicção que as recentes iniciativas da Comissão em matéria de ADR e de ODR representam uma oportunidade perdida confirmada pela forma desastrada como foi feita a sua transposição e

implementação nos países membros, na sua maior parte consequência das deficiências denunciadas na sua criação.

Mais grave, criaram a ilusão de terem sido dados passos no sentido da criação de um sistema de resolução extrajudicial de conflitos de consumo a nível europeu quando, na realidade, isso não sucedeu.

É certo que a transformação das precedentes Recomendações RAL numa diretiva marca uma viragem importante, mas manifestamente insuficiente.

Aliás, a opção pelo instrumento “diretiva” suscitava todas as dificuldades de transposição que se adivinhavam e se vieram a verificar nos estados-membros e na falta de uma real uniformização do sistema a nível europeu.

É certo que a transformação das precedentes Recomendações RAL numa diretiva marca uma viragem importante, mas manifestamente insuficiente

Não tendo sido criados nem assegurados os mecanismos de coordenação necessários para um efetivo funcionamento para a resolução de conflitos transfronteiriços, nem a igualdade de tratamento processual das questões em cada estado-membro, o resultado não podia deixar de ser um total descontrolo e uma absoluta ineficácia.

Quanto ao mecanismo de ODR, além de ilusório, ele é manifestamente enganador, porquanto não se trata, de fato,

de um verdadeiro e próprio sistema de ODR.

Resumindo-se a uma plataforma para correspondência eletrónica para envio de reclamações, depois reencaminhadas, por um processo excessivamente complexo e burocrático, para cada entidade de RAL, em aspecto nacional, sem competências bem delimitadas e com lacunas de estrutura e de funcionamento capazes de comprometer insanavelmente a sua eficácia e com um âmbito de aplicação incompreensivelmente limitado a exigir um esforço de implementação desmesurado para os efeitos possíveis e eventualmente desajustado relativamente aos recursos nacionais exigidos, cujo financiamento e preparação, em termos de recursos humanos, de formação e de informação, se não acha garantido, com tudo isto, apenas se diluiu o mito das “justiças de proximidade”, para se reforçar a grande ilusão das “justiças alternativas”.

Notas

- * Jorge Pegado Liz. Conselheiro do CESE, Relator dos Pareceres do CESE sobre as Propostas da Comissão sobre ADR e ODR.
1. Em Portugal, um dos primeiros estudos sobre “A Representação Social da “Justiça” data de 1985, da autoria de Almiro Rodrigues, Elizabete Sousa e José Marques, publicado pelo Instituto Damião de Gois. Em Espanha dois importantes artigos dos finais de 1990, também se pronunciaram sobre relevantes aspectos da sociologia e economia do direito: “Una Nueva Frontera: El analisis economico del Derecho” de Francisco Cabrillo, Catedrático da Universidade Complutense e “El Analisis economico del Acceso a la Justicia” de Santos Pastor, Catedrático de Hacienda Publica da Universidade de Extremadura (in ICE, novembro 1990, p. 9 e sgs e 23 e sgs). Em França merece destaque o artigo de Julie Ledard-Mouty, juiz do TGI de Paris e vice-presidente do Sindicato da Magistratura francesa, “Vers une justice approximative”, publicado na *Revista Justice*, n. 176 (novembro 2003, p. 3 e sgs.)
 2. Não é objeto deste artigo, nem caberia nunca no seu âmbito, uma descrição dos diferentes procedimentos adotados nos diferentes países nesta matéria. Para um conhecimento detalhado aconselha-se a leitura do estudo “An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings”, levado a cabo pelo Centre for European Economic Law da Universidade Católica de Louvain por um grupo de eminentes professores, liderado pelo prof. Jules Stuyck (jan. 2007).
 3. “Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor” aprovada pela Resolução 543 da Assembleia Consultiva, de 17 de abril de 1973.
 4. “2º Programa para a Defesa do Consumidor” anexo à Resolução do Conselho, de 19 de maio de 1981, in JO C 33 de 3 de junho de 1981. É, aliás, no seguimento desta Resolução que se dá início, em Portugal, à criação do 1º Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo, que sobreviveu até hoje.
 5. COM (84) 692 final, publicado no Suplemento 2/85 do Boletim das Comunidades Europeias.
 6. COM (87) 210 final, de 7 de maio de 1987, imediatamente corroborada pela Resolução do Conselho de 25 de junho de 1987 (in JO C 176 de 04 de julho de 1987).
 7. COM (93) 576, de 16 de novembro de 1993.
 8. Os outros procedimentos citados foram o “Consumer Complaints Board” dinamarquês e as “Geschillencommissie” holandesas.
 9. COM (96) 13 final, de 14 de fevereiro de 1996.
 10. Cf. a posição do PE sobre o “Livro Verde” antes mencionado de que foi relator Medina Ortega (Doc. PE 207.674 de 09 de março de 1994); o Parecer do CESE de que foi relator o conselheiro M. Ataíde Ferreira (CES 742/94, in JO C 295 de 22 de outubro de 1994); o Parecer do CESE sobre “Mercado único e Defesa dos Consumidores: Oportunidades e obstáculos no Grande Mercado”, de que foi relator o conselheiro Ceballos Herrero (CES 1309/95, de 22 de novembro de

- 1995); o Parecer do Comité das Regiões de que foi relator Luc van den Branden de 17 de maio de 1994 (*in* JO C 217, de 6 de agosto de 1994); os Pareceres do BEUC, de 30 de maio de 1994 (Doc BEUC/47/94), o seu Manifesto aos Consumidores tendo em vista as eleições europeias (Doc BEUC/10/94) e o seu Memorandum para a Presidência Francesa, de 14 de dezembro de 1994 (Doc. BEUC/306/94).
11. Importante será recordar a sua primeira intervenção pública no PE em 10 de janeiro de 1995 onde, ao ser concretamente inquirida sobre a situação existente no que respeita ao acesso à Justiça na UE, a Comissão reconheceu que *“o acesso dos consumidores à justiça está longe de ser satisfatório e a duração dos processos judiciais em alguns estados-membros é de natureza a comprometer seriamente a efetividade dos direitos dos consumidores”*.
 12. Recomendação 98/257/CE da Comissão, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (COM 98/257/CE, de 30 de março de 1996, *in* JO L 115, de 17 de abril de 1998, p. 3).
 13. O Estado português, ao contrário, deverá ter sido dos poucos que levou a sério a mencionada recomendação e a fez “transpor” para o ordenamento nacional por um norma coerciva, o Dec.-Lei 146/99, de 4 de maio.
 14. COM (2001) 161 final, Recomendação 2001/310/CE, da Comissão relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, JO L 109, de 19 de abril de 2001, p. 56.
 15. COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002. O CESE produziu um Parecer sobre este Livro Verde, de que foi relator H. Malosse (CESE 913/2002, INT/148).
 16. *In* JO L 26, de 31 de janeiro de 2003.
 17. Por exemplo, a Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, e a Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural (JO L 211, 14 de agosto de 2009, p. 55 e 94.); Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores (JO L 133, 22 de maio de 2008, p. 66); Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (diretiva sobre o comércio electrónico) (JO L 178, de 17 de julho de 2000, p. 1).
 18. JO L 136, de 24 de maio de 2008, p. 3.
 19. Iniciativa emblemática da estratégia Europa 2020: “Uma Agenda digital para a Europa”, COM (2010), 245, p. 13; Comunicação da Comissão “Acto para o Mercado Único”, COM (2011), 206, p. 9.
 20. SEC (2011) 1409 final, de 29 de novembro de 2022, Documento de Trabalho da Comissão Avaliação de Impacto que acompanha as Propostas de Diretiva RAL e de Regulamento ODR.
 21. Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC), de 2009,

- disponível em: http://www.cc.cec/home/dgserv/sg/evaluation/pages/eims_en.htm.
22. Consumer redress in the European Union: consumers' experiences, perceptions and opinions, 2009, disponível em: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/cons_redress_EU_qual_study_report_en.pdf.
 23. http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/adr_study/_adr_study_en.pdf.
 24. Consulta pública sobre a utilização da resolução alternativa de litígios (RAL) como meio de resolver litígios ligados a transações e práticas comerciais na UE: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/Feedback_Statement_Final.pdf, publicada na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 1, n. 2, junho de 2011, p. 223.
 25. O signatário teve oportunidade de participar neste debate público, em nome do CESE. Uma “Comunicação aos Membros”, elaborada pelo PE, dá conta detalhada do que se passou nesta Cimeira (Doc PE462.616v02-00 de 05.04.2011).
 26. http://www.european-consumer-summit.eu/workshops3_en.asp.
 27. 335 empresas de todos os Estados-Membros da UE foram consultadas sobre as suas experiências e pontos de vista em matéria de RAL: http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2010/adr/index_en.htm.
 28. Durante esta consulta, 927 pequenas e médias empresas terão respondido a perguntas relativas a RAL.
 29. Parecer CESE 803/2012 INT/609, de 28 de março de 2012 de que foi relator o autor deste artigo. Merecem também particular referência as posições assumidas pelo PE, nas suas Resoluções de 25 de outubro de 2011, sobre modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil, comercial e de família (2011/2117(INI) in JO C 131, de 25 de outubro de 2011 e de 12 de março de 2013 sobre a proposta de diretiva relativa à resolução alternativa de litígios de consumo (Doc P7TA (2013) 0066).
 30. A este propósito recorda-se que se aguardava, há anos, que a UE se dotasse de um instrumento judicial harmonizado de ação de grupo a nível comunitário, que, de qualquer forma, o alargamento destes sistemas de RAL a conflitos coletivos não substitui. Tal sistema foi agora anunciado pela Comissão através da sua Comunicação “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva” (COM (2013) 401 final, de 11 de junho de 2013) e da Recomendação anexa, embora o seu teor deixe muito a desejar relativamente ao que será necessário e expectável. Será matéria para próximo artigo.
 31. Ao contrário do que em boa hora deixou consagrado em fórmula lapidar na proposta de regulamento ODR, sobre a clara prevalência do direito de acesso à justiça sobre estes mecanismos.
 32. SEC (2011) 1408 final, de 29 de novembro de 2011.
 33. Uma vez mais se segue aqui o Parecer do CESE 804/2012, INT/804, de que foi relator o autor deste artigo; referência destacada merece também o Relatório do PE 2011/0374(COD), de 17 de abril de 2012 de que foi relatora Róza Gräfin von Thun und Hohenstein (PE487.752v01-00) e a Resolução legislativa do PE,

- adoptada a 12.03.2013 (Doc P7 TA(2013)0065). Menção particular deve ser feita à colaboração da perita portuguesa Dr^a Cristiana Teixeira Santos, autora de uma tese intitulada “*Telemática e Inteligência Artificial na Resolução Alternativa de Conflitos Online B2C*”, integrada no projeto de investigação TIARAC – Telemática e Inteligência Artificial na Resolução Alternativa de Conflitos, financiado pela FCT – Fundação Ciência e Tecnologia, Ref. PTDC/JUR/71354/2006.
34. (UNCITRAL), A/CN. 9/706.
 35. Apenas se lamenta, como se deixou referido antes, que a mesma afirmação não apareça na Proposta RAL, o que deixa dúvidas quanto à real convicção da Comissão nesta matéria.
 36. Cf. Relatório Trimestral da Comissão CES 2188/2012, p. 140 e 144.
 37. Portugal deu cumprimento à determinação comunitária pela Lei 144/2015, de 8 de setembro, que entrou em vigor em 15 dias após a data da sua publicação, veio transpor a Diretiva 2013/11/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e estabeleceu o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo. Criou em Portugal a Rede de Arbitragem de Consumo que deveria estar operacional a partir de dia 23 de março de 2016 mas até ao presente sem concretização prática na sua implementação, como, aliás, na generalidade dos outros estados-membros. Ver a Lista das Entidades de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo em Portugal (ao abrigo da Lei 144/2015, de 8 de setembro), em www.consumidor.pt.
 38. Respondeu assim parcialmente as recomendações do CESE e do PE (Relatório A7-0280/2012, de 4 de outubro de 2012 (doc PE487.749v03-00), Relator Louis Grech.
 39. Artigo 2º, n. 3: “*Os Estados-Membros podem manter ou aprovar regras que vão além das previstas na presente diretiva, a fim de assegurar um nível mais elevado de defesa dos consumidores.*”
 40. Comunicação “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva” (COM (2013) 401 final, de 11 de junho de 2013 e a Recomendação anexa.
 41. Proposta de Diretiva COM (2013) 404 final, de 11 de junho de 2013 e Comunicação relativa à quantificação dos prejuízos, in JO C 167, de 13 de junho de 2013.
 42. “*4. A aplicação do presente regulamento aos litígios referidos no n.º 1, iniciados por um comerciante contra um consumidor, não impõe aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que as entidades de RAL ofereçam procedimentos de resolução extrajudicial de tais litígios.*”
 43. Cf os Considerandos (18) e (22): (18) “*A Plataforma deverá permitir que os consumidores e os comerciantes apresentem queixas utilizando um formulário eletrónico disponível em todas as línguas oficiais das instituições da União, e lhe juntem os documentos relevantes. Deverá transmitir as reclamações a uma entidade de RAL competente para conhecer do litígio em causa*”; (22) “*A plataforma de RLL a nível da União deverá basear-se nas entidades de RAL já existentes nos Estados-*

Membros e respeitar tradições jurídicas dos Estados-Membros. As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL deverão, por conseguinte, aplicar as suas próprias regras processuais, nomeadamente em matéria de custos”.

Referências

- ADEWUMI, Felix. “Alternative Dispute Resolution (Adr): An Antidote to Court Congestion” 05 dezembro 2007.
- BOURGOIGNIE, Thierry. “Un espace judiciaire pour les consommateurs: Perspectives de droit communautaire ” (Journées INC, 20-21 dezembro 1988).
- DAVIES Julien; SZYSZCZAK Erika. “ADR: Effective Protection of Consumer Rights”, European Law Review, v. 35, n. 5 outubro 2010, p. 695.
- FERNANDES PINTO, Betania. “Aplicabilidade de arbitragem em conflitos consumeristas”, *Jus Navigandi*, 10/2010.
- FROTA, Mário. “Tribunais Arbitrais Necessários Para os Serviços de Interesse Geral?” in Conferência “Por uma revolução na Arbitragem de conflitos de consumo. Que futuro?” (26 de outubro de 2007 – Escola de Direito do Porto da Universidade Católica, Porto).
- GOYENS, Monique. “Le Règlement des litiges de consommation, la politique communautaire relative à l'accès des consommateurs à la justice: quelles perspectives” R.A.E. n. 3, 1994, p. 45.
- HENKS, André. “L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique” Avis de l'association Européenne des Magistrats, 1993.
- STUYCK, Jules; outros. “An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings”, Centre for European Economic Law da Universidade Católica de Louvain (jan. 2007).
- HODGES, Chistopher. “Current discussions on consumer redress: NASCIMENTO, Carolina Izidoro. “Arbitragem como meio extrajudicial de resolução de conflitos de consumo”, Tese de mestrado na Universidade de Pernambuco, 2008.
- collective redress and ADR” ERA, 11.01.2012.
- HORNLE, Julia. “Cross-Border Internet Dispute Resolution” Cambridge University Press, 2009.
- “La Protection du Consommateur Transfrontalier” – Actes du Colloque organisée par les Ministères de l'Economie et de la Famille et de la Solidarité du Luxembourg et l'ULC, outubro de 1993.
- MARQUES CEBOLA, Cátia. “Mediação e Arbitragem de conflitos de consumo” in *RPDC* n. 70, julho 2012, p. 13.
- MICLITZ H.-W.; NOVÝ Z., “A Proposal for a Consumer ODR Design”, EUI Florence (BEUC).
- OLIVEIRA, Isabel. “Arbitragem de conflitos de consumo”, in revista *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2/2000, Centro de Direito do Consumo (Fac. Direito; Univ. Coimbra).

- PEGADO LIZ, Jorge. “A Resolução Alternativa de Litígios: Do Mito à Ilusão” *in* RPDC n. 75, setembro de 2013.
- Proposals on ADR/ODR for Consumer Disputes, Draft BEUC position paper, BEUC.
- REICH, Norbert. “More clarity after Claro”, ERCL 1/2007, p. 41.
- _____. “Jurisdiction and applicable law in cross-border consumer complaints” ECLG, janeiro 1988.
- ROSSU, Angelica. “Moyens alternatifs de règlement des litiges: réalités, perspectives et enjeux européens. “L’arbitrage collective: une solution pour les consommateurs”, Rapport de Recherche de “Option consommateurs”, Montreal Quebec, junho 2007.
- TEIXEIRA SANTOS, Cristinana. “*Telemática e Inteligência Artificial na Resolução Alternativa de Conflitos Online B2C*”, tese integrada no projecto de investigação TIARAC – Telemática e Inteligência Artificial na Resolução Alternativa de Conflitos, financiado pela FCT – Fundação Ciência e Tecnologia, Ref. PTDC/JUR/71354/2006.
- TEMPLE Henri; BUREAU Hélène. “La jurisprudence des différents Etats-membres en matière de litiges transfrontaliers de la consommation”, Centre du Droit de la Consommation de Montpellier, setembro 1993.
- VERNIER, Jacques. “Les litiges transfrontaliers de consommation”, INC Hebdo, n. 763, 20.03.92, p. 3.

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS EM PORTUGAL: RETROSPETIVA HISTÓRICO-POLÍTICA*

HELENA ALVES**

Advogada e Mestre em Direito

EXCERDOS

“Comparativamente à justiça dita tradicional, os centros de arbitragem e os julgados de paz utilizam procedimentos simplificados que permitem imprimir rapidez na resolução dos conflitos, não prejudicando, contudo, os direitos das partes”

“Os meios de resolução alternativa de litígios, com as características que hoje conhecemos, começaram a ganhar forma nos anos 1960, nos Estados Unidos da América, quando se reconheceu a ineficiência do sistema judicial e se promoveu o conhecimento e a reintegração de mecanismos comunitários de justiça”

“Não podemos de todo esquecer que uma justiça lenta inibe o investimento internacional e que Portugal necessitava arduamente de captação de investimento estrangeiro para relançar a sua economia”

“A nova Lei da Arbitragem resulta de inúmeros estudos elaborados em Portugal e em outros países onde este meio extrajudicial foi amplamente disseminado, em especial no que respeita à arbitragem comercial e arbitragem do investimento”

“Indiscutível é o caminho ainda a percorrer no sentido de tornar os meios de resolução alternativa de litígios tão notórios junto ao cidadão como o são os tribunais judiciais”

Os meios de resolução alternativa de litígios ou meios de resolução extrajudicial podem definir-se como mecanismos, ao dispor do cidadão, que visam a solução de conflitos sem o recurso à via judicial. Enquadram-se nesta definição a arbitragem, a conciliação, a negociação, a mediação e os julgados de paz.

A presente reflexão centra-se numa retrospectiva histórico-política sobre a introdução e desenvolvimento da arbitragem, da mediação e dos julgados de paz em Portugal. Como denominador comum a esses três meios de resolução extrajudicial, encontram-se subjacentes alguns princípios, dos quais destacamos pela sua importância: a celeridade, a economicidade, a simplicidade, a cooperação, a proximidade e a pacificação social, que contribuem para uma nova forma de justiça.

Comparativamente à justiça dita tradicional, os centros de arbitragem e os julgados de paz utilizam procedimentos simplificados que permitem imprimir rapidez na resolução dos conflitos, não prejudicando, contudo, os direitos das partes. Estas são convidadas a participar ativamente na solução da questão que as opõe, adotando uma postura de cooperação, através da mediação, ou por intermédio da conciliação promovida pelo juiz de paz ou árbitro.

Embora a conciliação seja utilizada nos tribunais judiciais e encontre mesmo previsão nos artigos 509º e 652º do Código de Processo Civil, encontramos alguma inércia na atitude dos magistrados judiciais se a comparamos com a postura dos juízes de paz ou dos árbitros. De fato, nos julgados de paz e nos centros de arbitragem onde impera uma justiça de proximidade, o juiz e o árbitro afastam-se do papel de interveniente principal na lide, em que aplica o direito ao caso concreto proferindo a sentença, para, em conjunto com as partes, procurar obter um acordo que solucione a demanda.

Já na mediação, a intervenção do mediador enquanto terceiro, neutro e imparcial pretende sobretudo auxiliar as partes para que elas por si só possam construir a solução para o seu conflito.

Seja feito o recurso à arbitragem, aos julgados de paz ou à mediação, certo é que a tramitação processual nesses meios de resolução alternativa de litígios permite a conclusão do processo de forma célere e com custos substancialmente inferiores face aos praticados nos tribunais judiciais.

A contribuição para a pacificação social é outro dos traços distintivos dessas estruturas relativamente à via judicial, uma vez que apostam na promoção do diálogo entre as partes discordantes. Proporcionam, assim, a resolução de questões que de outra forma dificilmente seriam resolvidas, atendendo aos custos e morosidade dos tribunais judiciais. Existe ainda uma vertente preventiva que pretende desde logo evitar que o conflito assuma grandes dimensões permitindo que após a sua resolução as partes possam conviver pacificamente. Atenda-se, a título de exemplo, aos conflitos entre consumidores e prestadores de bens ou serviços (matérias de competência dos centros de arbitragem de consumo) ou de vizinhança (da competência dos julgados de paz) ou mesmo conflitos familiares (da competência da mediação familiar), que, apesar de serem geradores de quezílias e frequentes desentendimentos, pelo seu valor, inibem as partes de recorrer ao tribunal judicial, por induzir um ambiente de alguma violência moral e até de rotura entre os intervenientes. Considerando a necessidade ou a probabilidade da relação entre as partes não se esgotar com a resolução do conflito, pretende-se que o relacionamento futuro seja vivenciado num ambiente de apaziguamento.

Os meios de resolução alternativa de litígios, com as características que hoje conhecemos, começaram a ganhar forma nos anos 1960, nos Estados Unidos da América, quando se reconheceu a ineficiência do sistema judicial e se promoveu o conhecimento e a reintegração de mecanismos comunitários de justiça.

A ideia expressa por Frank Sander¹, em 1976, sobre os benefícios de um tribunal multi-portas em que o cidadão poderia livremente escolher o serviço que considerava mais adequado para a resolução do seu conflito, de entre os vários serviços disponíveis como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, ganhou adeptos como projeto que permitiria ultrapassar a ineficiência da justiça.

Na mesma época, assistimos a uma mudança do paradigma sociocultural em que o cidadão dispunha de um interlocutor que o representava, assumindo assim o papel de mero espectador na lide, para, ao invés, defender-se que as partes devem intervir na composição do seu litígio de forma ativa, devendo sempre que possível contribuir para a sua solução.

Em Portugal, a década de 1970 é caracterizada por diversas alterações sociais, culturais e económicas que surgem, desde logo, pela emancipação de um longo regime ditatorial, pelo fim de uma guerra de 13 anos e pelo despertar da revolução democrática. Assiste-se à incorporação de direitos de cidadania, à democratização do sistema político, ao surgimento de novas formas de participação cívica, à abertura à Europa, em termos económicos, políticos e sociais, aos movimentos migratórios que propiciam uma transformação política, social e cultural da sociedade portuguesa.

A taxa de analfabetismo decresceu substancialmente e o nível de qualificação académica aumentou com especial incidência na década de 1980 tanto para homens como, e em especial, para as mulheres, que até então apresentavam uma taxa sofrível no ensino superior.

A empregabilidade verifica-se com maior incidência no setor terciário em detrimento do setor primário, pois a busca de melhores condições de vida junto das grandes cidades ou através da emigração é uma constante. O rendimento das famílias aumentou significativamente. De outro lado, entram no mercado interno diversos bens e produtos que apelam ao consumismo. Este consumismo, por sua vez, é também facilitado e estimulado mediante o surgimento de diversas modalidades de crédito, de onde se destaca o crédito à habitação, e do pagamento a prestações, bem como a utilização de cartões de crédito e débito. A estrutura dos encargos dos agregados familiares deixa de estar assente nas despesas em bens essenciais para ser transferida para despesas com a habitação, o automóvel, novos bens e produtos (eletrodomésticos e equipamentos tecnológicos) de curta durabilidade.

A democracia e o aumento da alfabetização impulsionam os portugueses a ganhar consciência dos seus direitos ao mesmo tempo que os estimulam para a sua defesa, alterando-se desta forma a posição conformista típica que anteriormente se evidenciava².

Assiste-se à introdução de novos sistemas fiscais e de segurança social para os quais o cidadão é obrigado a contribuir. O livre e fácil

Constata-se
que a justiça
portuguesa
se apresenta
incapaz de
suster toda a
procura que lhe
é dirigida

acesso a bens e serviços permite um crescimento rápido do consumo, e, em simultâneo, a taxa de desemprego começa a aumentar gradualmente. Incapazes de cumprir as suas obrigações os portugueses começam a endividar-se. As empresas vão acumulando cada vez mais débitos e procuram nos tribunais a forma de serem compensadas.

Verifica-se o aumento da procura pelos tribunais e uma entrada de processos de natureza cível sem precedentes, contribuindo para um avolumar de trabalho nestas instâncias. Em consequência, os processos arrastam-se por tempo indesejável. Está instalada a morosidade na justiça.

Constata-se, pois, que a justiça portuguesa se apresenta incapaz de sustentar toda a procura que lhe é dirigida. Politicamente, identifica-se o problema e procura-se implementar soluções como o reforço de magistrados ou a criação de tribunais de competência especializada nas grandes cidades visando aliviar a obstrução da justiça. O programa do VI Governo Constitucional (1980-1981) referia que “*o funcionamento dos tribunais está gravemente afetado pelo insuficiente número de juizes (...). A criação de tribunais de competência específica para certas matérias (...) descongestionará e racionalizará, em Lisboa e no Porto, os juízos cíveis*”³.

A sociedade mudou e a justiça não acompanhou esta mudança. Face a este diagnóstico, são tomadas diversas medidas de políticas públicas que visam combater a morosidade dos tribunais. Ao longo dos sucessivos ciclos legislativos é dado um especial enfoque ao aumento de recursos humanos nas jurisdições com o reforço de magistrados e outros funcionários judiciais. Paralelamente, aposta-se numa gestão mais eficiente dos recursos existentes com reestruturações das competências dos tribunais (veja-se a criação de tribunais de competência especializada e dos mapas judiciais). Percebe-se uma forte aposta na informatização e na introdução de novas tecnologias que permitirão ganhos importantes de produtividade e eficiência do sistema judicial (criam-se o Projeto Habilus e o Portal CITIUS).

O objetivo é tornar a justiça mais célere, pelo que, para além das medidas acima enunciadas, procura-se aliviar os tribunais do enorme fluxo de procura.

No final dos anos 1970 e decurso dos anos 1980, em Portugal, sopram ventos de mudança provenientes dos Estados Unidos da

América e de alguns países da Europa em relação à forma de atuação da justiça. Os tribunais parecem ficar resguardados para a resolução de questões complexas, e cada vez mais se advoga uma justiça rápida, simples e próxima do cidadão, na qual este possa também participar na resolução do seu litígio.

De entre os vários meios de resolução alternativa de litígios é a arbitragem que assume o papel pioneiro na mudança do paradigma. As primeiras referências que encontramos a este meio extrajudicial constam dos programas dos X e XI Governos Constitucionais (1985-1991) quando, a par da modernização e informatização dos tribunais, é proposto o desenvolvimento *de mecanismos alternativos da chamada “justiça Judicial”, instalando designadamente os centros de arbitragem.*

No entanto, já em 1982, por ocasião da 1ª revisão da Constituição da República Portuguesa (CRP), começa a ser preparado o caminho para a implementação da arbitragem aquando da consagração dos tribunais arbitrais no texto constitucional (*cfr.* n. 2 do artigo 212º da CRP), permitindo que os árbitros exerçam uma função jurisdicional.

Em 1º de janeiro de 1986, Portugal adere à Comunidade Económica Europeia. Nos anos seguintes, verifica-se no plano europeu e comunitário, o interesse sobre os meios de resolução alternativa de litígios, através da realização de diversas iniciativas onde são debatidos os meios extrajudiciais. Ao mesmo tempo, são criadas algumas Recomendações europeias sobre os meios de resolução alternativa de litígios no âmbito do direito da família e do direito comercial, mas sobretudo e em especial, na área da defesa do consumidor.

Em 1986 é publicada a Lei 31/86, de 29 de agosto, que viria a vigorar até 2011, e que institui e regula a arbitragem voluntária em Portugal. A arbitragem pode ser voluntária ou necessária. Será voluntária quando derive de um acordo entre as partes (convenção de arbitragem) através do qual conferem a resolução de um conflito a um ou mais árbitros. Será necessária quando a intervenção da arbitragem seja determinada por lei que afasta desta forma o recurso aos tribunais judiciais.

Na sua generalidade, este diploma apresenta as principais características da arbitragem e reconhece que a arbitragem voluntária assenta na autonomia das partes, cabendo a estas a iniciativa da constituição de um tribunal arbitral *ad hoc* para dirimir determinado

litígio, escolhendo os árbitros a quem confiam o julgamento do seu litígio, e ainda as regras que serão utilizadas na solução do mesmo. Não obstante, para além do carácter casual destes tribunais arbitrais *ad hoc*, permite-se igualmente a criação de centros de arbitragem com um carácter permanente, possibilitando assim o funcionamento da arbitragem institucionalizada.

É pois neste seguimento que, nesse mesmo ano, o Decreto-Lei 425/86, de 27 de dezembro, veio estabelecer os requisitos necessários à outorga de competência a entidades para a realização de arbitragens voluntárias institucionalizadas.

O Ministério da Justiça é definido como a entidade competente para autorizar a criação de centros de arbitragem institucionalizada, tendo em consideração o cumprimento dos requisitos constantes do diploma acima mencionado.

Em 20 de novembro de 1989 entra em funcionamento o primeiro centro de arbitragem de conflitos de consumo, em Lisboa, assumindo um carácter de projeto-piloto de acesso simplificado à justiça para os conflitos decorrentes de aquisições efetuadas por consumidores a comerciantes e prestadores de serviços com estabelecimentos em Lisboa.

Nos anos seguintes são criados vários centros de arbitragem institucionalizados, aptos para a resolução de conflitos em diversos setores da sociedade, nomeadamente no setor comercial, industrial, das obras públicas, da propriedade intelectual, da propriedade e arrendamento urbano, dos sinistros automóveis, dos seguros, da contratação pública e da matéria tributária. Ainda assim, os centros de arbitragem de conflitos de consumo são as estruturas que mais se evidenciam pela procura constante do cidadão.

No mesmo período temporal, vão surgindo estudos e grupos de trabalho que se debruçam sobre as características e vantagens da mediação de conflitos enquanto meio de resolução de litígios em alternativa à justiça dita tradicional.

Exemplo disso é a criação do Instituto Português de Mediação, em 1993, composto por psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e juristas, o qual contribuiu para que no ano seguinte fosse lecionado o primeiro curso de mediação familiar pelo Centro de Estudos Judiciários.

Em 1997, é criada a Associação Nacional para a Mediação Familiar com o propósito de desenvolver e difundir a mediação familiar e, neste mesmo ano, é celebrado um protocolo entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados com vista à criação do projeto “Mediação Familiar em Conflitos Parental”, tendo por objetivo a implementação de um Gabinete de Mediação Familiar, como projeto-piloto, a funcionar na cidade de Lisboa⁴.

Ainda em 1997, em 20 de setembro, através da 4ª revisão constitucional, a Constituição da República Portuguesa consagra no seu artigo 209º os julgados de paz como uma das categorias de tribunais.

Em 1999, a Lei 133/99, de 28 de agosto veio aditar ao então Decreto-Lei 314/78, de 27 de outubro, que regulamentava a organização tutelar de menores, o artigo 147º-D, o qual previa a possibilidade do juiz, a todo o tempo, com o consentimento das partes ou a pedido destas, determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação, devendo o acordo obtido em sede de mediação ser homologado judicialmente sempre que se encontrasse satisfeito o interesse do menor.

Estávamos, pois, perante o primeiro passo tendente à cooperação necessária e desejável entre o sistema judicial e a mediação de conflitos.

Naquele mesmo ano, o Programa do XIV Governo Constitucional (1999-2002) referia-se à necessidade *do recurso mais alargado a formas de conciliação e resolução de conflitos através da criação de mecanismos de contratualização de meios de prevenção de litígios ou de composição extrajudicial de conflitos (...) com vista a prosseguir o esforço para tirar dos tribunais matérias que poderão ser desjurisdicionalizadas e criar centros de arbitragem especializados por áreas*⁵.

Para a legislatura que teve início em 2002, o executivo comprometeu-se à criação e reforço dos meios alternativos, através do *alargamento dos meios de recurso a formas não jurisdicionais de composição de conflitos, incentivando a mediação, a conciliação e a arbitragem, bem como a proceder ao reforço dos julgados de paz*.

Este desiderato começaria por ser conseguido com a Lei 78/2001, de 13 de julho, a propósito da criação e funcionamento dos julgados de paz. A partir de então fica aberto o caminho para a criação dos julgados de paz e é dado um passo fulcral para a afirmação da mediação de conflitos enquanto instituto de resolução alternativa de litígios, uma vez

que este diploma regulamenta determinados aspectos da pré-mediação e mediação.

Após a entrada em vigor da Lei 78/2001, em 2002, são criados os primeiros quatro julgados de paz, a título experimental, nos concelhos de Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia.

Para além da sua implementação, o Ministério da Justiça depreende várias campanhas de divulgação e promoção sobre os julgados de paz, a mediação familiar e laboral e os centros de arbitragem.

Entre 2004 e 2006 entram em funcionamento 12 julgados de paz, perfazendo um total de 16 tribunais que abarcam 32 concelhos.

Face à crescente procura por parte dos municípios que pretendiam disponibilizar os serviços de um julgado de paz aos seus munícipes, em 2007, foi elaborado e apresentado o Plano de Desenvolvimento da Rede dos Julgados de Paz⁶, estudo conduzido pelo Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa com a finalidade de apresentar uma solução de alargamento sustentado da rede dos julgados de paz por forma a que estes tribunais pudessem funcionar em todos os municípios do país.

Entre 2008 e 2010 foram implementados 9 julgados de paz, perfazendo um total de 25 tribunais que compreendem 61 concelhos e cerca de 3.400.000 habitantes.

Entretanto, também o Gabinete de Mediação Familiar deixou de ser considerado um projeto experimental e deu origem ao Sistema de Mediação Familiar, impulsionando ainda a criação de um sistema público de mediação para a resolução de litígios laborais – o Sistema de Mediação Laboral.

Dando execução ao artigo 10º da Decisão Quadro 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março, é publicada a Lei 21/2007, de 12 de junho, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, e é criado um terceiro sistema de mediação pública – o Sistema de Mediação Penal, com competência para a resolução de litígios relativos a crimes particulares e crimes semipúblicos contra as pessoas ou contra o património, dentro das condicionantes expressas na lei.

Do ponto de vista legislativo, anualmente foram sendo criadas condições que possibilitaram a afirmação e o crescimento dos meios de resolução alternativa de litígios.

A este respeito ressaltam-se:

a) Em 2007, as alterações feitas ao regime do acesso ao direito e aos tribunais, onde os meios de resolução alternativa de litígios figuram como estruturas suscetíveis de ser aplicado o regime do apoio judiciário;

b) Em 2008, as alterações efetuadas ao regime jurídico do divórcio que contribuíram para a alteração do disposto no artigo 1.774º do Código Civil estabelecendo que *antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar*;

c) Em 2009, as alterações efetuadas ao Código do Trabalho (artigos 526º e seguintes no que respeita à mediação e capítulo IV a propósito da arbitragem), bem como o aditamento dos artigos 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A no Código de Processo Civil, onde se estabelece a possibilidade de, a qualquer momento, o processo judicial poder ser remetido para mediação, além de consagrar a mediação pré-judicial e a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição enquanto o processo se encontra na mediação.

Anualmente foram sendo criadas condições que possibilitaram a afirmação e o crescimento dos meios de resolução alternativa de litígios

Entre 2010 e 2014, Portugal atravessou uma grave crise financeira inserida no contexto de crise da dívida pública da Zona Euro que afetou com particular incidência países como a Irlanda, Grécia, Espanha e Itália.

Em Portugal, o cenário de ruptura económica encontrava-se de tal forma evidente que foi essencial a correção do défice excessivo e ainda a intervenção da “Troika” (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) através de um programa de assistência financeira.

Nesse contexto, tornou-se obrigatório a tomada de medidas de austeridade, as quais afetaram transversalmente todos os setores da sociedade portuguesa, sobretudo a administração pública.

Essas medidas conduziram a uma estagnação de múltiplos projetos e a um desinvestimento em algumas áreas, entre as quais os meios de resolução alternativa de litígios. Efetivamente não se verificou a criação

de mais julgados de paz, nem a abertura de centros de arbitragem com o apoio financeiro do Estado, ou o nascimento de novos sistemas públicos de mediação, mas tal não significa um menosprezo político por estes meios extrajudiciais. Tanto assim é que se constata uma forte aposta na adequação legislativa relativamente à arbitragem, à mediação e aos julgados de paz, tendo por objeto maximizar o seu desenvolvimento e crescimento. Não podemos de todo esquecer que uma justiça lenta inibe o investimento internacional e que Portugal necessitava arduamente de captação de investimento estrangeiro para relançar a sua economia.

Por tudo isto, cremos que os meios de resolução alternativa de litígios mereceram uma especial atenção ao serem contemplados no Memorando de Entendimento através do qual o Estado Português se vinculou à Troika, e no qual se comprometeu a apresentar uma nova lei de arbitragem e a otimizar o regime dos julgados de paz⁷.

Em 2011, é publicada a Lei 63/2011, de 14 de dezembro, que entrou em vigor em 14 de março de 2012 e que revogou a então lei da arbitragem antes em vigência.

A nova Lei da Arbitragem resulta de inúmeros estudos elaborados em Portugal e em outros países onde este meio extrajudicial foi amplamente disseminado, em especial no que respeita à arbitragem comercial e arbitragem do investimento. Para além de procurar regular melhor a arbitragem voluntária, procura incentivar o recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios. Consideramos, pois, que a Lei 63/2011 se encontra mais adequada à realidade da arbitragem, oferecendo conceitos mais aprofundados e maleáveis, ao mesmo tempo em que acompanha as recentes tendências da legislação internacional.

Em idêntico contexto temporal, a União Europeia promoveu ativamente os meios de resolução alternativa de litígios, nomeadamente o recurso à mediação de conflitos como forma de assegurar um efetivo acesso à justiça. Para além da criação do Livro Verde sobre os Meios de Resolução Alternativa de Litígios em Matéria Civil e Comercial⁸, merece especial importância a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Este diploma acautela as questões fundamentais relativas à mediação, dignificando este meio extrajudicial de resolução de conflitos

ao prevenir que a mediação não deve ser encarada como uma alternativa inferior aos meios judiciais.

Em 2009, Portugal transpõe a diretiva acima mencionada para o seu ordenamento jurídico através da Lei 29/2009, de 29 de junho, que adita ao Código de Processo Civil os quatro importantes artigos que já tivemos oportunidade de referir.

Em 19 de abril de 2013, é publicada a Lei 29/2013, comumente denominada Lei da Mediação, que apresenta os princípios gerais aplicáveis à mediação em Portugal, os regimes jurídicos da mediação civil, da mediação comercial, dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação. Este diploma legal consagra os princípios inerentes à mediação e o regime da mediação anteriormente dispersos em vários normativos, agora devidamente associados. É definido o estatuto dos mediadores de conflitos, bem como a fiscalização do exercício da atividade da mediação.

Por fim, cerca de três meses depois, em 31 de julho de 2013, é publicada a Lei 54/2013, que altera substancialmente a Lei dos Julgados de Paz. Dando cumprimento ao acordado no Memorando de Entendimento celebrado com a Troika, aumenta-se a competência desses tribunais de ações cujo valor ascendia a €5.000 para ações de valor até €15.000. Estabelece-se que, produzida a prova pericial, os autos são remetidos de novo ao julgado de paz pelo tribunal de 1ª instância, para prosseguir o julgamento da causa, ao contrário do que até então se verificava. Atribui-se competência aos julgados de paz para a tramitação de procedimentos cautelares que anteriormente lhe estava vedada. Introduce-se, ainda, uma partilha de receita entre os parceiros envolvidos na criação de um julgado de paz e permite-se a criação desses tribunais assentes numa parceria entre o Ministério da Justiça e entidades de reconhecido mérito, ao invés de limitar esta parceria apenas aos municípios, procurando-se, assim, estimular a criação de julgados de paz.

No cômputo geral, a nova lei dos julgados de paz atribui mais competências a estes tribunais, dignificando desde logo o seu papel no sistema jurídico português, e em simultâneo procura alargar a oferta dos serviços junto do cidadão e flexibilizar a criação dessas estruturas, ampliando o leque das entidades parceiras do Ministério da Justiça.

Com a entrada em vigor da Lei 63/2011, da Lei 29/2013 e da Lei 54/2013, cumpria-se o desiderato previsto nos Programas do XVIII e XIX Governos Constitucionais, bem como no Memorando de Entendimento celebrado com a Troika.

Desde então até à presente data, outros normativos têm entrado em vigor com vista à regulamentar determinadas questões relativas a cada um destes meios de resolução alternativa de litígios.

Por seu turno, a União Europeia tem apostado continuamente no desenvolvimento dos meios extrajudiciais de conflitos, como é exemplo a criação de uma plataforma para a resolução alternativa de litígios *online* que entrou em funcionamento em 15 de fevereiro do corrente ano e que visa o reforço da confiança dos consumidores nas transações por via eletrónica⁹.

Fatidicamente, são também as instâncias internacionais como é o caso da União Europeia que aconselham Portugal a restringir os seus gastos, mormente no âmbito da despesa pública, o que obriga a sucessivos constrangimentos orçamentais. É inegável que este ambiente de opressão económica com que Portugal se debate desde o início da crise a que aludimos anteriormente não se coaduna com o investimento necessário para a expansão e promoção dos meios de resolução alternativa de litígios. Naturalmente não se defende que esta se faça sem o respeito que nos merece a utilização de dinheiro público, mas certo é que o crescimento dos meios de resolução alternativa de litígios está em muito relacionado com a capacidade de investimento público, quer através da criação de novas estruturas, quer pela promoção de iniciativas que visem a sua divulgação junto do cidadão.

Ainda assim, é propósito do atual executivo português desenvolver os esforços necessários *tendentes a agilizar a justiça, continuando o esforço empreendido nas últimas duas décadas no reforço dos meios humanos e em simultâneo no aperfeiçoamento do modelo de gestão dos tribunais, promovendo o descongestionamento das jurisdições que apresentam maior pendência, nomeadamente através do alargamento da competência e da rede dos julgados de paz, bem como dos centros de arbitragem e de mediação*¹⁰.

Em suma, com maior ou menor ênfase, certo é que os meios de resolução alternativa de litígios recolhem os apoios de todos os

quadrantes políticos da sociedade portuguesa e os sucessivos governos reservam-lhe uma atenção especial.

Ao nível internacional os meios extrajudiciais são tidos como garantia de justiça célere e eficiente que se procura maximizar.

No entanto, o seu crescimento e afirmação encontram-se dependentes da capacidade do investimento público, pelo que é possível inferir uma forte relação entre a estagnação do número de julgados de paz, de centros de arbitragem e dos sistemas públicos de mediação verificada nos últimos anos e o período de crise económica que o país atravessou.

Indiscutível é o caminho ainda a percorrer no sentido de tornar os meios de resolução alternativa de litígios tão notórios junto ao cidadão como o são os tribunais judiciais. Para este desiderato será necessário que, para além do investimento público, se assista a uma mudança da perspectiva atual do cidadão e, em especial, dos diversos profissionais da justiça, face aos meios de resolução alternativa de litígios, afastando-se a ideia de estruturas irrelevantes ou inferiores e consagrando-os como mecanismos indispensáveis à justiça que devem coexistir com os tribunais judiciais em prol do restabelecimento da confiança na justiça portuguesa.

Notas

- * As opiniões expressas neste artigo são emitidas a título pessoal vinculando, exclusivamente, a autora.
- ** Helena Alves. Advogada e Mestre em Direito. Diretora de Serviços do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça.
- 1. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, p. 19-21.
- 2. BARRETO, António, *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2000, p. 15-20.
- 3. <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc06/programa-do-governo/programa-do-vi-governo-constitucional.aspx>, p. 3-5.
- 4. Despacho n. 12368/97 do Ministério da Justiça in DR n. 283/97, II Série, de 9/12/97.
- 5. <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc14/programa-do-governo/programa-do-xiv-governo-constitucional.aspx>, p. 98 e 99.

6. <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relatorios.asp>
7. www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf, p. 32.
8. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm
9. <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=PT>
10. <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/prog-gc21/20151127-programa.aspx>, p. 25.

Referências

- BARRETO, António. *Justiça em crise? Crises da Justiça*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2000.
- CARVALHO, Joana Campos; CARVALHO, Jorge Morais. Problemas jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo, *Revista Eletrónica de Direito*, dezembro 2015.
- CARVALHO, Jorge Morais. A Consagração Legal da Mediação em Portugal, *Julgar*, n. 15, Coimbra editora, 2011.
- Conselho dos Julgados de Paz – <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/>
- Direção-Geral da Política de Justiça – <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral>
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011.
- Instituto Nacional de Estatística, Publicação, 25 de abril – 40 anos de Estatísticas, abril 2014.
- PIRES, Edite Freire. *Julgados de Paz em Portugal: uma diferente forma de justiça*, dissertação para obtenção de grau de mestre, ISCTE, 2008.
- Portal do Governo – <http://www.portugal.gov.pt/pt.aspx>
- PortalEuropeudaJustiça – <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=pt&action=home>
- Portal Oficial da União Europeia – http://europa.eu/index_pt.htm
- RIOS, Paula Lucas. Mediação Familiar – Estudo Preliminar Para Uma Regulamentação Legal da Mediação em Portugal, *Verbo Jurídico*, 2005.
- VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de Paz e Mediação*, Almedina, 2006.

ADR 3.0 @ RESOLUÇÃO *ONLINE* DE CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL*

CÁTIA MARQUES CEBOLA¹

Doutora em Direito, Docente na Escola Superior de Tecnologia
e Gestão de Leiria e Diretora do Centro de Investigação em Estudos
Jurídicos (CIEJ) do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal

EXCERTOS

“Assumindo a configuração de um website interativo com um único ponto de entrada, pretende-se que consumidores e comerciantes da UE possam resolver eletronicamente os seus litígios através de procedimentos extrajudiciais disponibilizados nas diferentes entidades de RAL registadas nos vários estados-membros”

“A resolução de conflitos de consumo em Portugal, fora do cenário judicial, pode ainda ser promovida junto dos provedores do cliente, dos CIACs, das entidades reguladoras de determinados setores ou dos julgados de paz”

“Cumpre referir que, ao tempo em que escrevemos estas linhas, se discute em Portugal a aprovação de um regulamento uniforme para todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica (ou não setoriais)”

“A preocupação pela garantia da qualidade dos serviços prestados ao nível das instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo não é nova na União Europeia”

“O cumprimento do princípio da transparência concretiza-se na divulgação de um conjunto de informações indicadas no artigo 9º da Lei 144/2015, por cada uma das entidades de RAL, designadamente quanto ao seu âmbito de atuação, regras procedimentais ou colaboradores que ali prestem serviços”

1. Considerações iniciais

Os meios de resolução extrajudicial de conflitos (abreviadamente designados de ADR, em decorrência da expressão inglesa *Alternative Dispute Resolution*¹) ganharam paulatinamente terreno no espaço europeu no âmbito do consumo², assistindo-se hoje na União Europeia a uma verdadeira revolução tecnológica neste âmbito, com a implementação da plataforma eletrónica RLL³ para a resolução em linha deste tipo de litigiosidade.

Na verdade, a promoção dos meios extrajudiciais para resolução de conflitos de consumo constitui uma aposta clara da UE desde os anos 70 do século passado, com o apoio prestado à implementação da arbitragem (como se verificou em Portugal) ou à instituição da figura do “*ombudsman*” (que granjeia enorme sucesso na esfera de setores como a banca ou os seguros no Reino Unido ou na Irlanda)⁴. Procurou-se, desta forma, implementar mecanismos que, assumindo cariz extrajudicial, se dotassem de técnicos e peritos especializados em direito do consumo, capazes de prestar a informação necessária aos consumidores e decidir conflitos nesta sede, atendendo às especificidades que os caracterizam. Pretendeu-se, em suma, assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores⁵, promovendo-se a 1ª geração de ADR na UE.

No início do século XXI assiste-se à criação de redes para a resolução de conflitos de consumo transfronteiriços, como a Rede Europeia Extrajudicial (EEJ-net)⁶, substituída em 2005 pela atual ECC-net⁷, ou a FIN-net no plano financeiro⁸. O objetivo das preditas redes assenta na gestão das reclamações apresentadas por consumidores em cada Estado através dos seus centros de coordenação (“*clearing house*”)⁹, sendo estes responsáveis pela recepção e envio das queixas ao ponto de contato do estado-membro no qual o agente económico tenha o seu estabelecimento, tentando-se desta forma que as partes encontrem a solução para o conflito. O consumidor poderá, assim, a partir do seu próprio país de residência e na sua língua materna, tentar alcançar uma solução para o seu litígio com um agente económico sediado em qualquer estado-membro, obtendo ainda a informação relativa aos seus direitos. A cooperação entre os vários estados-membros visando a

promoção da resolução extrajudicial de conflitos transfronteiriços em rede deu dimensão ao nível 2.0 dos ADR na UE.

Todavia, a ECC-net e a FIN-net promovem apenas o canal de comunicação entre consumidores e agentes económicos no espaço europeu, mas não asseguram a resolução do conflito. Com efeito, se consumidor e agente económico não acordarem uma solução para o seu litígio, restará ao consumidor socorrer-se dos meios judiciais e extrajudiciais existentes no país onde o conflito teve o seu epicentro. Haveria, assim, que evoluir para uma maior integração dos procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo ao nível da UE, o que veio a verificar-se com a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁰ (a Diretiva RAL, como é comumente designada) e o Regulamento (UE) 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho¹¹ (Regulamento RLL), ambos de 21 de maio de 2013. Este pacote normativo¹² visou incrementar a resolução de conflitos de consumo em linha nos estados-membros, dando resposta ao crescimento do comércio eletrónico no espaço comunitário e ao consequente aumento da litigiosidade que lhe é inerente¹³. Estão assim lançadas as bases do nível 3.0 dos ADR na EU, como melhor veremos no presente artigo.

2. A Plataforma de RLL na UE – virtudes e fragilidades

A *Plataforma de RLL*¹⁴, de resolução de litígios em linha, instituída pelo Regulamento RLL, encontra-se em funcionamento desde fevereiro de 2016, sendo a sua manutenção e financiamento assegurados pela Comissão europeia¹⁵. Assumindo a configuração de um *website* interativo com um único ponto de entrada, pretende-se que consumidores e comerciantes da UE possam resolver eletronicamente os seus litígios através de procedimentos extrajudiciais disponibilizados nas diferentes entidades de RAL registadas nos vários estados-membros¹⁶. Consequentemente, cada estado-membro é responsável por elaborar uma lista de todas as entidades de RAL que respeitem os requisitos de qualidade plasmados na Diretiva RAL e que passam a constar na Plataforma de RLL¹⁷. As entidades de RAL podem conduzir todo o procedimento de resolução *online* do conflito através da própria

Plataforma de RLL, ou utilizá-la apenas como veículo de recepção e direcionamento da reclamação para a entidade escolhida pelas partes, promovendo-se a resolução do conflito no seio da entidade de RAL escolhida e através de meios eletrónicos próprios¹⁸.

Os estados-membros são ainda responsáveis pela designação de um ponto de contato de RLL, cuja principal função reside na prestação de assistência na resolução de litígios no âmbito da plataforma, designadamente ajudando na apresentação da queixa ou prestando às partes e às entidades de RAL informações gerais sobre direitos dos consumidores e sobre o funcionamento da Plataforma de RLL. Cada ponto de contato deve dispor de dois conselheiros de RLL para o exercício das funções que lhe competem¹⁹. Em Portugal foi designado como ponto de contacto RLL o Centro Europeu do Consumidor na Direção Geral do Consumidor²⁰. Cabe à Comissão criar uma rede de pontos de contato de RLL por forma a permitir a cooperação entre os mesmos e contribuir para que as funções que lhe incumbem sejam levadas a cabo²¹.

Nos termos do procedimento plasmado no Regulamento RLL²², consumidores e comerciantes poderão apresentar as suas reclamações de forma gratuita e na sua língua materna, através de um formulário eletrónico, disponível na predita Plataforma de RLL²³. Posteriormente, esta plataforma verifica se a queixa poderá ser tratada e as partes deverão obter acordo sobre a entidade de RAL à qual pretendem submeter a resolução do litígio, prestando-se todas as informações sobre a mesma. Se houver acordo entre consumidor e agente económico sobre a entidade de RAL, esta deverá concluir o procedimento no prazo de 90 dias a contar da data em que tiver recebido o processo completo de queixa²⁴. Se no prazo de 30 dias após a apresentação do formulário de queixa as partes não lograrem obter acordo relativamente à entidade de RAL competente ou, bem assim, se a entidade de RAL escolhida de comum acordo por consumidor e agente económico recusar conhecer o litígio²⁵, a queixa será abandonada e o seu autor é informado da possibilidade de contactar um conselheiro de resolução de litígios em linha a fim de obter informações gerais sobre outras vias de recurso²⁶.

Neste particular aspecto reside uma das fragilidades da Plataforma de RLL. Na verdade, o Regulamento RLL não prevê um critério

subsidiário para a situação em que consumidor e agente económico não obtenham acordo relativamente à entidade de RAL competente. Assim, bastará que uma das partes recuse a entidade de RAL escolhida pela outra, não se logrando consenso nesta questão, para que a queixa tenha de ser abandonada. No âmbito de conflitos transfronteiriços, pertencendo o consumidor e o agente económico a estados-membros distintos, auguramos que seja elevada a potencialidade de desacordo quanto à entidade de RAL competente, uma vez que cada sujeito confiará ou tenderá a escolher entidades do seu próprio país. A relutância para permitir que seja uma entidade de RAL estrangeira a resolver o conflito pode ser alta. Nesse contexto, e atendendo a que estamos no domínio de conflitos de consumo, poder-se-ia ter consagrado como critério subsidiário, em caso de desacordo entre as partes, a nomeação da entidade de RAL que tenha sido escolhida pelo consumidor, à luz da regra prevista em matéria de contratos de consumo quanto à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, plasmada na seção 4 do Regulamento (UE) 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho²⁷, de 12 de dezembro.

Face à muito recente disponibilização da Plataforma de RLL, não é ainda possível analisar o panorama quer ao nível do seu funcionamento, quer ao nível do comportamento de consumidores e agentes económicos perante a possibilidade de resolução de conflitos de consumo *online*. De todo modo, a Plataforma de RLL europeia constitui, como afirmámos anteriormente, a face visível de um nível 3.0 dos ADR de consumo em termos europeus.

3. A resolução *online* de conflitos de consumo em Portugal: análise geral da Lei 144/2015, de 8 de setembro

Publicada a 8 de setembro, a Lei 144/2015 entrou em vigor a 23 de setembro, mas apenas logrou plena operacionalidade em março de 2016, data limite para que todas as entidades de RAL já existentes se adaptassem às novas exigências legais²⁸. Com efeito, o novo diploma legal implementa um regime de controlo total de todas as entidades de RAL, através da criação de um registo nacional para os organismos que,

encontrando-se estabelecidos em território português, possibilitem a resolução de litígios de consumo abrangidos pela presente lei.

Em Portugal²⁹, os conflitos de consumo são, em grande medida, tramitados e decididos pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo, que podem agrupar-se em dois grupos:

1) por um lado, os centros de competência genérica para a resolução da globalidade dos litígios decorrentes de uma relação jurídica de consumo, mas de âmbito regional, restringindo a sua área de competência apenas aos concelhos estabelecidos nos seus estatutos. Neste grupo inserem-se os centros de Lisboa³⁰, Coimbra³¹, Porto³², Braga (Vale do Cávado)³³, Vale do Ave³⁴, Algarve³⁵ e Região Autónoma da Madeira³⁶. Face à limitação territorial destes centros, consumidores de diversas regiões do país não dispunham de estruturas arbitrais às quais pudessem recorrer para solucionar os seus conflitos de consumo. Para suprir esta evidente lacuna surge, em 2009, o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC)³⁷, que, privilegiando os meios *online*, recebe reclamações relativas a conflitos de consumo ocorridos em qualquer parte do país. Este centro somente intervém se não existir qualquer outro centro de arbitragem competente, tendo, desta feita, competência supletiva;

Em Portugal,
os conflitos de
consumo são, em
grande medida,
tramitados
e decididos
pelos centros
de arbitragem
de conflitos de
consumo

2) por outro lado, existem ainda os centros de competência setorial que, tendo âmbito territorial nacional, apenas julgam determinados conflitos em razão da matéria. Integram esta categoria o CASA³⁸ (para o setor automóvel) e o CIMPAS³⁹ (no âmbito dos seguros).

A resolução de conflitos de consumo em Portugal, fora do cenário judicial, pode ainda ser promovida junto dos provedores do cliente⁴⁰, dos CIACs⁴¹, das entidades reguladoras de determinados setores⁴² ou dos julgados de paz⁴³.

Importará, então, perceber qual o impacto da Lei 144/2015 no panorama da resolução extrajudicial de conflitos de consumo em Portugal e qual o foco de aplicação visado pelo novo enquadramento legal.

3.1 Âmbito de aplicabilidade objetiva

O artigo 2º, n. 1, da Lei 144/2015 estabelece a sua aplicação a *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 respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia*⁴⁴. Por seu turno, o n. 2 exclui do seu âmbito de aplicação objetivo (1) os serviços de interesse geral sem contrapartida económica; (2) os serviços de saúde; (3) os prestadores públicos de ensino complementar ou superior (estando, *a contrario*, abrangidos os prestadores de ensino privados); (4) as reclamações apresentadas por fornecedores de bens ou prestadores de serviços contra consumidores; e (5) os procedimentos apresentados por consumidores junto dos serviços de reclamações dos fornecedores de bens, prestadores de serviços ou autoridades reguladoras setorialmente competentes, geridos pelos próprios (e usualmente levados a cabo através do designado livro de reclamações⁴⁵).

Do artigo 2º resultam, assim, as condições de aplicação da presente lei ao nível dos litígios abrangidos, estendendo-se, desde logo, quer a conflitos nacionais (quando consumidor e fornecedor de bens ou serviços residam ambos em Portugal no momento em que a encomenda de bens ou serviços se concretiza⁴⁶), quer transfronteiriços (se, pelo contrário, consumidor e fornecedor de bens ou serviços residam em estados-membros distintos⁴⁷).

Refere ainda a lei a sua aplicação a conflitos entre consumidores e fornecedores de bens ou serviços resultantes de contratos de compra e venda e contratos de prestação de serviços, tal como o artigo 3º os define⁴⁸. À exceção das situações previstas no n. 2 do artigo 2º e não obstante a referência expressa a contratos de compra e venda e de prestação de serviços, o almejado âmbito de aplicação legal será amplo, pelo que o legislador português poderia ter revelado um menor aprisionamento ao teor literal da diretiva, referindo que se abrangeriam quaisquer litígios entre consumidores e fornecedores de bens ou serviços, excetuadas as situações legais prescritas. Esta era aliás uma

redação mais consentânea com o caráter total e abrangente subjacente à intenção legislativa.

Por outro lado, a Lei 144/2015, novamente em obediência às prescrições legais comunitárias⁴⁹, refere aplicar-se apenas a procedimentos iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou serviços. Perante a prescrição do artigo 2º, n. 1, pode questionar-se se a mesma implica que os centros de arbitragem de conflitos de consumo também competentes para reclamações de agentes económicos, como é o caso do CASA e como se verificava até abril de 2016 no TRIAVE⁵⁰, terão de modificar nesta sede os seus regulamentos, passando a abranger apenas reclamações de consumidores. Não nos parece, todavia, necessária uma alteração a este nível. Com efeito, pretende o legislador estabelecer requisitos de qualidade exigíveis a todos os organismos com competência para resolver conflitos de consumo, bastando que uma qualquer entidade de RAL seja competente para reclamações apresentadas pelos consumidores para que esta tenha de respeitar as exigências legais prescritas na Lei 144/2015, ainda que o seu escopo de aplicação, em termos de legitimidade ativa, possa ser mais lato. A possibilidade de reclamações apresentadas por um comerciante contra um consumidor é, aliás, permitida no domínio da Plataforma de RLL⁵¹ e a sua previsão poderá concorrer para a consolidação de um verdadeiro sistema de justiça arbitral de consumo, não compatível com as limitações *intuitu personae* vigentes, e para a consideração dos centros de arbitragem como verdadeiros tribunais especializados em direito do consumo⁵².

3.2 Procedimentos de RAL e exigências legais do Registo das Entidades de RAL

Por entidade de RAL entende-se, nos termos do artigo 3º, alínea b), da Lei 144/2015, todo o organismo que, independentemente da sua designação, se encontre estabelecido em Portugal e possibilite a resolução dos conflitos de consumo acima referidos, através de um procedimento de RAL. Esclarece a alínea i) no mesmo artigo que se consideram procedimentos de RAL a mediação, a conciliação e a arbitragem. Excluídos ficam, assim, todos os organismos que não promovam a resolução de conflitos através desses mecanismos. Em causa estarão,

por exemplo, os provedores do cliente que apenas elaborem pareceres ou recomendações em relação a reclamações a si dirigidas, mas não promovam a mediação ou a conciliação dos conflitos analisados, uma vez que neste caso não levam a cabo qualquer procedimento de RAL previsto na Lei.

Os organismos abrangidos pela Lei 144/2015 devem solicitar a sua inscrição na Lista de Entidades de RAL, tal como prescreve o artigo 6º, n. 2, e o artigo 16º. O legislador cria, assim, um registo nacional de todas as entidades competentes para a resolução de conflitos de consumo em Portugal com um duplo objetivo: por um lado, controlar as exigências de qualidade destes organismos e, por outro, disponibilizar um acervo das entidades a que consumidores e agentes económicos podem recorrer no âmbito da Plataforma de RLL, implementada pelo Regulamento (EU) 524/2013.

A organização e monitorização da Lista de Entidades de RAL fica a cargo da Direção Geral do Consumidor (DGC), sendo esta a entidade competente para analisar os pedidos de inscrição na predita lista⁵³. Todos os organismos interessados devem instruir o pedido de inscrição com as informações e documentos elencados no artigo 16º, visando-se controlar o cumprimento dos requisitos de qualidade exigíveis interna e comunitariamente quanto às entidades que promovam a resolução extrajudicial de conflitos de consumo pelos procedimentos acima referidos. Os organismos constantes da Lista de Entidades de RAL devem assegurar e cumprir as obrigações decorrentes do artigo 6º da Lei 144/2015, designadamente, *manter um sítio eletrónico na Internet atualizado que proporcione às partes um acesso fácil a informações relativas ao procedimento de RAL, e que permita que os consumidores apresentem em linha (online) as reclamações e os documentos para tal efeito necessários*, bem como *aderir à plataforma eletrónica de resolução de conflitos em linha (online) criada pelo Regulamento (UE) n. 524/2013*. Não deve esquecer-se que a Lei 144/2015, de transposição da Diretiva 2013/11/UE, visa, entre outros objetivos, criar as condições de implementação da Plataforma de RLL para a resolução em linha de conflitos de consumo no espaço comunitário, pelo que se verifica uma aposta clara na disponibilização e utilização de meios eletrónicos nesta sede.

Por outro lado, é também de realçar a exigência legal prescrita no artigo 7º da Lei 144/2015, no que concerne à qualificação das pessoas singulares que prestem serviços nas entidades de RAL, as quais deverão comprovadamente possuir conhecimentos e qualificações no que se refere à resolução extrajudicial de conflitos e em direito⁵⁴. Cada organismo de RAL fica obrigado a proporcionar aos seus colaboradores formação nestes domínios e a assegurar a sua atualização formativa.

Todas as entidades já existentes no panorama nacional relativas à resolução extrajudicial de conflitos de consumo têm de se adaptar às exigências legais agora em vigor e solicitar o seu registo junto da Direção Geral do Consumidor⁵⁵. Do artigo 24º, em conjugação com o artigo 17º, n. 5, da Lei 144/2015, resulta que os organismos que não constem da Lista de Entidades de RAL ficam impedidos de dirimir litígios de consumo nacionais ou transfronteiriços, em consonância com uma lógica de implementação de um sistema de controlo total a este nível⁵⁶.

Nesse contexto, será pertinente questionar a conveniência de um modelo de controlo total como o que se pretende implementar em Portugal. Ou seja, deveria o legislador ter criado um sistema de acreditação apenas para as entidades que pretendessem integrar a lista disponível no âmbito da Plataforma de RLL, ou verificava-se em Portugal a necessidade premente de qualificar todos os organismos que promovem a resolução de conflitos de consumo extrajudicialmente, ainda que apenas internamente? Pensemos, por exemplo, nos julgados de paz. Devem eles solicitar a sua inscrição na Lista de Entidades de RAL por forma a poderem receber reclamações de consumidores contra agentes económicos, uma vez que preveem a possibilidade de aplicação da mediação para solucionar os litígios no âmbito da sua competência? Ou ficarão desta forma excluídos os litígios de consumo do âmbito dos julgados de paz, para reclamações apresentadas por consumidores? Ou, como terceira possibilidade, podem os julgados de paz manter as suas competências em sede de resolução de conflitos de consumo? Sempre se pode argumentar que a natureza híbrida ou mista dos julgados de paz que os integra na categoria constitucional de tribunais⁵⁷ será suficiente por si só para inferir a sua exclusão do conceito de entidade de RAL plasmado na nova lei. Mas, se assim é, o sistema de controlo total

visado pela Lei 144/2015 fica preterido, uma vez que os julgados de paz podem promover a resolução de conflitos de consumo por mediação⁵⁸ e não terão de solicitar a sua inscrição na Lista de Entidades de RAL como exige o seu artigo 3º. Por outro lado, se os julgados de paz vierem a restringir a sua competência apenas a reclamações apresentadas pelo agente económico contra o consumidor, uma vez que estas não estão abrangidas pelo artigo 2º da Lei 144/2015, ficará preterida uma via de proteção dos direitos do consumidor e, consequentemente, o seu direito a uma justiça acessível e pronta, como prescreve o artigo 14º da Lei 24/96, de 31 de julho, o que não é desejável.

A mesma situação pode ser extensível, *mutatis mutandis*, aos provedores do cliente, aos CIACs, às entidades reguladoras ou mesmo aos mediadores privados⁵⁹, que podem promover a mediação de conflitos de consumo e que, nos termos da lei em análise, se não solicitarem a sua acreditação e registo deixarão de poder levar a cabo a tentativa de resolução do litígio através deste mecanismo (quer estejam em causa conflitos nacionais ou conflitos transfronteiriços) ou terão de usar uma designação distinta para a mediação e a conciliação (como, por exemplo, *tentativa de resolução amigável do conflito*)⁶⁰, o que significará, em nossa opinião, contornar as exigências legais através de meandros linguísticos.

Atendendo à lista disponibilizada pela Direção Geral do Consumidor, à data em que escrevemos o presente artigo encontram-se acreditados todos os centros de arbitragem em funcionamento em Portugal e, ainda, a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), bem como o Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo⁶¹. Apenas o tempo dirá como se adaptarão todas as entidades de RAL existentes em Portugal e quais deixarão de promover a resolução extrajudicial de conflitos de consumo por força dos novos imperativos legais, percebendo-se então se o sistema de controlo total alcançou os desígnios almejados e se é coerente com o panorama nacional nesta sede.

3.3 A Rede de Arbitragem de Consumo (RAC): qual harmonização pretendida?

Paralelamente à Lista de Entidades de RAL, a Lei 144/2015 cria a Rede de Arbitragem de Consumo, visando promover o funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Esta rede substitui a anterior Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada (RNCAI), implementada em 2011, tendo os mesmos objetivos, mormente *assegurar 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 de conflitos de consumo que agrega*⁶². A nova rede será monitorizada pela Direção Geral do Consumidor que, a partir de agora, terá também de se pronunciar relativamente ao cumprimento dos requisitos legais no que concerne aos novos pedidos de criação de centros de arbitragem de conflitos de consumo, ao abrigo do Decreto-Lei 425/86, de 27 de dezembro⁶³. Para os centros de arbitragem de conflitos de consumo passa, portanto, a existir uma dupla exigência legal: por um lado, a inscrição na Lista de Entidades de RAL, nos termos analisados anteriormente, e, por outro, a sua integração na Rede de Arbitragem de Consumo.

Não obstante o objetivo de uniformização legalmente declarado, na prática cada centro mantém o seu regulamento exclusivo e os seus próprios procedimentos, cingindo-se a almejada harmonização aos processos de recolha de informação estatística, à exigência de apresentação de relatórios de atividades, à monitorização do funcionamento e à prestação de contas para efeitos de financiamento. A comprovar esta realidade bastará atentar-se nas diferentes taxas cobradas pelos diversos centros existentes⁶⁴. É certo que em causa estão entes privados, mas ao nível da resolução de conflitos de consumo e pelas exigências que o legislador agora coloca, a uniformidade entre os centros deveria ter sido ampliada, objetivo que o novo diploma não logrou consagrar.

Cumprir referir que, ao tempo em que escrevemos estas linhas, se discute em Portugal a aprovação de um regulamento uniforme para todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica (ou não setoriais). Contudo, mesmo que este

regulamento uniforme seja aprovado, prevê-se que se mantenham diferenças, em concreto ao nível das taxas a cobrar pelo recurso aos serviços de cada centro, bem como relativamente à sua competência em razão do valor. Além de que, sendo um regulamento elaborado e subscrito por entidades privadas existentes neste momento, pode o mesmo não vincular de forma obrigatória futuros centros de arbitragem de conflitos de consumo. Por outro lado, figuras como a declaração de adesão genérica ganhariam irrefutabilidade jurídica se previstas legalmente e não meramente em regulamentos privados desprovidos de carácter legal. Assim, dever-se-ia debater e pensar a promulgação de uma lei geral de arbitragem de consumo em Portugal, como se verifica em Espanha⁶⁵, que contivesse ainda a regulamentação da mediação nesta sede, estatuinto as regras essenciais à sua aplicação no âmbito de conflitos de consumo, pelas especificidades que granjeia⁶⁶.

3.4 Os princípios legais consagrados: novas exigências de qualidade?

A preocupação pela garantia da qualidade dos serviços prestados ao nível das instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo não é nova na União Europeia. A Recomendação da Comissão 98/257/CE, de 30 de março⁶⁷, bem como a Recomendação da Comissão 2001/310/CE, de 4 de abril⁶⁸, vieram precisamente estabelecer os princípios a respeitar por qualquer procedimento de resolução de litígios em matéria de consumo considerados “alternativos” à resolução judicial, numa clara tentativa de promover e assegurar a qualidade desses meios. A Diretiva 2013/11/UE veio estabelecer como obrigatórios os princípios considerados basilares a respeitar pelas entidades de RAL, os quais lograram fiel consagração na Lei 144/2015. A sua previsão e conteúdo não são, todavia, totalmente inovadores. Em Portugal a Recomendação 98/257/CE foi incorporada no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei 146/99, de 4 de maio, que criou um sistema de registo voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo para as entidades que promovessem serviços de mediação ou de provedores de clientes neste âmbito. Este registo voluntário é agora revogado, assumindo os princípios legais estabelecidos na Lei 144/2015 carácter obrigatório.

i) Independência e imparcialidade

O artigo 8º estabelece um conjunto de condições a respeitar pelas entidades de RAL, bem como pelas pessoas singulares responsáveis pelo procedimento de RAL, por forma a garantir que a sua atuação não seja suscetível de sofrer influência pelas partes ou causar conflitos de interesses⁶⁹. Das entidades existentes em Portugal, no que concerne à resolução extrajudicial de conflitos de consumo, serão os provedores de cliente, com funções de mediação e conciliação, os organismos que maiores dúvidas poderão levantar quanto à observância das regras de independência e imparcialidade, uma vez que são suportados financeiramente pelo respectivo fornecedor de bens ou serviços. Sem embargo, não nos parece que a lei feche totalmente a porta à admissibilidade de inscrição dos provedores de cliente na Lista de Entidades de RAL, bastando para tal que as exigências plasmadas no artigo 8º sejam respeitadas, mormente que o provedor se encontre inequivocamente separado de qualquer estrutura operacional do fornecedor de bens ou prestador de serviços, dispondo de um orçamento suficiente e independente do orçamento geral deste, bem como que a sua designação seja efetuada por um órgão colegial composto por igual número de representantes de associações de consumidores e de representantes do fornecedor de bens ou prestador de serviços. Assegurando-se de forma comprovada as condições exigidas na lei, poderá ser solicitada a sua inscrição na Lista de Entidades de RAL, sendo certo que ao nível da mediação de conflitos de consumo terão ainda de ser respeitados os requisitos estabelecidos na Lei 29/2013, de 19 de abril. Caso contrário, os provedores de cliente terão de excluir a mediação ou conciliação do seu âmbito de atuação.

Neste momento já se encontra registado na Lista de Entidades de RAL, como vimos, o Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, *que tem por função principal a defesa e promoção dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos utilizadores de serviços das agências de viagens e turismo (clientes) e a dignificação destes serviços, em Portugal e no estrangeiro, junto do público em geral*⁷⁰. Na medida em que em causa está um órgão independente da APAVT (Associação Portuguesa das Agências de Viagens de Turismo), não sendo financiado diretamente

por nenhum agente económico concreto, ter-se-á tornado mais simples o cumprimento dos requisitos de independência prescritos na lei.

ii) Transparência

O cumprimento do princípio da transparência concretiza-se na divulgação de um conjunto de informações indicadas no artigo 9º da Lei 144/2015, por cada uma das entidades de RAL, designadamente quanto ao seu âmbito de atuação, regras procedimentais ou colaboradores que ali prestem serviços⁷¹. As entidades de RAL devem ainda elaborar e disponibilizar relatórios de atividades, apontando, por exemplo, o número de litígios recebidos ou os problemas que lhe estão inerentes. O elenco de informações legalmente consagrado é impositivo e tem de constar no *website* de cada entidade de RAL, devendo ainda ser prestada informação a qualquer pessoa que o solicite, por escrito ou por qualquer outro meio considerado adequado. Visa-se, assim, tornar acessível a todos os interessados o funcionamento de cada entidade de RAL, por forma a possibilitar a escolha ou designação pelas partes do organismo competente para o conflito de consumo a resolver, mormente no âmbito da Plataforma de RLL, atrás referida.

iii) Equidade

No que concerne à equidade, as preocupações legais, norteadas pelas diretrizes comunitárias⁷² e vertidas no artigo 12º da Lei 144/2015, assentam no objetivo de assegurar que às partes seja garantido tratamento equitativo e similar durante todo o procedimento de RAL, mormente ao nível da sua participação, do seu direito de representação por advogado e de notificação do resultado para o seu conflito. Nada é referido quanto à equidade enquanto critério de julgamento dos árbitros, como permite a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa no seu artigo 39º e, em geral, os vários regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal, considerando-se que nesta matéria se manterão as regras vigentes.

No n. 2 do artigo 12º o legislador prescreve regras de equidade relativas à conciliação, não se referindo à mediação. Tal omissão pode decorrer da consagração de regras específicas relativamente à mediação na Lei 29/2013, de 19 de abril, não querendo o legislador contradizer a norma geral vigente. Contudo, nenhum dos parâmetros legais vertidos no artigo 12º, n. 2, se opõe às regras previstas na lei de mediação

portuguesa, pelo que a sua extensão a este meio não criaria qualquer contradição normativa⁷³.

iv) Informação

Os deveres de informação plasmados na Lei 144/2015, pelo seu carácter obrigatório, assumem natureza de princípio norteador da atuação das entidades de RAL. Neste contexto devem os organismos inscritos tornar de fácil acesso às partes as informações sobre o procedimento de RAL que ofereçam, bem como prestar todos os esclarecimentos solicitados por consumidores e agentes económicos⁷⁴.

Contudo, a novidade a este nível reside na consagração do dever de informação obrigatório para os agentes económicos nos termos do artigo 18º da Lei 144/2015, tal como impunha a Diretiva 2013/11/UE no seu artigo 13º. A partir da nova imposição legal, a não indicação aos consumidores das entidades de RAL disponíveis e competentes por parte dos fornecedores de bens ou serviços acarreta a violação de um dever legal e, consequentemente, uma contraordenação punível com coima, nos termos do artigo 23º da Lei 144/2015.

Esta informação deve estar disponível nos respectivos *websites* dos agentes económicos, caso existam, devendo constar no conteúdo dos contratos celebrados de forma escrita com os consumidores ou quando em causa estejam contratos de adesão. Desta feita, bastará aos agentes económicos introduzirem nos contratos a lista de entidades competentes para a resolução dos conflitos que eventualmente possam surgir no âmbito da sua atividade ou a que se tenham vinculado através de adesão genérica⁷⁵, para que o dever imposto no artigo 18º se considere cumprido.

No âmbito das convenções de arbitragem ou de mediação relativamente à designação prévia da entidade de RAL competente para conflitos eventuais decorrentes do contrato celebrado entre consumidor e fornecedor de bens ou serviços, cumpre denotar a regra especial agora consagrada no artigo 13º da Lei 144/2015, em derrogação das normas gerais prescritas nas respectivas Leis de arbitragem e de mediação em Portugal⁷⁶. Com efeito, nos termos do novo regime jurídico, as convenções de arbitragem ou de mediação, relativas a conflitos futuros no âmbito de uma concreta relação jurídica contratual entre consumidores e fornecedores de bens ou serviços, apenas vinculam o

agente económico, não podendo privar o consumidor de optar pela via judicial. As referidas convenções passam, assim, a ter carácter unilateral somente vinculando os agentes económicos. Esta norma não deixa de ser curiosa quando inserida numa lei que visa promover a resolução extrajudicial de conflitos de consumo e precisamente quando são os consumidores que maiores vantagens granjeiam no recurso a vias “alternativas” aos tribunais judiciais, mormente tendo em conta as custas processuais em vigor face ao valor médio dos litígios de consumo⁷⁷.

v) Eficácia

No contexto da eficácia dos procedimentos de RAL cumpre-nos realçar dois aspectos da previsão legal plasmada no artigo 10º da Lei 144/2015. Por um lado, cada entidade de RAL fica obrigada a disponibilizar o(s) seu(s) procedimento(s) quer por meios eletrónicos quer por meios convencionais, ou seja, presencialmente. A implementação da designada ODR (*online dispute resolution*), isto é, a possibilidade de resolução de conflitos por meios eletrónicos, como email ou plataformas *online*, constitui agora uma imposição vinculativa no setor dos litígios de consumo. O tempo dirá quais as vias digitais e eletrónicas adotadas por cada entidade de RAL, sendo certo que, relativamente aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, é já possível efetuar reclamações em formulários *online*, bem como enviar as peças processuais e documentos de prova por *email* e realizar julgamentos arbitrais ou sessões de mediação/conciliação por videoconferência. Acresce que as entidades de RAL poderão utilizar a Plataforma de RLL para a resolução de conflitos que caibam no seu domínio. A criação de plataformas próprias especificamente para a resolução de conflitos de consumo por cada entidade RAL, como foi pensado para o CIMACE⁷⁸, pode, assim, continuar um sonho adiado, mas a colocação do primeiro tijolo estará executada.

Por outro lado, o legislador português, seguindo os desígnios comunitários⁷⁹, consagra no artigo 10º, n. 3, que os procedimentos de RAL devem ser gratuitos ou disponíveis contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido. Não se indica, todavia, qualquer valor de referência como se previa, por exemplo, em Espanha no *Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo*⁸⁰, quando se estabelecia no artigo 11º a quantia de 30 euros como limite máximo

a cobrar⁸¹. Recentemente e para fazer face ao acréscimo de processos (sobretudo depois da Lei 6/2011, de 10 de março, que introduziu a arbitragem necessária na esfera dos serviços públicos essenciais⁸²), os diferentes centros de arbitragem de conflitos de consumo, gratuitos até agora, estão a introduzir taxas pela utilização do serviço de mediação e arbitragem. A julgar pelo valor das taxas aprovadas e já divulgadas por alguns centros (rondando no máximo os 40 a 50 euros)⁸³, parece-nos totalmente cumprido o requisito estabelecido no artigo 10º, n. 3, da Lei 144/2015. Contudo, ao não estabelecer um valor de referência, o legislador poderá ter criado dificuldades quanto à avaliação deste parâmetro no que se refere ao pedido de registo de uma entidade de RAL. Com efeito, fica sem se saber o valor acima do qual uma taxa de utilização de um procedimento de RAL deixa de ser reduzido, pelo que caberá à Direção Geral do Consumidor ir estabelecendo a bitola nesta matéria.

Neste concreto aspecto, não podemos deixar de afirmar que se afigura difícil concordar que os diferentes centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal prevejam diferentes taxas de utilização dos seus serviços. É certo que em causa estão entidades privadas com regulamentos e órgãos próprios, mas a Lei 144/2015 quis precisamente estabelecer a harmonização dos seus procedimentos com a criação da Rede de Arbitragem de Consumo, além de que financeiramente estes centros são apoiados pelo Ministério da Justiça⁸⁴.

Por outro lado, a lógica inerente à cobrança de taxas diferenciadas entre entidades de resolução de conflitos é cogitável num sistema de concorrência entre os diferentes centros de arbitragem, o que, na verdade, não se verifica em Portugal no setor dos litígios de consumo. Com efeito, cada centro tem o seu âmbito de competência territorial definido estatutariamente, não existindo, pelo menos ao nível dos centros regionais, qualquer sobreposição de jurisdição, uma vez que cada centro atua somente no território que lhe está adstrito. Assim,

Se afigura difícil concordar que os diferentes centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal prevejam diferentes taxas de utilização dos seus serviços

perante um conflito de consumo emergente em Coimbra, não poderá o consumidor optar pelo centro de arbitragem de conflitos de consumo do Porto ou de Braga. Não poderá sequer recorrer ao Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), na medida em que a sua competência é subsidiária, apenas recebendo as reclamações quando nenhum outro centro se revelar competente. Neste contexto revela-se difícil compreender que o mesmo litígio, com o mesmo valor e objeto, esteja sujeito a diferentes taxas pelos diversos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Imbuído do espírito de estabelecer normativamente os parâmetros de atuação das entidades de RAL nos mais variados domínios e com níveis de preciosismo ímpares, perdeu o legislador a oportunidade de estender a harmonização pretendida às taxas a cobrar pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo, mantendo viva esta antiga e controvertida querela.

Conclusão

Perpassadas as principais regras estabelecidas pela Lei 144/2015, percebe-se que o pano de fundo da resolução extrajudicial de conflitos de consumo em Portugal não padeceu de uma reforma transfigurante. O diploma assume a missão de transcrever as normas plasmadas na Diretiva 2013/11/UE, tendo adaptado os imperativos comunitários à realidade existente em Portugal. A Rede de Arbitragem de Consumo vem substituir, em moldes similares, a anterior RNCAI, pelo que a verdadeira novidade estará na criação de um sistema de autorização prévia para todas as entidades de RAL que ofereçam procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo e a impossibilidade de qualquer organismo prosseguir a sua atividade neste âmbito sem a respectiva autorização ou sempre que deixar de cumprir os requisitos legais estabelecidos de acordo com o artigo 17º, n. 5, da Lei 144/2015.

Muitas das exigências e princípios a que todas as entidades de RAL passam a estar obrigatoriamente sujeitas, nos termos do diploma legal agora em vigor, não são totalmente inovadores, uma vez que, *grosso modo*, já encontravam consagração no Decreto-Lei 146/99, de 4 de maio. Novo será apenas o seu caráter obrigatório e a previsão de cominações para o seu incumprimento.

Não se antevê, assim, que o panorama da RAL de consumo se altere grandemente, nem em Portugal, nem nos restantes estados-membros, a avaliar pelos documentos legislativos de transposição da Diretiva 2013/11/UE conhecidos até ao momento, pelo que as intenções reformistas e possibilidades abertas pelo legislador comunitário poderão não ultrapassar velhos dilemas e obstáculos à resolução extrajudicial de conflitos de consumo, quer no espaço europeu, quer em Portugal. Certo é que o desenvolvimento dos meios eletrónicos neste contexto poderá alcançar um novo patamar de inovação, o que é visível, desde logo, pela construção de novos *websites* para os centros de arbitragem, que apresentam funcionalidades acrescidas na resolução em linha de conflitos de consumo e representam uma adaptação a um novo nível tecnológico dos ADR em Portugal. Não teremos dado novos rumos ao mundo, mas certamente não abandonámos a caravela tecnológica dos ADR 3.0 que agora navega no espaço europeu⁸⁵.

Coimbra, abril de 2016

Notas

- * A elaboração deste texto deve-se ao convite que nos foi endereçado pelo professor Mário Frota, cujo meritório trabalho na proteção dos direitos dos consumidores e na promoção dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo se tem de enaltecer.
- ** Cátia Marques Cebola. Doutora em Direito, Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria e Diretora do Centro de Investigação em Estudos Jurídicos (CIEJ) do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal.
- 1. O termo *alternative* ou alternativo é hoje objeto de críticas, advogando alguns autores a sua substituição por *appropriate* ou adequado, no sentido de que cada meio tem as suas próprias valências relativamente ao tipo de conflito a resolver. Quanto a nós, preferimos a designação destes meios por extrajudiciais pela objetividade que lhe está inerente. Sobre esta questão veja-se Marques Cebola, Cátia (2013), *La mediación*, Marcial Pons, p. 57-61; Mackie, Karl J. (1991), *A handbook of dispute resolution: ADR in action*, Routledge, Nova York, p. 4; Moore, Carl M. (1994), “Why do we Mediate?”, *New Directions in Mediation: communication research and perspectives*, ed. Joseph Folger e Tricia Jones, SAGE Publications, Califórnia, p. 195; Mullerat Balmaña, Ramón María (2002), “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n. 3, Barcelona, p. 52, n. 17.
- 2. Sobre a evolução das políticas europeias ao nível da resolução extrajudicial de conflitos de consumo, veja-se, entre outros, Marques Cebola, Cátia (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 2, p. 17-23.

3. Ou na designação inglesa de *ODR Platform*.
4. Sobre a proteção dos consumidores na União Europeia, veja-se, Pedroso, João e Cruz, Cristina (2000), *A Arbitragem Institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, p. 110 e ss. Sobre os ADR de consumo na Europa, veja-se, entre outros, Hodges, Christopher, *et al.* (2012), *ADR in Europe*, Hart Publishing, Oxford.
5. Como se prescreve no artigo 169º, n. 1 e n. 2, alínea a), do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE).
6. Baseada num documento de trabalho da Comissão, de março de 2000, a implementação da EEJ-net visou unir os organismos de resolução não judicial de conflitos de consumo dos diferentes estados-membros, facilitando e simplificando a solução de litígios transfronteiriços entre agentes económicos e consumidores de diferentes estados-membros. Documento SEC (2000) 405 final, de 17 de março de 2000.
7. Depois da Decisão 20/2004/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a ECC-net surge em 2005 como resultado da fusão da EEJ-net com os “Euroguichets”, que forneciam informação e assistência em questões transnacionais, mantendo os mesmos objetivos de facilitar a solução de litígios comunitários transfronteiriços entre agentes económicos e consumidores. Sobre a ECC-net consulte-se o seu *website* http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/index_en.htm.
8. A FIN-net agrupa as entidades nacionais do Espaço Económico Europeu, com competência para a resolução extrajudicial de conflitos no setor da banca, seguros e valores mobiliários. Sobre a FIN-net, veja-se, entre outros, Catarino, Luís; Peixe, Manuela e Oliveira, Raquel, “Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no Mercado de Valores Mobiliários. Apontamento para uma justiça de proximidade”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n. 11, CMVM, agosto 2001.
9. Em Portugal, e relativamente à ECC-net, foi designado como ponto de contacto o Centro Europeu do Consumidor da Direção-Geral do Consumidor (Resolução do Conselho de Ministros 18/2001, publicada no *Diário da República I Série-B*, n. 44, de 21 de fevereiro de 2001) e, no âmbito da FIN-net, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).
10. JO L 165, de 18 de junho de 2013.
11. JO L 165, de 18 de junho de 2013.
12. Sobre a Diretiva RAL e o Regulamento RLL, veja-se, entre outros, Cortés, Pablo (2015), “A New Regulatory Framework For Extra-Judicial Consumer Redress: Where We Are And How To Move Forward”, *Legal Studies*, Vol. 35, n. 1, p. 114-141; e ainda Esteban de la Rosa, Fernando & Cortés, Pablo (2015), “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litígios de consumo”, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Ed. Fernando Esteban de la Rosa, Tirant lo Blanch, p. 514-565. Também se referindo à Diretiva RAL e Regulamento RLL, veja-se Vilalta, Esther (2013), *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, 1ª ed., Aranzadi e Passinhas, Sandra (2015), “Alterações Recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, Ed. A. Pinto Monteiro, Instituto Jurídico, p. 357-388.

13. Dados europeus revelam que uma em cada seis empresas promove a venda *online* de produtos e mais de metade de todos os consumidores da UE adquirem produtos ou serviços através da *internet*. Em 2014, dois terços das queixas apresentadas na ECC-net respeitavam a transações de comércio eletrónico. http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/docs/ecc_net_-_anniversary_report_2015_en.pdf. Para uma análise desenvolvida das estatísticas do *e-commerce* na UE, veja-se o relatório da Eurostat, disponível em http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals, acedido em 1 de abril de 2016.
14. A Plataforma de RLL está acessível nas várias línguas dos Estados membros aderentes no seguinte endereço eletrónico <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>.
15. Artigo 5º, n. 1, do Regulamento (UE) 524/2013.
16. Artigo 5º, n. 2, do Regulamento (UE) 524/2013.
17. Artigo 20º da Diretiva 2013/11/UE e artigo 5º, n. 6, do Regulamento (UE) 524/2013. Podem visualizar-se as entidades de RAL acreditadas pelos Estados membros no seguinte endereço <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.adr.show>, acedido em 5 de abril de 2016.
18. Passinhas, Sandra (2015), “Alterações Recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, Ed. A. Pinto Monteiro, Instituto Jurídico, p. 383.
19. Artigo 7º do Regulamento (UE) 524/2013.
20. <http://cec.consumidor.pt/pagina.aspx?ur=1>.
21. Artigo 7º, n. 5, do Regulamento (UE) 524/2013.
22. Artigos 8º a 10º do Regulamento (UE) 524/2013.
23. Relativamente ao formulário eletrónico deve ainda ter-se em conta o Regulamento de Execução (UE) 2015/1051 da Comissão, de 1 de julho de 2015 (JO L 171, de 2 de julho de 2015).
24. Artigo 8º, alínea e), da Diretiva 2013/11/UE.
25. As razões que podem levar uma entidade de RAL a recusar o tratamento de um litígio de consumo estão enumeradas no artigo 5º, n. 4, da Diretiva 2013/11/UE e foram acolhidas em Portugal pela Lei 144/2015, de 8 de setembro, no seu artigo 11º.
26. Artigo 9º, n. 8, do Regulamento (UE) 524/2013.
27. L 351, de 20 de dezembro de 2012.
28. Tal como se prescreve no artigo 24º da Lei 144/2015.
29. Descrevendo o cenário geral da resolução extrajudicial de conflitos de consumo em Portugal, veja-se, entre outros, Marques Cebola, Cátia (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 6, p. 11-46.
30. Fruto do apoio europeu manifestado na Comunicação da Comissão de 1985, sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça, o Centro de arbitragem de Lisboa surge em 1989 a título de projeto-piloto. <http://www.centroarbitragemlisboa.pt/ACC/sections/inicio>.
31. O Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra nasce em 1991 (também no âmbito de um projeto piloto). <http://www.centroarbitragemdecoimbra.com/>.

32. O Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto iniciou o seu funcionamento em 1995. <http://www.cicap.pt/>.
33. Sob a sigla CIAB, este Centro nasce em 1997. <http://www.ciab.pt/pt/>.
34. Abreviadamente designado de Triave, este Centro entra em funcionamento em 1997. <http://www.triave.pt/index.php/atribuicoes-objecto>.
35. Criado em 2000 sob a sigla CIMMAL. <http://www.consumidoronline.pt/pt/>.
36. Em 2005 é autorizado o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira. <http://www.consumidor.pt/?cn=59575964>.
37. <http://www.arbitragemdeconsumo.org/>.
38. Tendo entrado em funcionamento no dia 4 de abril de 1994, com competência exclusiva para dirimir litígios decorrentes da prestação de serviços de reparação automóvel, o Centro de Arbitragem do Setor Automóvel (CASA) tem hoje as suas competências materiais alargadas igualmente a litígios decorrentes do fornecimento de combustíveis e da compra e venda de veículos novos ou usados, assumindo-se como um centro de natureza setorial. Veja-se o seu *website* www.centroarbitragemsectorauto.pt.
39. O Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros resulta do alargamento de competências do anterior CIMASA (limitado ao setor do seguro automóvel) promovendo, presentemente, a resolução de litígios decorrentes de contratos de seguros dos ramos automóvel; responsabilidade civil familiar, de exploração, do caçador e de uso e porte de arma (até 50.000€ por reclamação); e seguro multirriscos comercial e habitacional (até 50.000€ por reclamação). Veja-se o seu *website* <http://www.cimpas.pt>.
40. Os provedores de cliente são entidades implementadas (e financeiramente asseguradas) por empresas (v.g. EDP, PT, Millennium BCP) ou associações de determinados setores (v.g. Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo ou o Provedor do Cliente de Seguros no CIMPAS) competindo-lhes apreciar as reclamações apresentadas pelos respectivos utilizadores dos serviços em causa e, sempre que considerarem adequado, formular recomendações ao agente económico reclamado. Tais recomendações não têm, todavia, carácter vinculativo para as empresas, inexistindo quaisquer poderes para revogar, reformar ou alterar as decisões ou atos do agente económico respetivo. A atividade do provedor do cliente restringe-se, em regra, a apreciar as reclamações a si dirigidas e, através da sua análise, promover a tentativa de obtenção de uma solução para o conflito entre consumidor e empresa.
41. Os Centros de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC) são estruturas municipais que resultam da iniciativa das autarquias locais e cujas competências passam pela prestação de informação e aconselhamento em questões de Direito do consumo, mas também na receção de reclamações do consumidor e, pelo menos até à Lei 144/2015, pela tentativa de mediação dos conflitos inerentes. Tendo em conta o carácter voluntário e consensual da mediação, se consumidor e agente económico não lograrem acordo relativamente ao conflito, restará ao CIAC prestar informações relativamente às estruturas extrajudiciais competentes para a resolução heterocompositiva do litígio. Com a Lei n. 29/2013, de 19 de abril, que regula a mediação em Portugal, aliada à Lei 144/2015, é possível que a tentativa de mediação

levada a cabo pelos CIACs passe a ter uma diferente designação (como tentativa de obtenção amigável de acordo) para que a sua atividade não colida com as exigências legais em vigor. Existem cerca de 70 CIACs por todo o país, podendo os respectivos contatos ser consultados no seguinte endereço <http://www.consumidor.pt/ms/1/pagina.aspx?codigoms=5006&back=1&codigono=0007>.

42. De forma progressiva, várias entidades reguladoras em Portugal têm criado estruturas de resolução extrajudicial dos conflitos do respectivo setor. Neste contexto encontramos, desde logo, a ERSE (serviços energéticos) que, desde 2002, possui um regulamento próprio de mediação e conciliação para conflitos de consumo na área da energia. Também a ERSAR, no setor da água e resíduos, promove a tentativa de resolução voluntária dos litígios entre entidades gestoras e utilizadores através de mediação. De forma similar, o Banco de Portugal instituiu em 2009 a figura do Mediador do Crédito, responsável pela mediação de conflitos entre clientes bancários e instituições de crédito. Recentemente, a Entidade Reguladora da Saúde (ERC) estabeleceu igualmente um sistema de mediação de conflitos, abrangendo conflitos entre prestadores de cuidados de saúde e utentes. Em todos os exemplos indicados a resolução do conflito de consumo no setor respetivo assenta na tentativa de obtenção de uma solução consensual através de mediação e/ou conciliação, pelo que, portanto, também não é assegurada a decisão heterocompositiva do litígio.
43. Os julgados de paz, criados em 2001, constituíram um importante contributo na tentativa de disponibilizar aos cidadãos uma justiça mais próxima e célere, orientada por princípios de simplicidade, adequação, informalidade e oralidade. Em causa está uma via para a resolução de conflitos, que assume natureza “mista”, aproximando-se de um verdadeiro tribunal ao se atribuir ao juiz de paz a autoridade e a imperatividade que identifica o poder judicial, mas, paralelamente, estando *vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes*, de acordo com artigo 2º, n. 1, da Lei 78/2001, de 13 de julho. Em matéria de consumo, estas entidades são competentes, designadamente, para ações destinadas a efetivar o cumprimento de uma obrigação ou respeitantes ao incumprimento contratual ou, ainda, relativas à garantia geral das obrigações. Assim, os julgados de paz constituem uma via adicional de solução de conflitos de consumo em Portugal, colmatando igualmente as limitações territoriais dos centros de arbitragem regionais, tendo em conta que têm vindo a ser progressivamente instalados e se ambiciona que possam abranger todo o território nacional.
44. À semelhança do que prescreve o artigo 2º da Diretiva 2013/11/UE.
45. Cujo enquadramento legal se encontra vertido no DL 156/2005, de 15 de setembro, com as alterações posteriormente introduzidas.
46. Artigo 3º, alínea g).
47. Artigo 3º, alínea h).
48. Por compra e venda entende o artigo 3º, alínea e), o contrato ao abrigo do qual *o fornecedor de bens ou prestador de serviços transfere ou se compromete a transferir a propriedade de bens para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço, incluindo qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços*. Relativamente aos contratos de prestação de serviços prescreve o artigo 3, alínea f), estarem em causa os contratos nos termos dos quais *o fornecedor*

de bens ou prestador de serviços presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar.

49. Artigo 2º, n. 2, alínea g), da Diretiva 2013/11/UE.
50. Artigo 9º do Regulamento do CASA vigente à data no presente artigo e disponível em http://www.arbitragemauto.pt/media/Regulamento_15-02-2016_colunas.pdf. A possibilidade de apresentação de reclamações por empresas (ainda que apenas as aderentes ao Centro) era permitida pelo TRIAVE, até à alteração do seu Regulamento em 1 de abril de 2016.
51. Artigo 2º, n. 2, do Regulamento RLL.
52. Neste âmbito, e a aceitarem-se reclamações de agentes económicos, dever-se-ia consagrar a restrição relativamente a processos de cobrança de dívidas dos consumidores. Desta forma evitar-se-ia que o funcionamento dos Centros de arbitragem fosse obstaculizado com a afluência abundante de ações para cumprimento de obrigações pecuniárias, transformando-se como que em meros “tribunais de injunção”. Sobre esta questão, veja-se Marques Cebola, Cátia (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 6, p. 11-46.
53. Artigos 15º e 16º da Lei 144/2015.
54. Tal como se prescreve na Diretiva 2013/11/UE no artigo 6º, n. 1, alínea a).
55. A Lei 144/2015 estabelecia no seu artigo 24º um prazo de seis meses para a adaptação das entidades existentes aos requisitos legais, o qual terminou a 23 de março de 2016, o que não significa, na nossa opinião, que progressivamente os organismos em funcionamento se possam adaptar às exigências legais e solicitar o seu registo após esta *deadline*, o que necessariamente se verificará para novas entidades que surjam posteriormente àquela data.
56. O novo regime estabelece ainda coimas para as entidades que incumpram os requisitos e princípios exigidos legalmente, nos termos do artigo 23º da Lei 144/2015. As preditas coimas poderão oscilar entre 500 euros a 5.000 euros quando cometidas por pessoa singular e 5.000 euros a 25.000 euros quando cometidas por uma pessoa coletiva. O mesmo tipo de sanções está previsto em França nos artigos L. 156-1 a L. 156-3 do *Code de la Consommation* francês. Sobre a transposição da Diretiva 2013/11/UE para o ordenamento jurídico francês, veja-se Guinchard, Emmanuel (2015), “Transposition en France de la directive 2013/11, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation”, *RTDEur.*, Dalloz Revues, p. 795-9.
57. Artigo 209º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa. Sobre a natureza dos Julgados de Paz, veja-se, entre outros, Gouveia, Mariana França (2014), *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3. ed., Almedina, p. 318.
58. Artigos 49º e seguintes da Lei 78/2001, de 13 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei 54/2013, de 31 de julho.
59. A atividade dos mediadores privados encontra-se regulamentada na Lei 29/2013, de 19 de abril, que, dando enquadramento geral à mediação em Portugal, abrangerá também a mediação de conflitos de consumo.
60. Esta foi a opção seguida, por exemplo, pelo Centro de arbitragem do Porto – CICAP, que, no artigo 11 do seu Regulamento, designa de tentativa de concertação o que antes obtinha a denominação de mediação, escapando assim aos desígnios da Lei

- 29/2013. Regulamento vigente à data deste artigo e disponível em <http://www.cicap.pt/cicap/estatutos-e-regulamentos/>, acedido em 15 de abril de 2016.
61. Lista disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/i006248.pdf>, acedida a 14 de abril de 2016.
 62. Artigo 4º da Lei 144/2015.
 63. Artigo 4º, n. 3, e artigo 5º da Lei 144/2015. Anteriormente a monitorização da RNCAI era levada a cabo pelo Ministério da Justiça, através do GRAL, nos termos do artigo 7º do Decreto-Lei 60/2011, de 6 de maio.
 64. Ver taxas já aprovadas e divulgadas no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (<http://www.centroarbitragemlisboa.pt/sections/directo/noticias/taxa-de-utilizacao-dos1762>) e no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (<http://www.cicap.pt/>).
 65. Com o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro (BOE n. 48, de 25 de fevereiro de 2008, p. 11.072 a 11.086).
 66. Sobre a importância de uma lei de arbitragem de consumo, veja-se Cebola, Cátia Marques (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 6, junho, p. 11-46.
 67. JO L 115, de 17 de abril de 1998. Em 30 de março de 1998, a Comissão aprovou a Comunicação relativa à resolução extrajudicial de conflitos de consumo [COM(1998) 198 final], que comporta a predita Recomendação e o formulário europeu de reclamação para o consumidor.
 68. JO L 109, de 19 de abril de 2001.
 69. À semelhança do que prescreve o artigo 6º da Diretiva 2013/11/UE.
 70. Artigo 1º do Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, disponível em <http://www.provedorapavt.com/estatutos>.
 71. Informações elencadas, de modo geral, no artigo 7º da Diretiva 2013/11/UE.
 72. Artigo 9º da Diretiva 2013/11/UE.
 73. Defendendo a aplicação das normas do artigo 12º, n. 2, da Lei 144/2015 à mediação, veja-se, Passinhas, Sandra (2015), “Alterações Recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, Ed. A. Pinto Monteiro, Instituto Jurídico, p. 373, n. 44.
 74. Artigos 6º e 7º da Lei 144/2015.
 75. A declaração de adesão genérica consiste na convenção através da qual os agentes económicos se obrigam a submeter à arbitragem de cada centro todos os eventuais litígios emergentes no seu estabelecimento comercial (se o consumidor concordar), bem como a inserirem cláusulas compromissórias nos contratos que celebrem com consumidores, designando o respectivo centro como a entidade competente para resolver o conflito. A adesão genérica subscrita é depois publicitada nos estabelecimentos comerciais através da colocação de um símbolo específico, tentando-se granjear a confiança dos consumidores pela imagem de credibilidade que proporciona. Sobre os efeitos da figura descrita, veja-se, Cebola, Cátia Marques (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 6, junho, p. 34-5.
 76. Ver artigos 1º e 5º, ambos da Lei 63/2011, de 14 de dezembro, que aprova a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa e o artigo 12º da Lei 29/2013, de 19 de abril,

- que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação em Portugal. Das normas aqui referidas infere-se que as convenções de arbitragem e de mediação relativas a conflitos futuros e eventuais vinculam ambas as partes.
77. A título de exemplo, no ano de 2014 o valor médio dos processos no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto foi de 563€ (quinhentos e sessenta e três euros). Consultar <http://www.cicap.pt/estatisticas/Estat%C3%ADsticas.pdf>.
 78. Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Comércio Eletrónico, cuja implementação não foi concretizada até ao momento. Cfr.: C:/Users/User/Downloads/17_Economia_Digital_Painel_Confian%C3%A7a_Domingos_Farinho.pdf
 79. Vertidos no artigo 8.º, alínea c) da Diretiva 2013/11/UE.
 80. Sobre o *Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo* em Espanha, veja-se, entre outros, García Montoro, Lourdes (2015), ““Nuevo” Modelo de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo a la luz del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 14, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 11-27, disponível em <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/793>, acedido em 15 de março de 2016.
 81. Documento legal em discussão pública à data em que se escreve o presente artigo e disponível em <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>.
 82. Refira-se que em Portugal o número de processos nos Centros de arbitragem de conflitos de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais aumentou cerca de 200% desde 2011. Se tivermos em conta apenas os setores da água, eletricidade e gás, o número de processos entrados nos Centros de arbitragem era, em 2011, de 305 processos e, em 2014, este número nos mesmos setores subiu para 930 processos, o que realça a importância da previsão legal da arbitragem necessária em matéria de serviços públicos essenciais, podendo deduzir-se que sem esta previsão a aceitabilidade dos agentes económicos para resolverem o seu conflito nos Centros de arbitragem seria menor, obrigando o consumidor a renunciar à tutela dos seus direitos ou a recorrer aos tribunais judiciais, com os custos que lhe estão inerentes. Estatísticas dos Centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal consultadas no endereço <http://www.siej.dgpj.mj.pt>.
 83. Ver taxas já aprovadas e divulgadas no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (<http://www.centroarbitragemlisboa.pt/sections/directo/noticias/taxa-de-utilizacao-dos1762>) e no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (<http://www.cicap.pt/>).
 84. <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/arbitragem/anexos-arbitragem/centros-de-arbitragem/>.
 85. Este texto desenvolve as ideias já expostas em Marques Cebola, Cátia (2016), “Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo em Portugal: novas possibilidades, velhos dilemas”, *Juristas do Mundo*, Vol. IV, Editora Rede, p. 81-105.

REPENSANDO A RESOLUÇÃO ADEQUADA DE LITÍGIOS DE CONSUMO: MEDIÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

DULCE NASCIMENTO*

Mestre em Direito

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo suscitar uma reflexão para a temática dos litígios de consumo, sua evolução, dinâmica e particularidades, bem como abordar possíveis respostas e determinar os modelos de resolução mais adequados, atendendo às especificidades das situações e características dos envolvidos.

Analizadas as especificidades e implicações das relações de consumo e os conflitos habitualmente ocorridos, serão abordados os métodos de resolução adequada de litígios, designadamente a arbitragem, conciliação e mediação, e em particular a avaliação de utilização da mediação de conflitos nas relações de consumo no Brasil, atendendo às recentes aprovações e alterações legislativas.

ABSTRACT

This article makes a reflection on the theme of consumer disputes, their evolution, dynamics and characteristics, possible responses and the most appropriate resolution models, taking account the specific situations and characteristics involved. Once analyzed the characteristics and implications of consumer relations as well as the usually occurring conflicts, it will be verified the methods of appropriate dispute resolution, including arbitration, conciliation and mediation, and in particular the use of conflict mediation in consumer relations in Brazil, given the recent legislative approvals and changes.

Introdução

Ao falar em consumidor, direitos e deveres, diferentes perspectivas e consequentemente resolução deste tipo de conflitos, entendemos oportuno efetuar uma prévia abordagem sobre as atividades comerciais e sua evolução.

Conscientes da impossibilidade de identificar o exato período do seu surgimento, acredita-se que as primeiras trocas comerciais terão surgido no cotidiano de certas civilizações após a descoberta e constatação de habilidades específicas para o trabalho, que terão dado origem ao aparecimento de diversas e distintas profissões. Neste sentido, certamente o desenvolvimento de trocas naturais entre os sujeitos, com a estipulação livre sobre a quantidade e produtos que seriam objeto de troca, terá constituído o primeiro passo para que a atividade comercial se iniciasse, resultando certamente uma efetiva satisfação com os resultados alcançados.

Sucedendo, ao longo dos tempos, com as descobertas que foram ocorrendo, o desenvolvimento de usos e costumes da classe comerciante na Idade Média e as necessidades que foram sendo criadas, veio-se a disciplinar a atividade mercantil.

As relações deixaram de ocorrer com base na produção individual e resposta direta às necessidades de cada um, passando a verificar-se troca de produtos oferecidos por pessoas que não tinham necessariamente interesse pessoal e direto nesses mesmos produtos. Assim as relações, as trocas comerciais passaram a ser cada vez mais complexas, resultando numa mudança de nomenclatura de relações de comércio, como algo direto e natural, para relações mercantis ou empresariais, como atividade económica organizada visando a obtenção de lucro.

Terá certamente sido esse o momento em que surgiram as moedas, como meio de dinamizar as atividades e relações mercantis, as quais passaram a ser identificadas essencialmente como meio de troca por mercadorias.

A introdução da moeda como forma de pagamento implicou a definição de fundamentos para determinação do preço dos bens e serviços, tendo sido determinante o critério de quantidade e qualidade de trabalho utilizado para a fabricação ou produção dos bens/produtos e prestação dos serviços comercializados.

Atendendo a critérios sociais, políticos e económicos, entre outros, as atividades comerciais caracterizam-se por relações de elevada complexidade, compreendendo um vastíssimo universo de fatores e variantes mutáveis.

Tal como o homem, o setor comercial e empresarial também evoluiu, passando de uma simples troca direta de produtos e prestação de serviços, para uma atividade dinâmica dos mercados globalizados que hoje conhecemos, tendo a primeira revolução nas relações comerciais ocorrido exatamente durante o período dos descobrimentos, momento em que as transações deixaram de estar limitadas ao continente europeu, passando a verificar-se uma atuação mais global.

Em suma, passamos de um contexto onde as relações comerciais eram pessoais e diretas, visando apenas responder a necessidades dos próprios, para outro onde as relações económicas e financeiras ganharam predominância.

Após o desenvolvimento do comércio marítimo, na Idade Média, e do advento das feiras e mercados, a Revolução Industrial, na Idade Moderna, promoveu uma ruptura em toda a estrutura económica e social mundial, impondo novamente mudanças e adaptações.

No entanto, as inovações e questões de necessidade de resposta e atuação efetiva não ficaram por aí, tendo sido evidente a continuada preocupação humana de resolver e regulamentar, quer as relações comerciais que surgiram utilizando como meio o telefone, quer mais recentemente as transações que passaram a ocorrer por meio do uso da internet.

Com as relações mercantis além-fronteiras e o desenvolvimento do comércio, para além do valor natural da mercadoria ou serviço prestado, o seu custo passou a incorporar importâncias relativas a transporte, impostos, salários e outros gastos envolvidos na produção, concretização e disponibilização dos bens e serviços em causa.

Na atualidade, com o desenvolvimento tecnológico e as facilidades da contemporânea era digital, ocorrida com a descoberta e implementação da internet, é possível estabelecer relações comerciais de qualquer bem ou serviço, em qualquer parte no planeta, sem necessidade de sair do lugar.

Apesar da denominada era moderna ou contemporânea, o chamado comércio tradicional não perdeu destaque, vindo a sofrer alterações de necessária adaptação ao seu consumidor, passando dos mercados e lojas para a atual organização de shoppings e centros comerciais, que se multiplicam a uma velocidade incrível, atendendo ao consumismo exacerbado, que potencializa o continuado crescimento do comércio.

Verificou-se a necessidade de regulamentação destas relações para além do desenvolvimento de legislação que proteja quem compra um produto ou contrata um serviço. Assim, a implementação de instrumentos normativos, nos diferentes países e continentes, impôs-se como uma resposta à preocupação de proteger as pessoas que fazem compras ou contratam a prestação de serviços, evidenciando-se ainda a necessidade de regulamentar certas situações em particular.

1. Relações de consumo: especificidades e implicações

Abordar especificamente o tema das relações de consumo implica verificar a existência de pelo menos dois sujeitos, um que compra e outro que vende um produto ou presta um serviço.

Dos dois sujeitos referidos, o consumidor é definido como aquele que compra um produto ou contrata um serviço. Contudo, também é legalmente considerado consumidor aquele que é vítima de acidente causado por produto defeituoso (mesmo que não o tenha adquirido), bem como os indivíduos expostos a práticas consideradas abusivas nos termos legais, como a publicidade enganosa ou abusiva.

No produto adquirido ou serviço acordado, para efeitos da sua definição, encontra-se incluído tudo o que seja consumido ou contratado, abarcando aqui desde a compra de uma barra de cereais até ao serviço prestado por um sapateiro.

Neste sentido, podemos definir produto como mercadoria colocada à venda e serviço como o que um sujeito paga a outro para que este lhe proporcione, abrangendo aqui desde a compra de um carro, compra de combustível, o corte de cabelo ou a prestação de serviços de água, entre tantos outros como seja a pintura ou construção de uma casa, ou mesmo a colocação de uma prótese dentária.

Cumpra então esclarecer que os produtos e serviços adquiridos e considerados para efeitos da determinação de existência da relação de consumo podem ser duráveis, no sentido de não desaparecerem por meio do seu uso, e não duráveis ou perecíveis, como é o caso de alimentos, produtos de higiene, entre tantos outros.

Relativamente ao fornecedor, é ele designado por aquela pessoa que oferece produtos ou serviços para os consumidores, independentemente de ser empresa pública ou particular, nacional ou estrangeira.

Atendendo à complexidade das relações comerciais e aos diversos fatores envolvidos em determinadas transações, nomeadamente sociais, culturais e económicos, encontramos outros sujeitos que também podem fazer parte daquelas e em consequência estar envolvidos, direta ou indiretamente, nessas relações, seja como fabricante, construtor, produtor, importador, entre outras posições relacionais.

Por outro lado, aos consumidores enquanto cidadãos também são prestados serviços públicos, pela administração pública, pelo próprio governo ou por empresas contratadas para o efeito, os quais se pretendem que seja oferecido com qualidade, no sentido de adequação, eficiência, segurança e que, relativamente aos serviços essenciais, devem ser prestados de forma contínua.

Assim, atendendo às especificidades dos diversos serviços públicos, encontramos como sujeito desta relação todo aquele a quem é prestado um serviço pela administração pública, como por exemplo serviços de saúde, educação, transporte coletivo, água, luz, limpeza pública, asfalto.

Para efeitos de tratamento adequado dos diversos conflitos, o mais importante desta panóplia de sujeitos que fazem parte das relações de consumidor são os discursos que vamos encontrar. Trazendo aqui os ensinamentos de Simon Dolan¹ autor do *modelo triaxial de valores* por si desenvolvido; em suma, poderíamos resumir a existência de três tipos de discurso: financeiro, técnico e emocional.

De acordo com este autor, os valores são a ponte entre as crenças pessoais e os comportamentos individuais. Se as crenças correspondem a declarações sobre a forma como vemos o mundo, os valores são as coisas na vida que nos parecem mais importantes, que movem os indivíduos, que fazem com que dediquem seu tempo, recursos e dinheiro para atingi-las.

Dispostos em hierarquia, faz-se necessário identificar os valores individuais que funcionam ou não e mudar de atitude com o objetivo de alcançar os objetivos pretendidos.

Em suma, uma relação de consumo implica necessariamente a existência de pelo menos dois lados, em que um deles tenha interesse em vender e o outro interesse em comprar, correspondendo a efetivação dessa troca de dinheiro por um produto ou serviço a uma relação de consumo.

Neste viés, encontramos a concretização de relações de consumo com base em produtos quando uma mercadoria, perecível ou não, é colocada à venda, ocorrendo a efetivação da relação de consumo de serviços com o pagamento de um valor que diz respeito a algo que um lado consolida e disponibiliza à outra parte.

Para que seja legalmente amparada como relação de consumo, a situação tem de possuir diversos aspectos. Designadamente, tem de corresponder à ocorrência de negócios, entre um fornecedor que exerça uma atividade comercial e um consumidor, que concretizem a transação de produtos ou serviços, pela aquisição dos quais ocorra o pagamento de um preço.

Atendendo à perspectiva mercantilista que passamos a viver nas relações comerciais, para sustentar a economia dos países, é necessário que o fluxo e diversidade de mercadorias transacionadas seja crescente, ficando absolutamente evidente a ligação entre atividade comercial, relações de consumo e economia dos países. Sempre que ocorre uma crise económica como a que tem vindo a ser vivida nos últimos tempos de forma global e planetária, há consequências diretas nas relações de consumo, e vice-versa.

Efetivamente, na atualidade, em virtude da globalização, sempre que o poder aquisitivo dos sujeitos é afetado, toda a estrutura económica mundial é abalada. Contudo, se é verdade que por um lado os litígios de consumo afetam sobremaneira a vida dos consumidores, por

Atendendo
à perspectiva
mercantilista que
passamos a viver nas
relações comerciais,
para sustentar
a economia dos
países, é necessário
que o fluxo e
diversidade de
mercadorias seja
crescente

outro constituem um enorme problema para qualquer comerciante, que necessita de os resolver de forma eficaz, com os menores custos e salvaguardando a relação com o cliente, sempre que estejam em causa possíveis relações continuadas e seja relevante a preservação da imagem.

Existe alguma dificuldade em conhecer com exatidão o número de conflitos de consumo, atendendo a que as empresas não falam sobre o assunto e as associações de consumidores são informadas apenas da existência de uma fração destes conflitos.

Acresce que nem todos os consumidores detêm informação sobre as possibilidades de reclamação e, quando se trata de pequenos montantes, muitas vezes renunciam a fazer valer os seus direitos, alimentando, todavia, um sentimento de revolta e rancor face a alguns comerciantes, limitando-se a cessar qualquer relação com eles quando isso é possível. Resulta claro que o sentimento e comportamento de consumidores insatisfeitos penaliza a atividade económica de forma direta e indireta.

Diferentemente, um cliente cuja denúncia seja reconhecida e a quem o comerciante conceda, em tempo, uma reparação justa e equitativa, esquecerá mais rápido o litígio e concederá ao comerciante confiança novamente.

Neste sentido, a União Europeia definiu um novo quadro legislativo com o objetivo de fomentar a resolução extrajudicial de litígios de consumo e o aparecimento de plataformas que permitam a resolução de conflitos em linha, onde são prestadas todas as informações sobre direitos e procedimentos, sem necessidade de recorrer a uma ação judicial, sendo prestada assistência ao longo de todo o processo.

A experiência confirma que uma plataforma de resolução de litígios de consumo em linha possibilita alcançar eficiência, considerando que permite resolver os conflitos de forma mais rápida e menos dispendiosa, bem como trabalhar a necessária confiança entre o consumidor e o comerciante, contribuindo significativamente para o desenvolvimento da atividade económica em geral, e em especial, nomeadamente, as relações de comércio eletrónico em que a confiança é essencial à manutenção do negócio.

2. Os conflitos nas relações de consumo

Podemos iniciar este ponto abordando a temática como um assunto ainda pouco explorado e aplicado face ao elevado desconhecimento e carência de reconhecimento efetivo e global da sua importância.

Também é possível afirmar que o desenvolvimento deste tema corresponde a um grandioso desafio do mundo atual, e a uma das áreas do direito que permanentemente se mantém com necessidade de atualização, quer pela dinâmica das relações em causa, quer pela carência da sua aplicação global.

Efetivamente, em todo o mundo a regulamentação das relações de consumo vem de uma oportunidade e uma necessidade efetiva da atualidade, correspondendo a um ramo do direito que se encontra em permanente modernização e transformação.

No caso concreto dos conflitos ocorridos nas relações de consumo, a proteção do consumidor atende à sua posição específica de maior fraqueza e debilidade, resultando assim excluídas da definição de relações de consumo as situações de negócios entre particulares e entre profissionais.

Um dos meios que tem gerado mais transtornos nas relações de consumo é o comércio eletrónico, pois possibilita a aquisição de produtos e serviços independentemente do lugar onde comprador e vendedor se encontrem fisicamente.

Esta nova forma de comercializar configura efetivamente uma das maiores mudanças na atividade comercial, alterando a tradicional forma de realizar negócios, e potencializando um número crescente de novos desafios e conflitos, para os quais se impõem mecanismos de solução que deem confiança de efetiva resolução, vindo a surgir modelos de gestão de conflitos de consumo *online*:

As ADRs – principalmente as disponíveis on-line, surgem como uma ótima alternativa, para resolver os conflitos de consumo eletrónico, pois permitem que a resolução de tais disputas seja mais rápida, mais barata, e mais efetiva que a solução viabilizada pela aplicação das regras de direito internacional privado tradicional. Por intermédio destes meios alternativos, pode-se garantir uma certa segurança tanto aos consumidores quanto aos comerciantes, que terão a certeza de que seus problemas relativos ao consumo no comércio eletrónico serão solucionados².

Importa refletir sobre a circunstância de que o consumo corresponde a um fenômeno social e jurídico que acompanha a história da humanidade, vindo a culminar na utilização recente da expressão “*sociedade de consumo*” para definir modelos históricos em evolução e relacionamentos que necessitam de ser regulamentados juridicamente.

Em suma, o conceito de sociedade de consumo resulta da mudança verificada nas relações humanas, em que o ser humano, influenciado pelo mundo exterior com uma produção massificada de produtos e aquisição desenfreada de bens que nem sempre possuem efetiva utilidade, passou a ser reconhecido pelo que tem, e não pelo que é.

Neste sentido, encontramos nas sociedades ditas desenvolvidas um conjunto significativo de pessoas cuja identidade se confunde com as marcas que usam e a posição social que ocupam, surgindo diversos problemas, com efeitos individuais e coletivos, em função do consumo exorbitante e desnecessário.

3. Moderna teoria do conflito

Usualmente, de forma intuitiva atendendo a fatores sociais, educacionais, psicológicos e jurídicos, entre outros, entendemos conflito como um fenômeno ruim ou negativo nas relações sociais, que proporciona perdas e que, necessariamente, desejaríamos evitar.

Na década dos anos 20 do século passado, Mary Parker Follet³ convidou-nos a refletir sobre o conflito numa ótica construtiva, no setor das relações humanas (administração e gestão de recursos humanos), afirmando que as divergências são extremamente úteis como oportunidades de aprendizado, crescimento e geração de ganhos mútuos.

No desenvolvimento dos seus estudos, Follet define três soluções possíveis em situação de conflito:

- DOMINAÇÃO: um dos lados predominará e terá suas exigências atendidas, enquanto o outro lado não terá nenhuma de suas exigências atendidas (o conflito será na verdade sufocado).

- CONCILIAÇÃO: os dois lados cederão cada qual um pouco, e um meio-termo será adotado como solução (alternativa nociva a ambos já que nenhum vê suas reivindicações plenamente atendidas).

– INTEGRAÇÃO: a resposta ao dilema não está concretizada e deve, portanto, ser pensada, inovada, criada. Parte do pressuposto de que o conflito existe porque demandas não são atendidas, nem devem ser suprimidas (eliminadas), mas sim supridas (preenchidas).

A posterior difusão dos seus estudos e ideias veio a fornecer valiosas contribuições à administração e gestão de pessoas nas empresas, organizações e relações comerciais, bem como posteriormente à gestão de conflitos nas mais diversas relações humanas.

Denominada por Peter Drucker como a “*profeta do gerenciamento*”, Mary Parket Follet foi pioneira ao desenvolver e introduzir o conceito de circularidade na interação entre os seres humanos, explicando que nesse comportamento circular é possível, por um lado, encontrarmos uma discussão aberta, a confrontação e o jogo livre na exposição de ideias. Por outro, é possível acautelar a integração nas diferenças, em vez de haver dominação de uma ideia sobre as outras, ou a concessão das partes na procura de uma ideia comum a todos.

Assim, defendendo que a administração das empresas deveria fazer uso dos conhecimentos desenvolvidos na área da psicologia, não apenas para explicar o comportamento dos trabalhadores, mas também para obter um melhor desempenho no exercício da sua atividade e negócio, Follet defendia que surgindo um conflito somente seria possível encontrar soluções com a participação de todos, por meio do que a autora denominou uma “psicologia de invenção” em substituição da usual “psicologia de adaptação”.

Nos seus estudos Follet conclui que é necessário ter sempre presente a consciencialização de que a mencionada dinâmica circular do conflito pode potencializar o aparecimento de um círculo virtuoso e positivo que estimula a criatividade e o desenvolvimento, mas também pode criar um círculo vicioso e negativo de esterilidade e desagregação, sendo assim primordial a dedicação efetivamente dada à gestão dos conflitos.

Mais recentemente, Morton Deutsch⁴ definiu conflito como um processo em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou anseios individuais, percebidos como mutuamente incompatíveis.

Portanto, o conflito pode ser entendido como algo inevitável às relações humanas, originado pelas percepções individuais de cada

sujeito, que potencializa uma oportunidade de desenvolvimento e crescimento, determinando-se que positivo ou negativo não é o conflito, mas sim os sentimentos e percepções que a situação provoca nos sujeitos intervenientes naquela circunstância.

4. RAL – Resolução Adequada de Litígios

Com origem no termo ADR – *Alternative Dispute Resolution*, que corresponde à terminologia inicialmente utilizada para proceder à identificação dos possíveis métodos de resolução dos problemas fora do judiciário, incluindo aqui negociação, mediação, conciliação e arbitragem, justificava-se a utilização da expressão “alternativa” por efetiva comparação ao judiciário.

Sucedem que os institutos referidos foram se autonomizando, ganhando o seu próprio espaço, vindo hoje a arbitragem a ser classificada como um modelo heterocompositivo, atendendo à dependência de uma decisão de um terceiro; diferente dos demais institutos referidos, classificados como modelos autocompositivos, nos quais são os próprios intervenientes que procuram e constroem soluções para o assunto sobre o que divergem.

Assim, identificada a existência de um conflito de consumo, muitos caminhos são possíveis de seguir para o resolver, devendo uma perspectiva de caminho ideal procurar qual o método adequado para a sua resolução.

Pelo exposto, não existe mais uma verificação dos métodos alternativos ao judiciário, mas sim uma análise do caso específico e características dos seus intervenientes, no sentido de conseguir apurar qual o método mais adequado para resolver de forma eficaz e eficiente a situação em concreto.

Se considerássemos a possibilidade de um caminho ideal de resolução de conflitos, o primeiro método a ser utilizado seria o contato direto com o fornecedor do bem ou o prestador do serviço para tentar resolver a situação, ou seja, a realização de uma negociação direta.

Neste primeiro momento o contato deve ser efetuado, de preferência através de meio que permita prova posterior (por exemplo, carta

registada com aviso de recepção), informando o outro da existência da situação e pedindo uma resposta.

Mantendo-se o conflito, o consumidor deve, num segundo momento, recorrer a um meio de resolução adequada de litígios, prosseguindo preferencialmente pelos meios de negociação indireta, onde irá recorrer à intervenção de um terceiro facilitador (mediador ou conciliador), definindo os diversos elementos para a sua concretização e para alcance dos objetivos pretendidos.

No caso de os métodos de negociação, direta e indireta, não serem eficazes para a resolução do conflito, então o consumidor deverá optar pelos métodos heterocompositivos (arbitragem e judiciário), em que o terceiro (árbitro ou magistrado) irá ter o poder de decisão.

O recurso aos ADR representa uma efetiva evolução no ordenamento jurídico de diversos países, nos vários continentes, importando reter que, por regra, nos conflitos de relações de consumo o sistema é unidirecional, no sentido de que o procedimento de autocomposição da resolução adequada destes conflitos só se inicia por iniciativa do consumidor, o qual pode apresentar reclamação contra um fornecedor de bens ou um prestador de serviços.

Neste sentido, caminhamos para um novo paradigma da justiça, nos termos do qual os agentes do direito, em particular os advogados, devem ter a necessária formação, teórica e prática, para identificarem qual o método adequado face às particularidades da situação, bem como às características e necessidades dos intervenientes em particular.

Assim, se por exemplo houver interesse dos intervenientes em alcançarem uma decisão jurídica da situação, com necessidade de apreciação de provas, para criar jurisprudência e publicidade da decisão final o método adequado será a via heterocompositiva do judiciário.

Diferentemente, se a necessidade dos intervenientes for no sentido de preservar relações continuadas, trabalhar agendas ocultas, temas não jurídicos ou se beneficiar da confidencialidade, então o método adequado será a via autocompositiva da mediação.

5. Arbitragem

No que diz respeito à arbitragem de conflitos de consumo, Portugal foi pioneiro na implementação da nova tendência para institucionalização dos meios extrajudiciais, desjudicializando o exercício da justiça por meio da criação de centros de arbitragem temáticos, com regras e princípios previamente determinados.

Uma das verificações do sistema português foi a constatação de que a maioria dos litígios de consumo tem a sua origem na desproporção entre os valores em causa e o custo da respectiva resolução judicial, atendendo à dificuldade inerente aos seus procedimentos, originando que grande parte dos consumidores opte por não recorrer ao sistema judiciário tradicional para fazer valer os seus direitos.

Assim, através da criação de centros de arbitragem especializados para o setor do consumo, Portugal disponibiliza os meios extrajudiciais da mediação e da conciliação e, caso não se chegue a um acordo por uma dessas vias, possibilita a utilização da arbitragem para solucionar definitivamente situações relativas a litígios de consumo decorrentes da aquisição de bens ou serviços por um consumidor, fornecidos por pessoa singular ou coletiva, no exercício da respectiva atividade económica com o objetivo da obtenção de lucro.

Em Portugal, os centros de arbitragem operam em função do tipo de litígios; da sua competência territorial e do valor dos conflitos que podem resolver, sendo instituições de carácter permanente, com regulamentos próprios, registados junto da Comissão Europeia como entidades de resolução de litígios, cumprindo nomeadamente o estabelecido na Recomendação 98/257/CE.

Mais recentemente, a Diretiva 2013/11/EU, de 21 de maio de 2013, veio contribuir para o reforço do instituto da arbitragem e o bom funcionamento do mercado interno, através da realização de um elevado nível de proteção do consumidor, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que garantam procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios, aplicando-se sem prejuízo da legislação dos estados-membros.

No caso concreto de Portugal, o país já dispõe de uma cobertura territorial completa de centros de arbitragem de litígios de consumo, os quais na sua maioria têm sido criados por iniciativa conjunta de entidades públicas e privadas, nomeadamente nos municípios das localidades abrangidas e de associações de consumidores e profissionais.

Em particular, para resolver conflitos na área de consumo, existem neste momento em Portugal sete centros de arbitragem com essa competência, seis com competência territorial limitada e um que funciona para todo o território nacional supletivamente, nas zonas não abrangidas pelos restantes seis. A estes juntam-se mais dois centros com âmbito setorial, o do setor automóvel e o do setor segurador.

Embora cada centro possa conter alguma especificidade, os procedimentos são semelhantes em todos, encontrando-se o modo de funcionamento definido nos respectivos regulamentos.

Sobre este tema, e no que se aplica ao Brasil, importa referir que apesar do estímulo às soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos de consumo, a arbitragem só tem lugar se a opção por essa escolha ocorrer por meio da livre vontade das partes, impondo-se assim que seja oriunda de uma cláusula compromissória, de um acordo arbitral ou da escolha dessa solução, mediante a nomeação de um árbitro, jamais podendo ser, de alguma maneira, imposta.

Para além das limitações legais e jurisprudenciais ao uso da arbitragem nos contratos de consumo, a doutrina brasileira também vem apresentando teses contrárias à utilização desta modalidade, com especial ênfase para a ausência do duplo grau de jurisdição e a possibilidade de o árbitro não utilizar normas de direito positivo, já que é possível, por exemplo, o julgamento por equidade e o caráter privado do juízo arbitral, o que poderia, em certos casos, resultar num julgamento parcial, entre outros argumentos de que violaria direitos constitucionais brasileiros, entre os quais o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e o princípio do juiz natural.

Em resposta aos argumentos contrários à utilização da arbitragem nos conflitos de consumo no Brasil, encontramos correntes da doutrina que esclarecem que a arbitragem não é jurisdição, já que jurisdição é uma prerrogativa do Estado, motivo pelo qual não há que falar na violação de princípios inerentes a essa função estatal:

É fato que a imagem construída pelos Procons decorre, sem dúvida, da expressiva quantidade de acordos realizados, entretanto, em que pese a inevitável demora no encaminhamento da reclamação, se o acordo acontece tudo vai bem, do contrário, a simples recusa do fornecedor (seja de comparecer na audiência seja de compor o conflito com o consumidor) é capaz de pôr termo ao procedimento administrativo.⁵

No nosso entender, se na teoria aparentemente a arbitragem pode restringir certas garantias, a verdade é que na prática ela efetivamente pode evitar vários prejuízos, sobretudo sempre que utilizada para certas modalidades de situações, já que possibilita encontrar soluções rápidas e ágeis, assegurando de forma mais eficaz os direitos do consumidor, com maior efetividade, atendendo à possibilidade de um julgamento por pessoa especializada, propiciando soluções mais adequadas ao caso concreto, e em consequência mais eficientes.

Independente das posições doutrinárias, como no Brasil não existe nenhum sistema de arbitragem estruturado para solução das lides consumeristas ao alcance da comunidade em geral, como se verifica no caso português e em outros países, os consumidores raramente utilizam essa modalidade de solução de conflitos, sendo a opção das partes majoritariamente a via judicial, a qual com a entrada em vigor da Lei de Mediação e do novo CPC passou a ser, por regra, precedida de sessão de conciliação ou mediação obrigatória.

6. Conciliação e mediação

Um dos maiores exemplos práticos da importância de procura de elementos e critérios para apontar as diferenças dos dois institutos tem ocorrido nos últimos dois anos no Brasil, onde o Poder Judiciário tem efetivamente procedido à sua distinção, recorrendo ao modelo desenhado por Leonard L. Riskin⁶, com base em dois eixos, que distingue uma orientação mais facilitadora de outra mais avaliadora.

De acordo com estudo desenvolvido e aprofundado em dissertação de mestrado⁷, a maioria das definições que encontramos de conciliação e mediação deriva da comparação entre os dois institutos.

Neste sentido, podemos identificar essencialmente quatro grupos de noções doutrinárias para distinguir mediação de conciliação. Num primeiro grupo, incluímos todos aqueles autores que consideram conciliação como sinónimo de mediação, e em consequência consideram inexistente, impossível ou irrelevante, em termos da natureza da intervenção, fazer qualquer distinção entre esses dois meios de resolução. Como defensores desta corrente encontramos Amaury Haruo Mori⁸, Luís de Lima Pinheiro⁹ e Dário Moura Vicente¹⁰.

Ainda neste sentido, de utilização dos termos mediação e conciliação como sinónimos, remetemos para Henry Brown e Arthur Marriot¹¹, de fácil leitura, optando os mesmos pelos conceitos de *Evaluative Mediation* e *Facilitive Mediation*, consoante a intervenção do terceiro é maior ou menor, mas sem grande distinção efetiva.

Num segundo conjunto, reunimos os autores para os quais conciliação e mediação divergem atendendo à maior ou menor intervenção do terceiro. Para estes, na mediação o terceiro é um facilitador de comunicação, enquanto na conciliação o terceiro para além de facilitar a comunicação participa ativamente na procura e obtenção de um acordo, podendo fazer propostas e apresentar soluções. Neste sentido encontramos designadamente Juan Carlos Vezzula¹², João Seivas¹³ e Lúcia Dias Vargas¹⁴, para quem a conciliação é mais adequada a situações circunstanciais, referindo a mediação como mais ajustada quando entre as partes existiu, e se pretende manter, um relacionamento.

Mais justificam que na conciliação os interesses das partes podem inclusive não ser totalmente satisfeitos, uma vez que o acordo alcançado é construído com base em concessões mútuas e não na procura da satisfação comum. Segundo eles o conflito na conciliação é tratado mais superficialmente do que na mediação.

Em sentido semelhante, Susana Figueiredo Bandeira¹⁵, mediadora de conflitos, afirma que o conciliador deve negociar e fazer propostas, bem como apresentar soluções de resolução, cumprindo às partes verificar e proceder ou não à sua aceitação. Diferentemente do mediador, que não sugere nem apresenta propostas.

Num terceiro grupo, reunimos aqueles autores para quem conciliação consiste na atividade do magistrado, com o objetivo de

obtenção de um acordo. Para estes, aproximando-se da atividade exercida pelo mediador, a conciliação distingue-se daquela pela qualidade do sujeito, já que é o juiz da causa quem na conciliação atua como terceiro. Neste sentido encontramos Zulema D. Wilde e Luis M. Gaibrois¹⁶, segundo os quais a mediação é extrajudicial e a conciliação é judicial. Em sentido similar situa-se Mariana França Gouveia, para quem conciliação é a atividade judicial que tem por fim resolver a demanda por via de acordo, sendo realizada por quem tem o poder de decisão final. Para estes autores, a diferença não se encontra no método, mas sim no posicionamento do terceiro, advertindo que, em sua opinião, ele pode reduzir a liberdade e transparência das partes¹⁷.

Num quarto e último posicionamento apresentamos a nossa noção e distinção dos dois institutos. Considerando que existem vários modelos e áreas especializadas de atuação da mediação¹⁸, criados de acordo com as necessidades locais, culturais, bem como com as temáticas em causa, do nosso ponto de vista é a qualidade e intervenção do terceiro que influencia e define os conceitos em concreto.

Assim, partindo da ideia defendida pela maioria da doutrina, de que mediação e conciliação são atividades similares e compatíveis, concluímos pela distinção dos institutos pelas características do conflito a ser tratado, completando que a conciliação permite o tratamento de conflitos meramente objetivos e a mediação de conflitos nos quais, para além das questões objetivas, resulte verificada a vontade e possibilidade de trabalhar questões subjetivas, bem como a existência da intenção de manter, melhorar ou não deteriorar o relacionamento existente, independentemente do grau de proximidade e intimidade entre os intervenientes.

A mediação traduz-se num método extrajudicial e colaborativo de resolução de conflitos, caracterizado por uma negociação assistida ou indireta, facilitativa (da comunicação e estabelecendo fundamentos de interesses comuns manifestados pelas partes), sendo um meio utilizado para facilitar o diálogo entre as partes.

Reforçamos aqui o entendimento de que o advogado, no exercício da sua atividade, não pode fazer mediação, porque tal desvirtuaria a necessária parcialidade que se impõe no exercício daquela função. No entanto os advogados podem e devem trabalhar conjuntamente com o

outro lado, representado por outro profissional da área, recorrendo, por exemplo, ao exercício de práticas colaborativas, sem poder de decisão final, porque esse pertence sempre às partes:

Somos todos negociadores muito experientes. Negociamos todos os dias, negociamos com nossa família, com nossos vizinhos, com nossos amigos, com nossos colegas de trabalho. Negociamos por horas e horas todos os dias. Negociamos desde o dia em que nascemos.¹⁹

7. Mediação de conflitos nas relações de consumo no Brasil

Partindo do pressuposto de conhecimento básico sobre o que é mediação de conflitos, princípios, regras e procedimento, mas antes de entrar no tema da mediação de conflitos no Brasil, importa termos uma noção de como se encontra atualmente o panorama da regulamentação legal deste instituto.

Se aparentemente falar de mediação no Brasil poderia ser uma tarefa simples, na realidade há que se levar em conta a quantidade de diplomas legais que passaram a regulamentar esta atividade, nomeadamente, a Lei de Mediação 13.140, promulgada em 29 de junho de 2015, com entrada em vigor a 26 de dezembro de 2015, bem como pela entrada em vigor das alterações do CPC a 18 de março de 2016, promulgado em 16 de março de 2015.

Em ambos os diplomas falamos de mediação judicial, vindo a Lei de Mediação a regulamentar também a mediação extrajudicial, o que nos leva a algumas questões que deixaremos para outro momento, para não fugir ao tema do presente artigo.

No entanto, não podemos deixar de referir que, apesar da estrutura, princípios e diretrizes serem muito similares, em ambos os diplomas encontramos regras pontuais diferenciadas e outras aparentemente contraditórias.

Falar de mediação no Brasil impõe ter também em atenção o disposto na Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, com as alterações que resultaram da Emenda n. 1, de 31 de março de 2013, e a Emenda n. 2, de 8 de março de 2016.

Identificada a base legal principal que regulamenta o instituto da mediação de conflitos no Brasil, desde 2010, cumpre referir que a experiência prática de mediadores e conciliadores é efetivamente muito grande, em particular nas matérias de direito do consumo, por meio dos Procons e da mediação judicial, seja ela processual ou pré-processual.

Os mediadores devem ser pessoas familiarizadas com o convívio e o trabalho interdisciplinar, compondo-se a mediação de assuntos das inúmeras áreas do conhecimento humano.

Ainda sobre este tema, cumpre realçar o extraordinário trabalho que o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, tem vindo a fazer com diversos projetos voltados para travar a realidade social de conflitualidade, contribuindo assim para uma efetiva alteração do convívio, e em particular, possibilitando um trabalho de justiça capaz de auxiliar na criação de novas identidades e relações.

No que diz respeito em particular aos conflitos de relação de consumo, desde março de 1991 que o Brasil possui uma regulamentação de defesa do consumidor, por meio da entrada em vigor da Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, gerindo a proteção das pessoas que fazem compras ou contratam algum serviço, conferindo a elas um conjunto de direitos e deveres.

Este diploma corresponde a uma lei abrangente que trata das relações de consumo em todas as esferas: civil, definindo as responsabilidades e os mecanismos para a reparação de danos causados; administrativa, definindo os mecanismos para o poder público atuar nas relações de consumo; e penal, estabelecendo novos tipos de crimes e suas punições.

Conforme referido, entendemos que a mediação corresponde a um método autocompositivo, extrajudicial e colaborativo de resolução de conflitos amplos²⁰, em que podem ser trabalhadas questões objetivas e subjetivas.

Enquanto método de negociação indireta, porquanto assistido por um terceiro, imparcial, que facilita a comunicação de forma construtiva, importa registar que o seu objetivo é o de conseguir construir com os intervenientes uma solução com a qual se identifiquem em absoluto, independentemente de isso significar concluir o processo por meio de acordo.

Por essa razão o mediador tem de ser um especialista no processo de mediação, ou seja, um especialista em resolução de conflitos, independentemente do conteúdo da disputa.

Conclusões

No mundo global em que vivemos as relações de consumo são parte integrante das relações sociais, sendo imprescindível um trabalho de constante atualização para que a regulamentação dessas relações atenda às demandas dos consumidores em geral.

Certamente tendo verificado que o instituto de defesa do consumidor tem vontade própria e é extraordinariamente mutável, o Brasil com as alterações ao CPC prevê uma regulamentação que privilegia exatamente a necessária autonomia dos sujeitos nas suas relações, disponíveis e negociáveis, conferindo-lhes a possibilidade de resolverem os conflitos na sua génese por meios consensuais, com o auxílio de profissionais graduados há pelo menos dois anos em curso de ensino superior e capacitados em instituição reconhecida pela ENFAM, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ²¹.

A regulamentação da mediação com lei própria, no CPC, e demais diplomas referidos no presente artigo permite-nos verificar que no Brasil existe uma diversidade de mediações, ganhando a mediação judicial de conflitos de consumo efetivo destaque e relevo.

Consideramos que a população e a sociedade brasileira, atendendo às suas características de sociedade jovem, em formação e crescimento, têm a oportunidade de fazer história em muitas áreas, e entendemos que estão efetivamente a fazê-lo relativamente aos métodos consensuais de resolução de controvérsias, e à mediação de conflitos em particular.

No nosso entender, a circunstância do judiciário brasileiro ter adotado, integrado e efetivado a ideia de utilização destes métodos consensuais traz efetivas transformações sociais, económicas, políticas e estruturais, algumas das quais notórias ao longo dos últimos três anos, período durante o qual tem sido possível verificar, designadamente, a preocupação das universidades de direito em

preparar os seus alunos, da magistratura e do judiciário de formar os seus profissionais e da Ordem dos Advogados do Brasil de atualizar os advogados em exercício.

Por tudo isto, acreditamos que a regulamentação agora introduzida trará alterações significativas com consequências estruturais, em especial nas micro e médias empresas, com implicações estruturais macro a longo prazo no Brasil, que poderão vir a influenciar os demais países a investir e adotar estes métodos como forma de resolução efetiva de conflitos.

Legislação

Lei de Mediação n. 13.140, de 29 de junho de 2015, com entrada em vigor a 26 de dezembro de 2015.

Código de Processo Civil Brasileiro – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, com entrada em vigor a 18 de março de 2016.

Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, com as alterações que resultaram da Emenda n. 1, de 31.03.2013, e da Emenda n. 2, de 08 de março de 2016.

Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Notas

- * Dulce Nascimento. Mestre em Direito. Advogada Colaborativa Brasil e Portugal, com atuação em especial nas áreas Internacional, Cidadania portuguesa, Saúde, Consumo, Contratual, Desenvolvimento sustentável, Meio Ambiente, Empresarial, Família e Educação. Coordenadora do Núcleo de Mediação na ESA – Escola Superior de Advocacia OAB-MG. Consultora institucional, em Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos, no setor público e privado – Portugal e Brasil. Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB-MG-Brasil e da Comissão de Justiça Restaurativa – MG. Mediadora de Conflitos nacional e internacional com especialização em diversas áreas (certificada pelo IMI; ICFML e CPR), com atuação extrajudicial e judicial, no setor público e privado. Professora de Graduação, Pós-graduação e Especialização em Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos. Juíza Coordenadora do Julgado de Paz de Sta. Maria da Feira (2008-2013). Autora do livro Clube Mediação – Transformando sonhos em realidade, bem como de diversos artigos e sentenças publicadas.
- 1. Simon Dolan, professor do Departamento de Gestão de Pessoas e Organização na ESADE Business School, em Barcelona, Diretor FWC Future Work Chair. Autor de diversos livros.
- 2. CANUT, 2011, p. 200.
- 3. Mary Parker Follet nasceu nos Estados Unidos da América e faleceu no Reino Unido (1868-1933). Graduiu-se em economia, administração pública, direito e filosofia no

Radcliffe College de Harvard. Interessou-se por problemas de administração industrial atendendo aos problemas sociais provocados pela industrialização que se fez sentir na virada para o século XX, atendendo ao período de desordem financeira e crises económicas face ao elevado nível de desemprego que ocorreu nos EUA na última década do século XIX no setor industrial.

4. Morton Deutsch nasceu em Nova York a 4 de fevereiro de 1920 (96 anos); Fundador do International Center for Cooperation and Conflict Resolution; professor da Universidade de Columbia em Nova Iorque (EUA); Autor de diversas obras em teoria de conflito.
5. ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4987/arbitragem-e-os-orgaos-integrantes-do-sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
6. *Manual de Mediação Judicial*. Organização de André Gomma de Azevedo. 5. ed. 2016, Conselho Federal da OAB e Conselho Nacional de Justiça (p. 135 a 138). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>
7. NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do, com a orientação do professor doutor Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto. *Julgados de paz e conciliação: sua importância no paradigma da justiça restaurativa*. http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/716/1/md_dulce_nascimento_dissertacao.pdf
8. MORI, Amaury Haruo. *Revista* 63, n. 2, 2009 do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_63_n_2_2009.
9. PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional – a determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra 2005.
10. VICENTE, Dário Moura. *Mediação Comercial Internacional*, homenagem ao professor doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra, 2006, p. 1.081-93.
VICENTE, Dário Moura. Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Eletrónico, in *Direito Internacional Privado*, Ensaios – II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 317-53.
VICENTE, Dário Moura. Resolução Extrajudicial de Conflitos no Setor Bancário, in *Direito Internacional Privado*, Ensaios – II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 291-316.
11. BROWN, Henry & MARRIOTT. Arthur, in *Alternative Dispute Resolution – principles and practices*, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 35-7.
12. VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação*, cit., p. 82-4.
13. SEVIVAS, João. *Julgados de paz e o direito*, cit., p. 18-9.
14. VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de paz e mediação*, cit., p. 53-4.
15. BANDEIRA, Susana Figueiredo. A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios, *Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2002, p. 95-145.
16. WILDE, Zuleima D. e GAIBROIS, Luis M. *O que é a mediação*, Ministério da Justiça, Direção-Geral da Administração Extrajudicial, Agora Publicações, Lisboa, 2003.

17. GOUVEIA, Mariana França. *Meios de resolução alternativa de litígios: negociação, mediação e julgados de paz*, 2008, p. 737-9.
18. GALLETTO, Tomaso. Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale, in *Materia Civile*, Giuffré, 2010.
ALEXANDER, Nadja. Models of mediation and ADR, in *The Mediation Meta Model: the realities of mediation practice*, 2011, ADR Bulletin Volume 12, number 6, article 5, Disponível em <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1521&context=adr>.
19. AGUIAR, 2010, p. 113.
20. RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Trad. De Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.) *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002 (Originalmente publicado na Harvard Negotiation Law Review, v. 1:7, 1996).
21. Artigo 11 a 13 da Lei de Mediação e artigo 165 a 175 do CPC.

Referências

- AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- AZEVEDO, André Gomma (organizador), Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial e Guia de Conciliação e Mediação Judicial para Magistrados*, ENAM – Escola Nacional de Mediação e Conciliação, 5. ed. Brasília, 2013.
- CANUT, Leticia. *Proteção do consumidor no comercio eletrônico*. 1a. ed. 2007, 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- DOLAN, Simon; GARCIA, Salvador. *Gestão por valores*, Qualitymark, 2006.
- FOLLETT, MARY PARKER. *The New State. Group Organization the Solution of Popular Government*. Foreword by Benjamin R. Barber, Foreword by Jane Mansbridge, and Introduction by Kevin Mattson. Paperback Edition, 1998.
- FREUD, S. O inconsciente. In J. Strachey (Ed., & J. Salomão, Trad.), edição *Standart Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.
- GRAHAM, Pauline. *Profeta do gerenciamento*, organizado por. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.
- LACAN, J. (1998). De uma questão preliminar a todo tratamento possível da psicose. In (V. Ribeiro, Trad.), *Escritos*. (p. 537-590). Rio de Janeiro: Zahar.
- TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art. 165. In: *Breves comentários ao Novo CPC*. Dantas, Bruno; Didier JR, Fredie; Talamini, Eduardo; Wambier, Teresa (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, no prelo.
- ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4987/arbitragem-e-os-orgaos-integrantes-do-sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS DE CONSUMO: PAPEL DO JUIZ ÁRBITRO

JOÃO CARLOS PIRES TRINDADE*

Juiz Árbitro do Tribunal Arbitral do Centro de
Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra-Portugal

EXCERDOS

“Os meios alternativos de resolução de conflitos surgem face a uma sociedade cada vez mais conhecedora dos seus direitos e a uma necessidade de responder de uma forma adequada a todos aqueles que pretendem fazer valer esses mesmos direitos e que não têm possibilidade de o fazer nos chamados tribunais comuns, nomeadamente por motivos económicos”

“Qualquer pessoa interessada pode recorrer aos serviços do centro de arbitragem, por telefone, pela internet, por carta, por fax ou pessoalmente”

“Excluem-se do âmbito da competência do centro os litígios que resultem de débitos ocasionados no exercício de profissão liberal e os relativos a responsabilidade civil por lesões físicas ou morte, conexas com a criminal”

“A conciliação pode igualmente ser promovida nos centros de informação autárquicos ao consumidor das câmaras municipais que disponham desse serviço e nas associações de consumidores para posterior remessa ao centro de arbitragem para homologação”

“Deve-se fazer sentir ao consumidor a utilidade da sua reclamação, mesmo que o valor económico em causa seja diminuto, de molde a que ele não se sinta desmotivado ou diminuído de forma a que não seja beliscada a sua consciência cívica”

É sempre um prazer partilhar a nossa experiência no domínio da resolução alternativa de litígios de consumo, daí a nossa gratidão.

E começaremos por tentar rebater algumas críticas que se fazem a este **meio de se fazer justiça**.

Tem-se dito que se trata de *desjudicialização* com tudo o que tal parece implicar de menosprezo pelos mais elementares princípios de direito. A experiência vivida não só como consumidor, mas sobretudo como juiz árbitro, permite-nos discordar frontalmente e, como tal, não alinhamos com aqueles que consideram que este meio não dignifica a justiça, que se trata de um retrocesso civilizacional, que apenas procura o descongestionamento dos tribunais, etc., etc.

Estas críticas só podem ser lançadas por aqueles que desconhecem a realidade vivida no quotidiano dos consumidores, quer nas relações comerciais, quer no uso que fazem dos meios que lhe são postos à disposição de realizar o direito. Na verdade, merece consenso generalizado o reconhecimento de que os consumidores, porque atuam no mercado de forma atomizada, se encontram em situação de desfavor relativamente à especialização e ao poder técnico-económico dos produtores e demais agentes económicos que ocupam o lado da oferta¹.

Não podemos esquecer que a complexidade das transações, a diversificação dos canais de comunicação, a crescente utilização da internet e das redes sociais, a agressividade dos métodos de venda e da publicidade, a falta de informação e segurança de alguns produtos e serviços transformaram o consumo, dificultando, por vezes, o acesso a uma informação clara e evidente. Esses motivos justificam a necessidade de uma intervenção pública que reequilibra as relações de consumo².

Por outro lado, estamos de uma maneira geral numa área em que a conflitualidade envolve valores de pequena monta, embora com uma incidência significativa. Nesta perspectiva temos vindo a defender que, não obstante o art. 496º, n. 1, do Código Civil Português³ utilizar a palavra “gravidade”, neste âmbito os pequenos transtornos, incómodos, angústia e desgosto merecem a tutela do direito pelo que são indenizáveis.

A desjudicialização só aparentemente está relacionada com a, às vezes exagerada, crítica que se faz ao mau funcionamento dos tribunais comuns.

Os meios alternativos de resolução de conflitos surgem face a uma sociedade cada vez mais conhecedora dos seus direitos e a uma necessidade de responder de uma forma adequada a todos aqueles que pretendem fazer valer esses mesmos direitos e que não têm possibilidade de o fazer nos chamados tribunais comuns, nomeadamente por motivos económicos. Surgem como uma resposta às angústias daqueles que se sentem impotentes para reagir.

Sublinhe-se que a dignidade social, a igualdade perante a lei e a garantia do acesso ao direito e aos tribunais, mesmo em caso de insuficiência económica, são direitos fundamentais dos cidadãos, expressamente consagradas na Constituição da República Portuguesa⁴.

Desta forma, os meios de resolução alternativa de litígios de consumo, dada a especificidades dos conflitos, têm um papel relevante na defesa dos direitos dos consumidores, tendo o seu lugar próprio que não interfere com os tribunais comuns, atuando paralelamente a estes.

O acesso à arbitragem dos conflitos de consumo é assim corolário lógico de um direito fundamental, qual seja, o do princípio da igualdade jurídica de todos os cidadãos perante a lei⁵.

E os meios alternativos postos à disposição respondem a esses anseios dos consumidores? Não temos dúvidas em responder afirmativamente, não obstante haver algumas arestas a limar, nomeadamente em termos legislativos e em termos de divulgação não só da existência como da facilidade de acesso a esses meios.

A criação e desenvolvimento dos **Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo** visou facilitar a resolução de “pequenos conflitos”⁶ através de um meio adequado, por expedito e gratuito, e facultando o acesso à justiça, permitindo a resolução de litígios que de outro modo nunca saíam da mera intenção dos lesados, melhor dito dos consumidores⁷. Ao fazermos esta generalização, consumidores em vez de lesados, queremos demonstrar que o lesado é não só aquele que tem um prejuízo monetário numa determinada relação de consumo, como também aquele que não consegue ver definido o direito que se

arroga, aquele que por desconhecimento não consegue ter um meio expedito que lhe permite que seja *reconhecido ou não* a existência desse direito. É que, convém salientar, a justiça não se faz só quando, dando-se razão ao consumidor, se condena o demandado a pagar uma indenização, mas também quando o tribunal declara que não assiste razão ao consumidor. Neste momento também o consumidor sente que cumpriu o seu dever e fica em paz consigo mesmo.

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo existentes em Portugal têm sido criados por iniciativa conjunta de entidades públicas e privadas, nomeadamente dos municípios das localidades abrangidas, das associações de consumidores e dos profissionais^{8,9}.

Na estrutura interna de funcionamento, os centros contam com um serviço jurídico que assegura os serviços de informação e mediação e um tribunal arbitral.

Gostaríamos de falar duma forma generalizada sobre estes centros, no entanto tal não é possível, já que cada um dos dez existentes em Portugal têm as suas especificidades, quer em termos de acesso, de valor da causa, quer em termos de procedimentos. Não concordamos com esta situação. Deveria haver uma uniformização no que respeita ao acesso, procedimentos processuais, pagamento de taxas (com as quais já manifestamos o nosso desacordo)¹⁰.

Permitam-nos fazer agora uma visita guiada ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra¹¹.

Debrucemo-nos sobre o modo como os centros de arbitragem estão em condições de corresponder aos anseios dos consumidores e, por que não, também dos comerciantes, operadores económicos e das empresas prestadoras de serviços¹².

Convém ressaltar que o agente económico, as empresas, não pode desencadear a intervenção do tribunal arbitral. É a chamada *unidirecionalidade* – apenas os consumidores podem ser parte ativa. Poderá daí decorrer a ideia de que há violação dos princípios da igualdade e de acesso à justiça arbitral, mas consideramos que assim não acontece já que não poderemos esquecer que os centros de arbitragem foram

O agente
económico
não pode
desencadear
a intervenção
do tribunal
arbitral

criados no âmbito da defesa do consumidor. Cumpre sublinhar que vejo com bons olhos que as empresas também possam demandar nos centros os consumidores desde que de tal resulte benefício para estes.

De sublinhar que o Centro de Arbitragem Coimbra tem um **caráter genérico**, que lhe permite dirimir um vasto conjunto de litígios.

De realçar também a **acessibilidade** dos procedimentos de resolução alternativa de litígios. Acessibilidade que se traduz na simplicidade de todo o processado.

A Lei 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores no seu art. 3º, g), diz que o consumidor tem direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta. Repito “justiça acessível”, diz a lei.

Não obstante a utilização deste vocábulo “acessível” neste normativo, nos parece ter sido utilizado apenas na vertente económica (como resulta do art. 14º da referida lei), aproveita-mo-lo também para fazer ressaltar uma vertente que reputamos muito importante, qual seja, a da compreensão por parte dos litigantes de tudo o que se está a passar, da dinâmica processual e da decisão.

Na sequência quer o Serviço Jurídico, quer o Tribunal Arbitral, também nesta vertente, devem ter particular cuidado no sentido de informar e explicar às partes o que está a acontecer, por que está a acontecer e como vai ser o desenvolvimento processual, o que aliás não é difícil dada a simplicidade que preside todo o processo.

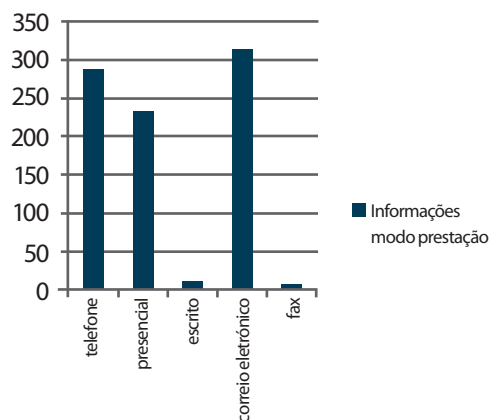
De destacar também a **celeridade** com que as reclamações são decididas: dois, três meses.

Importa ainda exaltar o **acesso gratuito**: não é devida qualquer taxa para a reclamação prosseguir. Neste aspecto, o da gratuitidade, estamos em desacordo com a Lei 144/15, (sobre este diploma debruçar-nos-emos mais adiante), quando permite (artigo 10º, n. 3) a fixação de uma taxa de valor reduzido¹³. Tal pode ser um fator inibidor que não contribui para a paz social e para o desenvolvimento económico. A aplicação desta taxa parece-nos até contraditória com o espírito que presidiu e transparece na Lei dos Serviços Públicos Essenciais, onde a arbitragem é necessária¹⁴.

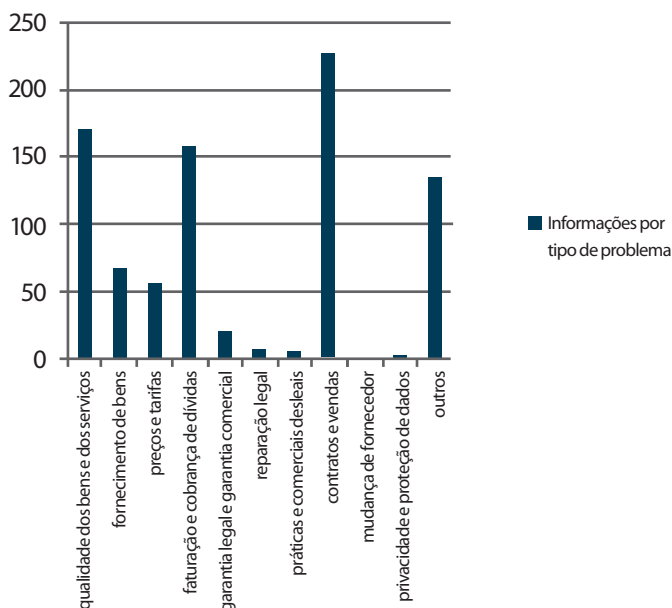
Defendemos que as partes, não só o consumidor, não têm que custear os serviços prestados, com exceção de alguns tipos de provas que queiram

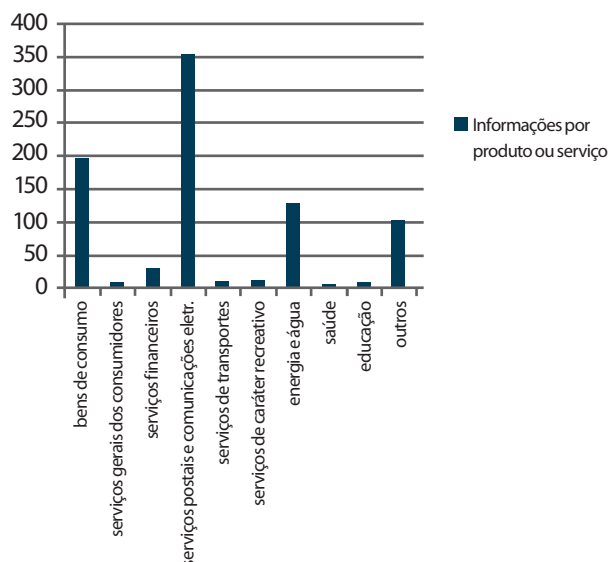
diligenciar, como por exemplo peritagens. A gratuidade respeita a todo o procedimento, desde o pedido de **informação**¹⁵ até à decisão arbitral, aplicando-se a ambas as partes e não apenas ao consumidor.

Importa realçar a forma expedita como é realizada a prestação dessa informação conforme quadro que segue:



Relevantes também os tipos de problemas sobre os quais são solicitadas as informações:





Qualquer pessoa interessada pode recorrer aos serviços do centro de arbitragem, por telefone, pela internet, por carta, por fax ou pessoalmente. Brevemente poderá também fazê-lo nos Pontos de Contato Municipais a funcionar em local a designar pelas câmaras municipais (prefeituras) aderentes. É aqui que o processo tem o seu início, com a **reclamação**.

Esta surge como o primeiro contato do juiz com o consumidor, contato que considero muito importante. Neste ponto a Comissão Europeia fomenta o uso de formulários, o reclamante expõe a sua pretensão através de “cruzinhas”. Na perspectiva de julgador discordo frontalmente do recurso à técnica dos formulários, já que a reclamação escrita expositiva reflete o “estado de alma” do consumidor que importa preservar, e pode ser mais um elemento, quiçá muito importante, para o juiz alicerçar a sua convicção quando fixa a factualidade dada como provada.

Considera-se *consumidor* a pessoa singular quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional (art. 3º, c), da Lei 144/15).

Consideram-se *litígios de consumo* os que decorrem do fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de quaisquer direitos,

destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Consideram-se também conflitos de consumo aqueles que decorrem do fornecimento, transmissão e prestação de bens, serviços e direitos pelos organismos da administração pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Excluem-se do âmbito da competência do centro os litígios que resultem de débitos ocasionados no exercício de profissão liberal e os relativos a responsabilidade civil por lesões físicas ou morte, conexa com a criminal.

Valor: a competência do Centro de Coimbra abrange os litígios de consumo de montante não superior ao valor da alçada dos tribunais judiciais de primeira instância, que é atualmente de 5.000,00 euros.

Local da ocorrência: a competência territorial do centro de arbitragem abrange os litígios de consumo decorrentes de contratos que tenham sido celebrados dentro das áreas dos 16 municípios aderentes.

Mediação: inicia-se com a apresentação da reclamação, redigida em impresso próprio e devidamente identificada quanto aos sujeitos e objeto de litígio.

A reclamação pode ser transmitida por email e presencialmente numa forma simples. Como já foi referido, defendo que deve ser redigida pelo próprio punho do demandante de molde a que lhe seja permitido de forma espontânea, mas sucinta, expor a sua versão, o seu estado de alma. Tal constitui uma preciosa ajuda quando o julgador tem de se debruçar para fixar a factualidade sobre a qual incidirá o direito.

O jurista do centro faz a respectiva análise e realiza o primeiro contato, escrito ou telefónico, com o operador económico, com vista à resolução do litígio.

Conciliação: Frustrada a mediação, o processo segue para a fase de conciliação procurando-se aqui obter, com a presença de ambas as partes e jurista do centro, uma solução de equilíbrio entre os interesses em jogo, a qual, uma vez obtida, será lavrada em ata e homologada pelo juiz árbitro, tendo a partir desse momento o mesmo valor e eficácia de decisão proferida em tribunal judicial de 1ª instância.

A conciliação pode igualmente ser promovida nos centros de informação autárquicos ao consumidor das câmaras municipais que disponham desse serviço e nas associações de consumidores para posterior remessa ao centro de arbitragem para homologação.

Duas ou três notas importam reter na conciliação:

- O juiz não deve forçar o acordo; tal não significa, no entanto, que ele não esteja atento ao desenrolar do diálogo entre as partes e dê a sua ajuda.

- Convém transmitir a ideia às partes de que, nesta fase, apenas interessa que dialoguem com vista a alcançar-se um acordo e não que cada uma exponha já as suas razões sobre o litígio.

- A tentativa de conciliação é essencial para começar a concentrar as partes no caso, permitindo que eles se apercebam desde logo que a outra parte também terá eventualmente algumas razões válidas.

- Por outro lado e agora do ponto de vista do julgador, é crucial também porque tem a possibilidade de retirar das conversações com vista à conciliação elementos importantes que lhe permitam formar a sua convicção para a fixação da matéria de fato provada e delimitar o objeto do litígio.

- Por último, não quero deixar de referir que se conseguem obter acordos com tudo o que tal de benéfico implica, nomeadamente em termos de transigência de ambos os pleiteantes e porque são eles que “decidem” o caso.

Se as partes não chegarem a acordo podem, mediante celebração de convenção arbitral, submeter o litígio a julgamento:

Não queremos deixar de dizer neste ponto, o da conciliação, com vista a agilizar o processo e facilitar a vida às partes, evitando a deslocação por mais que uma vez ao centro, que designamos a tentativa de conciliação e a audiência de julgamento para o mesmo dia e hora. Os contatos com vista à fixação da data são efetuados por telefone.

O centro e o tribunal só estarão em condições de exercer desde que estejam preenchidas determinadas condições formais como a que diz que a convenção arbitral deve ser reduzida a escrito e pode revestir a forma de: *compromisso arbitral*, que visa regular um conflito concreto e atual, ou *cláusula compromissória*, que visa regular conflitos eventuais e futuros, por via da adesão genérica.

Arbitragem: Frustrada a tentativa de conciliação, e após aceitação expressa de ambas as partes¹⁶, submeter-se-á o litígio a *juulgamento* em tribunal arbitral, presidido por magistrado judicial designado pelo Conselho Superior da Magistratura¹⁷.

O juiz *designa dia para julgamento*. Para tal devemos usar da máxima flexibilidade, não fixando uma única data mas apresentando várias alternativas de molde a conseguir-se a maior harmonização possível com menor dispêndio de tempo e incómodos para as partes. Os contatos com vista à fixação da data deverão ser efetuados previamente por telefone.

Afigura-se-nos que para atingir os fins pretendidos será útil e suficiente uma *sala* sóbria mas que em nada se assemelhe à sala de audiências dos tribunais judiciais. Uma sala em que as partes se sintam descontraídas mas simultaneamente que não se esqueçam que estão perante um tribunal.

No que respeita ao ambiente que deve rodear os intervenientes no julgamento, importa assegurar a maior proximidade possível entre todos de molde a criar uma atmosfera de confiança que favoreça o diálogo entre reclamante e reclamado e entre estes e o juiz.

Uma vez que atualmente, em grande parte a barreira económica (custos processuais) está ultrapassada, temos que quebrar a barreira psicológica do contato com os tribunais.

Importa, dizíamos, dar a conhecer aos intervenientes, duma forma natural e sempre que a situação se depare, com clareza e simplicidade, numa linguagem muito acessível, as regras por que se rege a apreciação e resolução do conflito.

Nunca por nunca, e este ponto reputamo-lo de muito importante, se deve deixar transparecer a ideia de que se está perante um “*tribunal de defesa do consumidor*”, como muitas vezes é apelidado este tribunal. O juiz deve desde o início e no decurso da audiência de julgamento deixar transparecer garantias de independência e de imparcialidade, reforçando ao mesmo tempo a confiança nos mecanismos alternativos de resolução dos litígios de consumo.

A proteção dos consumidores pode e deve fazer-se através de via legislativa, através de ações de informação e esclarecimento, da criação de associações, mas nunca pela via judicial, mais concretamente através

do juiz quando julga, quando este apura quem tem ou não razão. Não deve dar a entender que já tem uma solução predefinida para a questão que lhe é posta, que eventualmente não assiste razão a uma das partes. Deve sim dar a entender, mas duma forma natural, que tem conhecimento de todos os pormenores do litígio.

Por outro lado, deve-se fazer sentir ao consumidor a utilidade da sua reclamação, mesmo que o valor económico em causa seja diminuto, de molde a que ele não se sinta desmotivado ou diminuído de forma a que não seja beliscada a sua consciência cívica. É preciso fazer realçar ao consumidor a virtude que é o conhecimento que ele tem da existência do centro de arbitragem. Ressaltar as vantagens do recurso ao tribunal (acesso fácil, gratuito e célere). Sobretudo importa fazer-lhe sentir a quebra da inércia de, perante uma situação que o prejudicava, defraudava e muitas vezes revoltava, não ter tido uma atitude passiva. Cuida afastar o estado de espírito do consumidor daquelas dúvidas que a todos assolam e muitas vezes os demovem de exercer os seus direitos (Será que eu tenho razão? Para que é que eu me vou incomodar? Merecerá a pena?).

Neste sentido é preciso transmitir a ideia ao consumidor de que ele “criou um caso” mesmo em situações em que a reclamação vier a ser julgada improcedente.

Em tribunal arbitral não é obrigatória a constituição de *advogado*. Podemos apontar que em 90% dos casos que são submetidos a julgamento o consumidor não constitui advogado. A mesma percentagem verifica-se com as empresas demandadas na arbitragem voluntária. Na arbitragem necessária em relação aos consumidores, a referida percentagem de 90% mantém-se, sendo a situação totalmente diversa no que respeita às demandadas empresas prestadoras de serviços que surgem sempre patrocinadas por advogados. Será que desta situação resultará alguma desigualdade para o consumidor? Parece-nos que não. As estatísticas falam por si: 85% das decisões são favoráveis aos consumidores.

Ultimamente alguns demandados, sobretudo na área da arbitragem necessária, têm optado por apresentar a contestação e não se fazerem representar em julgamento nos termos do n. 3 do art. 35º da Lei 63/2011 – Lei da Arbitragem Voluntária: *Se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de produzir prova documental no prazo fixado, o*

tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada.

Pode produzir-se perante o tribunal qualquer prova em direito admitida.

O número de testemunhas não poderá ser superior a três apresentando-se a depor independentemente de notificação. Tal não impede que o juiz, caso não se considere suficientemente esclarecido, possa ouvir mais testemunhas.

As partes podem requerer a realização de peritagens especializadas, suportando os custos daí advenientes.

É comumente aceite que nas relações de consumo, onde uma das partes é claramente “mais fraca” ou “desfavorecida”, por se encontrar na situação de “inferioridade” em relação à outra parte, existe desigualdade.

Pode
produzir-se
perante o
tribunal qualquer
prova em
direito
admitida

Diz Jorge Pegado Liz (*Introdução ao direito e à política de consumo*): “O

consumidor é reconhecido como um contraente débil, cuja liberdade é afetada pela ignorância, pela pressão das necessidades, pela influência unilateral dos métodos promocionais e publicitários, que o colocam tendencialmente numa posição de inferioridade e dependência em relação aos fornecedores de bens e serviços merecedoras de proteção compensatória”.

E no processo que corre nos centros de arbitragem essa debilidade esse desequilíbrio, essa desigualdade também se verifica? A resposta não pode deixar de ser afirmativa, aliás também assim se passa nos tribunais comuns, não obstante alguma coisa ter vindo a ser feita para minorar essa situação. Apesar de tudo, posso afirmar, face à experiência vivida nos dois tribunais, que no de arbitragem a debilidade e o desequilíbrio não são tão acentuados.

É neste ponto o da demonstração da sua razão, o **ónus da prova**, que existirá maior dificuldade e conseqüente desigualdade para o consumidor.

Obviamente que sem pôr em causa o princípio da igualdade das partes e tendo sempre presente a obtenção de uma decisão justa,

importa ao juiz do tribunal arbitral tentar minorar este desequilíbrio enquanto se mantiver esta situação, não beliscando, voltamos a frisar, minimamente qualquer direito do reclamado e respeitando todos os princípios inerentes a uma audiência de discussão e julgamento.

Uma primeira ideia acho necessário fazer ressaltar. Não obstante o esclarecimento que referimos supra no sentido de fazer compreender as partes de todos os passos que estão a dar no desenvolvimento processual inerente, vale não deixar que elas se apercebam, se envolvam na teia e complexidade jurídica que preside a todo o processo tendente à resolução de um conflito seja ele de que natureza for, para que não se perca a “cristalinidade”, “a espontaneidade” da sua versão dos fatos. Devemos manter a forma aberta, franca e genuína de como são feitas as reclamações escritas.

É preciso criar um ambiente de confiança e abertura que não dê razão à afirmação feita por Genuzo Bentini de que *a verdade, a verdadeira verdade, não é não é nunca aquela que chega até nós [...] Por mim convenci-me de que a verdade não entra nas salas do Tribunais, nem mesmo nos processos de grande repercussão. Ela fica sempre pelas escadas ou pelo caminho.*

Expostos estas considerações de caráter geral que nos ajudarão a compreender melhor o papel do juiz na arbitragem dos conflitos de consumo, debruçem-nos sobre a lei.

Conforme estabelece o art. 342º do Código Civil (CC), “aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos fatos constitutivos do direito”. Ou seja, aquele que invoca um direito tem de provar os fatos que normalmente o integram. Parece resultar deste normativo e deste ónus uma situação de desfavorecimento e desigualdade para o consumidor, face às inerentes dificuldades em fazer prova do direito que alega.

Não nos podemos esquecer que a maioria das situações de conflito de consumo surge quando o consumidor está sozinho¹⁸ e em muitas das vezes até na presença de várias pessoas ligadas à entidade reclamada.

Em 2001 dizia: *Lembro-me neste momento que a EDP¹⁹ por norma apresenta como testemunhas dois engenheiros e o reclamante consumidor não apresenta qualquer testemunha. Saliente-se que não estamos a fazer uma crítica à EDP, antes pelo contrário, este procedimento evidencia a forma responsável como encara a adesão genérica.*

Em 2008, honra seja feita ao legislador, esta situação foi modificada pela Lei 23/96, de 26 de julho, que alterou a Lei 12/08, de 26 de dezembro, Lei dos Serviços Públicos Essenciais, diploma marcante na defesa do consumidor²⁰, que no seu artigo 11º consigna:

1 – Cabe ao prestador do serviço o ónus da prova de todos os factos relativos ao cumprimento das suas obrigações e ao desenvolvimento de diligências decorrentes da prestação dos serviços a quem se refere a presente lei.

2 – Incide sobre o prestador do serviço o ónus da prova da realização das comunicações a que se refere o artº 10º, relativa à exigência do pagamento e do momento em que as mesmas foram efetuadas.

Neste ponto consideramos que o juiz tem um papel muito relevante não numa perspectiva de defesa do consumidor, voltamos a repetir, mas numa perspectiva de busca incessante e cuidada da verdade material.

Deve o juiz, primeiramente, deixar o consumidor explicar toda a situação confrontando-o de imediato com a versão do reclamado, permitindo inclusive que eles entrem em diálogo um com o outro. Deixá-los falar, deixá-los dialogar...

Nesta altura a atenção do juiz terá que redobrar, terá ele que estar atento ao mínimo pormenor, aos gestos, à forma de expressão, à forma como se faz o pedido e ao montante do mesmo, tentando apreender se ele é feito com “intuitos lucrativos” ou até “intuitos revanchistas” (o tribunal não pode deixar que o utilizem, uma vez que o seu acesso é gratuito, para servir como meio de represália para alguma situação que não correu tão bem como o consumidor pretendia, mas que não tem razão para ser transformada num conflito de consumo; verifica se corresponde efetivamente ao prejuízo sofrido ou a qualquer fato que tenha relevância jurídica).

A experiência permite-nos concluir que na esmagadora maioria das reclamações julgadas o conflito, a fixação da factualidade sobre a qual se irá aplicar o direito, é decidido com base na versão de ambos os litigantes, sem necessidade de ser produzida outra prova,

nomeadamente audição das testemunhas. Refira-se a propósito que na maior parte dos casos submetidos a julgamento apenas temos como prova a versão do reclamante e reclamado. Também podemos afirmar que nos casos em que são apresentadas testemunhas na maior parte das vezes elas são do reclamado. Daí a grande dificuldade do julgador.

Atenta a importância da versão dos litigantes e na sequência do que acabamos de expor, não é por acaso, e ao contrário do que acontece com o regime estabelecido no Código de Processo Civil Português (art. 452º) para os tribunais comuns, em que é facultativa ou depende da vontade do juiz a comparência das partes, que o art. 14º, n. 3. do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito Coimbra impõe, como regra, a obrigatoriedade do depoimento pessoal de ambos os litigantes.

A título informativo diremos que nos julgados de paz, criados pela Lei 78/01, de 13 de julho, as partes têm de comparecer pessoalmente (art. 38º, 1 e 57º).

Concluindo, como deixamos transparecer, a grande dificuldade do juiz prende-se com a quase ausência de prova, já que a maior parte das vezes reclamante e reclamado “entregam-se” ao tribunal sem apresentar testemunhas ou documentos, pelo que nos temos de “agarrar a tudo”, especialmente à reclamação escrita do consumidor e ao diálogo prévio com vista à conciliação.

Finda a produção da prova, o tribunal profere a decisão devidamente fundamentada com enunciação dos fundamentos de fato e de direito. Estabelece o art. 16º do Regulamento do Centro de Coimbra que, finda a produção da prova, o tribunal profere decisão, lavrando por escrito ou ditando para a ata, salvo em casos de maior complexidade, em que a decisão deverá ser proferida no prazo de 10 dias.

Quanto a este ponto, confesso estar dividido. Por um lado tenho seguido sempre o critério de nunca decidir imediatamente, mesmo nos casos de grande simplicidade, já que acho importante debruçar-me calmamente sobre a questão, o travesseiro sempre foi bom conselheiro. Há casos em que após ter preparado o processo para o julgamento fiquei com uma determinada perspectiva de solução, no desenrolar da audiência fiquei com outra, e após o julgamento e meditação, a tal conversa com o travesseiro, fiquei com uma terceira.

Por outro lado, e é por isso que me encontro dividido, considero vital que as partes sejam esclarecidas sobre a decisão. Tal esclarecimento seria mais eficaz se a decisão fosse transmitida oralmente.

Perante este quadro e para evitar que as partes se desloquem de novo ao tribunal para a leitura da decisão, sem mais incómodos, perdas de tempo e gastos, optei por elaborar a sentença de forma clara e simples, despida de grandes e incompreensíveis, para as partes, considerações jurídicas. As partes são notificadas pelo correio com cópia da decisão.

Não queremos deixar de referenciar que as decisões tomadas têm tido uma função jurisprudencial pedagógica a ponto de algumas empresas alterarem os seus procedimentos.

Permitam-nos referir um caso paradigmático.

O art. 5º (Suspensão do fornecimento do serviço público), n. 1, da já mencionada Lei 23/96 estabelece que a prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior. A remessa do pré-aviso escrito por via postal simples cumpre as exigências legais? Temos vindo a entender que não.

É que não esteve no espírito do legislador, que tantos cuidados teve em fixar a forma de pré-aviso, e numa área tão sensível, como dos serviços públicos essenciais, bastar-se com um modo de comunicação que não assegurasse um eficaz conhecimento objetivo efetivo por parte do consumidor. É necessária uma regularidade formal de recepção do pré-aviso que não está assegurada com a remessa por via postal simples. Não cumpre essa exigência o pré-aviso remetido via postal simples, mesmo quando não há correspondência devolvida pelos correios. E, assim, temos vindo a entender que surge como ilegal a suspensão da prestação do serviço sem o consumidor ter conhecimento atempado e efetivo.

Na sequência deste entendimento, as empresas prestadoras de serviço, até para salvaguarda delas próprias, têm vindo a adotar procedimentos que assegurem o conhecimento efetivo por parte do consumidor da suspensão do serviço.

Da decisão arbitral *não há recurso* podendo apenas ocorrer *pedido de anulação* com fundamento nos princípios do artigo 46º da Lei da Arbitragem Voluntária²¹.

O regulamento dos centros que está em estudo, quanto a este aspecto, estabelece que a sentença arbitral apenas é suscetível de recurso se o valor do processo for superior ao da alçada do tribunal judicial de primeira instância e tiver sido decidida segundo o direito.

A força executória da decisão arbitral é igual à de sentença proferida em tribunal judicial. Em caso de incumprimento da decisão, pode aquela ser executada nos mesmos termos de decisão de tribunal judicial²².

Uma última palavra para fazer uma breve referência à **Lei 144/2015**²³, de 8 de setembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a

A força
executória
da decisão
arbitral é igual
à de sentença
proferida em
tribunal judicial

Diretiva 2013/11/UEA do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, estabelecendo o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo. Esta lei veio exigir a criação da rede de arbitragem de consumo, a existência de um regulamento harmonizado, a resolução de conflitos transfronteiriços e a resolução

de conflitos originados por aquisições em linha a nível da UE, além do normal desenvolvimento das atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem. Foram os grandes desafios apresentados em 2015 e que exigiram grande esforço de adaptação e que vão, certamente, constituir as bases de um sistema mais sólido, eficaz e de inegável interesse público.

É ela 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 respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia.

Notas

- * João Carlos Pires Trindade. Juiz Árbitro do Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra-Portugal.
1. Joaquim Carrapiço, *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, p. 11.
 2. Direção Geral do Consumidor – No exercício da política de defesa do consumidor em Portugal.
 3. Art. 496º, n. 1, do Código Civil Português: *Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua **gravidade**, mereçam a tutela do direito.*
 4. Art. 20º 1 – A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
 5. Art. 13º da Constituição da República Portuguesa – 1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
 6. Não gostamos e achamos que não se deve utilizar a expressão “bagatelas jurídicas”, pelo que de depreciativo decorre, quando em confronto com o estado de alma do consumidor.
 7. Não temos dúvidas em afirmar que 95% dos casos que nos aparecem nos centros de arbitragem não chegariam ao conhecimento dos tribunais comuns.
 8. O Tribunal Arbitral de Coimbra (projeto-piloto) é criado a 15 de abril de 1992 com uma estrutura composta por duas partes articuladas, o serviço de mediação e conciliação e o Tribunal Arbitral presidido por juiz árbitro nomeado pelo Conselho Superior da Magistratura (órgão superior de gestão e disciplina dos juizes dos Tribunais Judiciais de Portugal).
Dois anos mais tarde, surge a Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo, pessoa coletiva de direito privado, sem fins lucrativos, hoje declarada de interesse público, que conta hoje nos seus associados com:
Municípios de: Arganil, Cantanhede, Coimbra, Condeixa-a-Nova, Figueira da Foz, Góis, Lousã, Mira, Miranda do Corvo, Montemor-o-Velho, Oliveira do Hospital, Penacova, Penela, Soure, Tábua e Vila Nova de Poiares.
ACIC: Associação Comercial e Industrial de Coimbra;
ACIF: Associação Comercial e Industrial da Figueira da Foz;
ACOP: Associação de Consumidores de Portugal;
APDC: Associação Portuguesa de Direito do Consumo;
DECO: Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor;
Ordem dos Advogados (Conselho Distrital de Coimbra);
UGC: União Geral dos Consumidores;
União dos Sindicatos de Coimbra – CGTP-IN.
ENTIDADES PROTOCOLADAS:
Direção-Geral da Política da Justiça – Ministério da Justiça
Direção-Geral do Consumidor – Ministério da Economia
 9. O primeiro centro de arbitragem a ser criado Portugal foi o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de **Lisboa** (CACCL). Este CACC possui caráter genérico e competência territorial limitada à área metropolitana de Lisboa, possuindo

competência em razão do valor limitada a €5.000 e sendo de funcionamento quase gratuito. “Resulta da convergência de vontades entre entidades públicas e privadas – Governo (Justiça, Comércio e Consumo); Câmara Municipal de Lisboa; Junta Metropolitana de Lisboa; Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor e União de Associações do Comércio e Serviços”.

No **Porto** existe, desde 1992, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), com caráter genérico e competência territorial limitada aos municípios da área metropolitana do Porto. Não possui limite de valor e recentemente começaram também a ser cobradas taxas pelos serviços prestados. Tem como entidades associadas a Câmara Municipal do Porto, a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO) e a Associação dos Comerciantes do Porto.

Em 1997, entra em funcionamento o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do **Vale do Ave**, dotado de competência genérica, valor ilimitado em termos de competência em razão do valor e gratuito para os utentes. Tem as seguintes entidades associadas: a Associação de Municípios do Vale do Ave; a Ordem dos Advogados, a Câmara Municipal de Cabeceiras de Basto, a DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, a ACOP – Associação de Consumidores de Portugal, a ACIF – Associação Comercial e Industrial de Guimarães, a Associação ACIV – Comercial e Industrial de Vizela e a Associação Empresarial de Fafe, Cabeceiras de Basto e Celorico de Basto.

O Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do **Algarve** (CIMAAL) foi criado em 2000. Como o nome indica abrange o Algarve (distrito de Faro). Possui competência genérica, valor ilimitado e é de funcionamento gratuito. Os associados deste centro são a Região de Turismo do Algarve, a ACRAL – Associação de Comércio e Serviços da Região do Algarve, a AMAL – Comunidade Intermunicipal do Algarve e a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor.

10. Esta nossa preocupação de há muito encontra hoje eco na Lei 144/2015, de 8 de setembro, de que falaremos adiante. Nesta altura, abril de 2016, por exigência deste diploma tudo se conjuga para que em breve seja publicado um regulamento harmonizador dos centros de arbitragem.
11. Em termos de competência territorial existem em Portugal centros que abarcam vários concelhos conforme referimos na nota 9. O restante território nacional está inteiramente coberto desde 2010, após a criação do centro nacional que atua de forma supletiva em relação aos outros centros.

Com âmbito setorial existem dois centros em funcionamento: o do setor automóvel (CASA – Centro de arbitragem do Setor Automóvel) e o do setor segurador (CIMPAS – Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros).

12. Sublinhe-se que desta pequena conflitualidade resulta também benefício para as empresas e operadoras que perante as inúmeras situações com que se deparam vão afinando as suas relações com os consumidores, vão resolvendo os seus

próprios conflitos acabando por ganhar confiança e prestígio que, além do mais, lhes permitem fidelizar os clientes.

13. Artigo 10º – 3 – As entidades de RAL devem ainda assegurar que os procedimentos de RAL são gratuitos ou estão disponíveis para os consumidores contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido.
14. Art. 15º, n. 1, da Lei 23/96 – 26/7 (Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de Serviços Públicos Essenciais) – *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.*
15. No ano de 2014 o Centro prestou 790 informações aos consumidores e 852 no ano de 2015.
16. Salvo os casos de arbitragem necessária que dependem apenas da iniciativa do consumidor.
17. O Conselho Superior da Magistratura é o órgão superior de gestão e disciplina dos juizes dos tribunais judiciais de Portugal.
18. Importa sublinhar que em 85% dos casos que nos são trazidos a julgamento o consumidor não indica testemunhas.
19. Empresa prestadora de serviços de energia.
20. Art. 1º, 2, da Lei 23/96 – São os seguintes os serviços públicos essenciais: Serviço de fornecimento de água, energia eléctrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, comunicações electrónicas, postais, recolha e tratamento de águas residuais, gestão de resíduos sólidos urbanos.

21. CAPÍTULO VII

Da impugnação da sentença arbitral

Artigo 46º

Pedido de anulação

1 – Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do n. 4 do artigo 39º, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo.

.....

3 – A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se:

a) A parte que faz o pedido demonstrar que:

i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou

ii) Houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n. 1 do artigo 30º com influência decisiva na resolução do litígio; ou

iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; ou

iv) A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram

- conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio; ou
- v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou
- vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos nos n.os 1 e 3 do artigo 42º; ou
- vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43º; ou
- b) O tribunal verificar que:
- i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português;
- ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.
22. O Decreto-Lei 103/91, de 3 de agosto, prevê a isenção de custas para o exequente em ações de execução para obter cumprimento de sentença condenatória proferida pelo tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. De harmonia com o estabelecido no n. 1 do artigo 60º da Constituição da República, os consumidores têm, entre outros, o direito à reparação de danos. Sendo assim, o consumidor que se socorra dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, o qual obtém do tribunal de pequenos conflitos sentença condenatória favorável, tem já um direito concreto que merece ser juridicamente acautelado. Por isso, não se justifica que, na execução de tal decisão condenatória, ainda deva sujeitar-se a outras e novas despesas judiciais, nomeadamente ao prévio pagamento de preparos e custas.
- No entanto, o referido decreto foi tacitamente revogado pelo Decreto-Lei 34/2008, de 26 de fevereiro, – Regulamento das Custas Judiciais – pois, apesar de este diploma não referir expressamente que se aplica às decisões arbitrais, quando dispõe sobre as isenções nada refere sobre as decisões arbitrais. Mais dispõe, no artigo 25º, que “são revogadas as isenções de custas previstas em qualquer lei, regulamento ou portaria e conferidas a quaisquer entidades públicas ou privadas, que não estejam previstas na presente lei.”
- O legislador, desta vez, não esteve atento. Tal no entanto acaba por ter poucas implicações, já que ao longo destes 24 anos de existência do Centro *apenas temos referência de quatro casos em que as empresas demandadas e no âmbito da arbitragem voluntária não cumpriram a decisão arbitral.*
23. Entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2015, concedendo aos fornecedores de bens ou prestadores de serviço um prazo de seis meses para se adaptarem às novas exigências legais, o qual terminou a 22 de março de 2016.

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NA SAÚDE: O SISTEMA DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS DA ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

EMÍLIA FERREIRA*

Coordenadora de Unidade na ERS

LILIANA MATOS VIANA**

Técnica Superior de Regulação na ERS

SOFIA MELO***

Técnica Superior de regulação na ERS

RESUMO

O presente artigo visa apresentar a resolução alternativa de litígios no setor da saúde, com especial destaque para a intervenção, neste âmbito, da Entidade Reguladora da Saúde (ERS). Para o efeito, será, primeiramente, apresentado o contexto geral da resolução alternativa de litígios no setor da saúde e algumas das vantagens da sua utilização. Em seguida, será exposto o enquadramento legal da resolução alternativa de litígios nas entidades reguladoras independentes de natureza setorial, com especial enfoque sobre o seu aparecimento na ERS. Finalmente, será demonstrado o modus operandi da ERS, através de uma descrição do sistema de mediação de conflitos, em concreto do procedimento de resolução de conflitos implementado nesta entidade, que se revela como um meio célere e eficaz para solucionar os litígios que ocorrem no setor da saúde e, sobretudo, como um meio eficaz para fomentar uma cultura de diálogo, promovendo a melhoria contínua das relações intersubjetivas que aí se desenvolvem.

1. A resolução alternativa de litígios na área da saúde: âmbito material e subjetivo

Os conflitos no setor da saúde vão, como se verá *infra*, muito além dos conflitos de consumo que se centram nas relações entre os utentes e os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde¹. Os conflitos neste setor são de natureza complexa, dinâmica e emotiva. A área da saúde envolve conhecimentos técnicos de diferentes ramos da ciência, que apresentam um elevado grau de complexidade científica, envolvendo, paralelamente, as prestações de cuidados de saúde realizadas em cada uma das múltiplas divisões deste setor um elevado grau de tecnicidade. Acresce que o conhecimento sobre questões relacionadas com a saúde humana compreende, frequentemente, um elevado grau de incerteza e até mesmo de instabilidade.

Do lado do utente, as pessoas sujeitas a prestações de cuidados de saúde estão frequentemente num estado de fragilidade física, diminuição psicológica e, até mesmo, perante situações de final de vida. Trata-se, assim, de um contexto com uma significativa dimensão emocional, no qual as relações entre profissionais de saúde e os utentes revestem particularidades que passam pelo respeito do regime do consentimento informado, da confidencialidade, com expressão máxima no respeito pelo direito de autodeterminação pessoal do utente. O desequilíbrio de poderes e o acesso desigual à informação, que é muito técnica e especializada, revelam uma assimetria que é característica das relações intersubjetivas estabelecidas no setor da saúde.

Noutra perspetiva, nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, as decisões relativas à gestão de recursos materiais e humanos têm normalmente sérias repercussões na proteção da saúde e, por vezes, na vida dos utentes. A realização de prestações de cuidados de saúde envolve, ainda, uma grande interdependência entre todos os profissionais da organização, sendo as relações entre os profissionais que trabalham nesta área suscetíveis de originar situações de conflito (Brito, 2014).

Assim, no campo da saúde há uma grande diversidade de entidades de natureza complexa e com características muito particulares, desde estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do Serviço Nacional de Saúde (SNS), do setor privado e do setor social, onde ocorrem uma multiplicidade de relações, tais como as relações entre os profissionais de saúde e os utentes, as relações laborais em geral, incluindo as prestações de serviços, as relações com os fornecedores de bens e serviços em regime de *outsourcing*, as relações com os fornecedores de medicamentos, as relações com os serviços de recolha e tratamento de águas e resíduos e, ainda, relações no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou outras relações contratuais afins.

Assim, em face da complexidade, do dinamismo e da emotividade que caracteriza o contexto das relações intersubjetivas estabelecidas no espaço da saúde, verificamos que os conflitos que nele emergem podem assumir, de um ponto de vista material, contornos muito diversos.

No que respeita ao âmbito subjetivo, deparamo-nos, igualmente, com uma multiplicidade de intervenientes, verificando-se conflitos entre estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e utentes, incluindo os seus familiares², conflitos entre os próprios trabalhadores (profissionais de saúde e/ou outros funcionários) de um estabelecimento prestador de cuidados de saúde, entre os estabelecimentos do SNS, entre estes e estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do setor privado e/ou social, entre estabelecimentos do setor privado e/ou social, ou mesmo entre um estabelecimento prestador de cuidados de saúde e empresas prestadoras de bens e serviços que operam no setor da saúde. Finalmente, verifica-se, ainda, a existência de conflitos entre as entidades financiadoras (v.g. as administrações regionais de saúde) e os estabelecimentos do SNS, do setor privado ou do setor social, no âmbito de contratos de concessão, parcerias público-privadas, convenções.

Ora, a multiplicidade de conflitos neste domínio, quer de um ponto de vista material, quer subjetivo, justificam *de per si* a pertinência dos meios de resolução alternativa de litígios, designadamente a mediação ou conciliação de conflitos.

2. A mediação de conflitos como um meio de resolução alternativa de litígios: as vantagens da sua utilização no setor da saúde

Num contexto de forte conflitualidade, a morosidade e a onerosidade do acesso à justiça através dos meios tradicionais de resolução de conflitos (os tribunais) conduziram ao aparecimento e desenvolvimento de meios de resolução alternativa de litígios ou *alternative dispute resolution* (ADR), por influência do direito norte-americano.

Os procedimentos de resolução alternativa de litígios como, nomeadamente, a conciliação e, sobretudo, a mediação e a arbitragem têm vindo, assim, a conquistar um lugar cada vez mais relevante neste novo contexto de atuação face à conflitualidade com que nos temos vindo a deparar.

Em concreto, e fazendo referência especificamente à mediação, este meio de resolução alternativa de litígios é entendido como um método evoluído de resolução de litígios, célere e económico, ao qual ambas as partes recorrem de forma voluntária, responsabilizando-se pelo término ou permanência no mesmo (Cunha e Leitão, 2012). A mediação é um método baseado na intervenção de um terceiro neutro – o mediador –, que tem por missão ajudar as partes a estabelecer ou restabelecer um diálogo, e eventualmente, por mérito próprio, atingir um acordo que satisfaça os interesses de ambos. A mediação possibilita a transformação da “*cultura do conflito*” em “*cultura do diálogo*”, procurando fazer sobressair laços positivos entre os envolvidos na desavença, com o objetivo de amenizar a discórdia e facilitar a comunicação (Andrade, 2007).

De acordo com Cunha e Leitão (2012), a resolução de um conflito por vezes traduz-se, exclusivamente, na procura de um modo de o eliminar ou de o reduzir. Por sua vez, uma gestão construtiva de conflitos implica, para além de uma procura de soluções, a delimitação de estratégias que permitam alcançar e aproveitar os benefícios do conflito, sobretudo ao nível da aprendizagem e mudança de comportamentos dos envolvidos.

Considerando o exposto, a escolha da mediação como meio de resolução de litígios no setor da saúde introduz algumas vantagens

de natureza geral, nomeadamente a informalidade, a rapidez na obtenção de uma solução, a voluntariedade, traduzida na supremacia da vontade das partes, a diminuição de custos com o processo (atenta a sua tendencial gratuitidade), a especialização da resolução do conflito através da sua condução por mediadores com conhecimentos técnicos em resolução alternativa de litígios e, eventualmente, por técnicos especializados na regulação do setor³.

Simultaneamente, promove, de forma mais específica para o setor, uma melhoria na gestão construtiva de conflitos em diversas vertentes:

(i) Entre trabalhadores (profissionais de saúde e/ou outros funcionários) de um estabelecimento prestador de cuidados de saúde, sempre que surjam conflitos numa equipa de trabalho, conflitos com o superior hierárquico e conflitos entre diferentes serviços. Nestes casos, a utilização da mediação poderá auxiliar a que o trabalho, ultrapassadas as barreiras de comunicação motivadas pelo conflito, continue a ser realizado de maneira colaborativa, respeitosa, e possivelmente de forma mais eficiente;

(ii) No seio dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, a opção pela mediação permite, por exemplo, tomar consciência sobre algumas das suas falhas de funcionamento, possibilita a identificação e resolução da questão central do conflito, evitando, assim, que a mesma ocorra no futuro (HOPE, 2012), contribuindo para a melhoria do funcionamento das organizações de saúde;

(iii) A mediação pode também contribuir para o desenvolvimento de um ambiente mais amistoso nas relações entre profissionais de saúde, o utente e a sua família, como um espaço intermediário entre o utente e a instituição de saúde, e, ainda, entre o médico e a família do utente. De acordo com Liebman e Hyman (2004), a mediação proporciona a troca de informação entre profissionais de saúde, pacientes e famílias, auxiliando até na transmissão de informação complexa sobre as incertezas dos tratamentos médicos. Trata-se de um meio importante para ultrapassar o problema da assimetria de informação que existe nesta área, como se referiu *supra*, caracterizado por uma informação muito técnica e especializada. Neste âmbito, importa dizer ainda, outra vantagem em resolver os conflitos recorrendo à mediação resulta do restabelecimento da confiança do utente no setor da saúde. A saúde

é um direito fundamental, assim como uma necessidade de todos os cidadãos, pelo que, com o recurso à mediação, pode ser alcançada uma reparação a nível psicológico dos utentes, e assim tentar restabelecer e/ou refazer a ideia de que poderão voltar a recorrer aos serviços de saúde sem que tal origine conflitos.

3. A mediação de conflitos como instrumento de regulação

Nas últimas décadas o Estado português tem vindo a sentir a necessidade de reduzir a sua intervenção na economia e, assim, tem assumido um papel cada vez menos interventivo. O papel de Estado produtor ou prestador tem sido substituído, sobretudo desde o início deste século, por um papel de Estado regulador. Significa isto que, em alguns setores de atividade económica, entre os quais o setor da saúde, se assiste a um alargamento do mercado a outros setores de atividade, concretamente o setor privado e o setor social e o consequente incremento dos agentes económicos que nele intervêm.

Ora, no contexto da atividade exercida por uma entidade reguladora setorial, onde normalmente as disputas e as partes são regidas pela intervenção do regulador, a mediação é uma oportunidade de transferir para a esfera de poder dos indivíduos um mecanismo de resolução de conflitos, sem que, contudo, o legislador tenha abdicado de introduzir algumas regras no procedimento a conduzir pelo regulador.

Neste contexto de negociação direta, a formalização do procedimento de mediação, através de leis, regulamentos e estatutos, poderá ser entendida como o esforço do Estado para construir a arquitetura de procedimento para resolução de conflitos descentralizado. Assim, foi transferida a responsabilidade pela elaboração e execução de procedimentos de mediação para as entidades reguladoras, mas sem abdicar do objetivo de regular no interesse comum, proporcionando esses procedimentos a autonomia das partes, a autorregulação, e uma maior participação no processo (Nussbaum, 2015).

A deslocalização da autoridade de resolução de conflitos de atores estatais para particulares tem o potencial de gerar benefícios de interesse público. Na mediação, os mediados podem resolver as suas diferenças,

conforme já referido no ponto anterior, com custos reduzidos e maior eficácia do que se recorresse a um tribunal⁴, encontrando soluções mais adaptadas às suas necessidades. Por fim, ao integrar a mediação nas entidades reguladoras, permite-se a realização de uma abordagem à resolução de conflitos especializada e sensível aos contextos e interesses de diferentes setores da sociedade, como, por exemplo, o setor da saúde.

4. A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes (LQER) – Lei 67/2013, de 28 de agosto

A LQER surge num momento estratégico para Portugal e tem precedentes doutrinários e legais relevantes. Ao nível doutrinário, veja-se o projeto de elaboração de uma lei-quadro para as entidades reguladoras independentes de Vital Moreira e Fernanda Maças⁵. Quanto ao nível legal, esse precedente residia na já existente Lei-Quadro dos Institutos Públicos, que estabelece um regime geral e uniforme para estas entidades administrativas integradas na administração indireta do Estado, incluindo também os institutos públicos das Regiões Autónomas. Estes antecedentes viriam a ser reforçados pelo designado Memorando da Troika de 2011, no qual se recomendava a adoção de medidas que garantissem a independência e os recursos necessários para as autoridades reguladoras nacionais exercerem a respectiva responsabilidade.

A aprovação da LQER – Lei 67/2013, de 28 de agosto, veio uniformizar o regime jurídico das entidades reguladoras, nomeadamente as previstas no n. 3 do artigo 3º da sobredita Lei⁶:

Um dos fatores inovadores da LQER é a previsão no capítulo IV, intitulado “*Poderes e Procedimentos*”, das entidades reguladoras, máxime na alínea a) do n. 4 do seu artigo 40º, com a epígrafe “*Poderes*”, onde se determina que “*nos termos e limites dos respectivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente: divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos;*”. Refere, ainda, o n. 5 do artigo 40º que “*os órgãos da entidade reguladora não podem delegar ou concessionar a entidades públicas ou privadas, por prazo determinado ou indeterminado, com ou sem remuneração,*

contrapartida ou renda periódica, a prossecução de quaisquer das suas atribuições ou poderes regulatórios e sancionatórios”.

Ora, da análise deste artigo resulta que, quando os estatutos das respectivas entidades reguladoras lhes atribuam poderes de mediação, e nos termos e limites aí previstos, as entidades devem (i) divulgar a arbitragem voluntária; (ii) disponibilizar serviços de mediação de conflitos.

No nosso entendimento, a expressão “*sistemas de mediação*” reporta-nos para um sentido restrito do termo mediação, isto é, a mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios e não uma intermediação em sentido lato. Será também este o sentido utilizado no artigo 47º com a epígrafe “*Proteção dos Consumidores*”, concretamente na alínea d) do n. 3, onde se determina que “*sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n. 156/2005, de 15 de setembro, compete às entidades reguladoras a resolução de conflitos entre operadores sujeitos à sua regulação, ou entre estes e consumidores, designadamente: dinamizar e cooperar com os mecanismos alternativos de resolução de conflitos existentes ou, em colaboração com outras entidades, promover a criação de outros mecanismos, cabendo-lhes neste caso promover a adesão das entidades intervenientes da respectiva área de atividade económica sobre a qual incide a sua atuação; e mediante solicitação dos interessados, promover o tratamento das reclamações através de mediação, conciliação ou arbitragem, em termos processuais simples, expeditos e tendencialmente gratuito.*”

Com efeito, esta norma da lei-quadro vem prever o recurso a meios de resolução alternativa de litígios, mediante a solicitação dos interessados, para efeitos de tratamento de uma reclamação. Neste sentido é reforçada a necessidade das entidades reguladoras intervirem em sede de resolução de conflitos, através da utilização ou promoção de meios alternativos aos meios tradicionais.

Na sequência do que já preconizava a lei-quadro, foi também publicada em 2015 a Lei 144/2015, de 8 de setembro, que veio proceder à transposição da Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelecendo o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo,

revogando os Decretos-Leis 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio. Esta lei aplica-se a procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios, quando eles sejam iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, e sejam celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia.

Exclui, no entanto, e com particular relevância para este artigo, (i) serviços de interesse geral sem carácter económico; (ii) *serviços de saúde*⁷; (iii) serviços públicos de ensino complementar ou superior; (iv) litígios de empresas contra consumidores; (v) reclamações de consumidores junto de empresas e de entidades reguladoras. Ou seja, nos termos da alínea b) do n. 2 do artigo 2º, na referida lei são excluídos expressamente os serviços de saúde prestados aos utentes por profissionais do setor para avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos. Significa isto que os prestadores de cuidados de saúde registados na ERS não se encontram abrangidos pela lei, estando dispensados do cumprimento dos requisitos que ela impõe, atento a particularidade deste setor.

5. O sistema de mediação de conflitos da ERS

5.1 Enquadramento

A atividade de resolução alternativa de litígios está prevista na atividade da ERS desde a sua criação. Inicialmente, a previsão de resolução de conflitos por via de meios alternativos surgiu com o artigo 31º do Decreto-Lei 309/2003, de 10 de dezembro⁸, que previa que “*a fim de promover a resolução de conflitos entre operadores sujeitos à sua regulação, ou entre eles e os seus clientes ou terceiros, cabe à ERS efetuar ações de conciliação ou arbitragem sempre que tal esteja previsto na lei e mediante solicitação dos interessados*”.

Mais tarde, nos antigos Estatutos da ERS aprovados pelo Decreto-Lei 127/2009, de 27 de maio, previa-se no artigo 47º que, “*a pedido*

ou com o consentimento das partes, a ERS pode intervir na mediação ou conciliação de conflitos entre estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde ou entre os mesmos e operadores do setor privado e social”.

No âmbito desse diploma legal a ERS interveio como entidade mediadora de conflitos em seis procedimentos de mediação entre as contrapartes contratuais, no aspecto da gestão dos contratos de parceria público-privada. A ERS obteve uma elevada taxa de sucesso, tendo sido formalizados acordos totais ou parciais entre os mediados em cinco dos seis procedimentos⁹.

Atualmente, a competência da ERS para intervir na resolução alternativa de litígios decorre, primeiramente, do disposto na LQER que veio incluir, como melhor se viu *supra*, no âmbito dos poderes que são conferidos a estas entidades os “*poderes de mediação*”. Por outro lado, do disposto nos atuais estatutos da ERS, nomeadamente no artigo 28º do Decreto-Lei 126/2014, de 22 de agosto, resulta claramente a atribuição de competências para intervir nesta matéria. Assim, nos termos do n. 1 do artigo 28º dos seus estatutos: “*a pedido ou com o consentimento das partes, a ERS pode intervir na mediação ou conciliação de conflitos entre estabelecimentos do SNS ou entre os mesmos e prestadores do setor privado ou social ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde, ou ainda entre prestadores de cuidados de saúde e utentes*”, prevendo-se no n. 2 deste artigo que “*as condições e requisitos para submissão de conflitos ou litígios referidos no número anterior a mediação ou conciliação são definidos por regulamento da ERS*”.

Em face do exposto, em 2015, entrou em vigor o Regulamento de Resolução de Conflitos da ERS – Regulamento 628/2015, de 17 de setembro, que veio “*estabelecer as condições e requisitos de funcionamento do procedimento de resolução de conflitos da ERS, incluindo a mediação ou conciliação de conflitos*”.

É de destacar ainda que os Estatutos da ERS, no já referido artigo 28º, estabelecem uma salvaguarda legal, traduzida na possibilidade desta entidade recusar a aceitação da mediação de conflitos, prevista no n. 1, quando interfiram com o exercício dos poderes de supervisão legalmente definidos (n. 3). Ora, não obstante a importância desta salvaguarda legal, até por imposição dos princípios da imparcialidade,

independência e transparência, norteadores da mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios, foi marcante que do regulamento de mediação da ERS resultasse um regime de incompatibilidades que permitisse à ERS fundamentar a sua recusa na intervenção na resolução de um conflito em que seja solicitada a sua intervenção como entidade mediadora, assegurando que a ERS pudesse prosseguir nas suas atribuições com absoluta isenção e independência.

No que se refere à mediação ou conciliação de conflitos entre prestadores e utentes, pressupõe-se a subsistência de um conflito entre os mediados no contexto de uma prestação de cuidados de saúde, pelo que ficaram excluídos do sobredito regulamento os conflitos referentes à qualidade da assistência administrativa e o tempo de espera no atendimento administrativo. Além disso, se o pedido versar sobre um conflito do qual resultem fatos que possam constituir contraordenação ou crime público, deve a ERS tomar as providências necessárias, designadamente, a sua comunicação às autoridades competentes. A ERS pode, ademais, recusar o pedido quando verificar que ele versa sobre um conflito que colide com os poderes de supervisão de outra entidade administrativa que prossiga fins públicos, devendo neste caso comunicar à entidade administrativa respectiva (cfr. artigo 15º do Regulamento 268/2015). Pelo que, importa prever um mecanismo de triagem dos conflitos em função do objeto do litígio.

Finalmente, ainda no que respeita ao poder de intervenção da ERS na resolução alternativa de litígios, nos termos do artigo 29º dos Estatutos da ERS, com a epígrafe “*arbitragem*”, está previsto que “*sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ERS pode celebrar protocolos com centros de arbitragem institucionalizada existentes, definindo nesse protocolo o eventual apoio logístico e técnico que entenda conveniente a prestar para o efeito*”.

Em face do exposto, o sistema de mediação de conflitos da ERS, em concreto o procedimento de resolução de conflitos da ERS que iremos descrever no ponto seguinte, assenta num quadro normativo decorrente dos seguintes diplomas legais: a LQER – Lei 67/2013, de 28 de agosto (cfr. artigos 40º, n. 4, alínea a) e artigo 47º, n. 3, alínea d)); os Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei 126/2014, de 22 de agosto (cfr. artigo 28º e artigo 29º), a Lei da Mediação – Lei 29/2013,

de 19 de abril (cfr. artigo 1º, alínea a) e artigos 3º a 9º) e o Regulamento de Resolução de Conflitos da ERS – Regulamento 628/2015, de 17 de setembro.

5.2 Do procedimento de Resolução de Conflitos da ERS¹⁰

Nos termos do Regulamento de Resolução de Conflitos da ERS (doravante, regulamento) (cfr. artigo 1º, n. 2, alíneas a) e b))¹¹, é estabelecida a distinção entre a mediação e conciliação de conflitos, porquanto ambas as modalidades integram o âmbito de atuação da ERS em matéria de resolução alternativa de litígios.

Assim, a mediação é o meio de resolução de conflitos em que as partes, sendo auxiliadas por um terceiro imparcial, um mediador, procuram chegar a um acordo que resolva o conflito que as opõe. Por sua vez, na conciliação, o terceiro imparcial (o mediador) pode propor soluções para o conflito, ainda que o acordo final dependa sempre, exclusivamente, da vontade dos mediados.

Neste contexto, cabe referir que, em rigor, a resolução de conflitos é sempre realizada através da mediação, apenas sendo diferente a atitude do mediador no decurso do procedimento. Este poderá, assim, assumir-se como um mero facilitador do diálogo entre as partes, conduzindo-as à obtenção de uma solução para o conflito que as opõe; ou noutras situações, poderá assumir uma atitude mais ativa, propondo soluções para a resolução do conflito, ainda que sejam sempre as partes a decidir os termos do acordo.

No artigo 3º do regulamento é definido o âmbito subjetivo da mediação ou conciliação de conflitos na ERS, estabelecendo-se que esta abrange os conflitos entre estabelecimentos do SNS ou entre os estes e prestadores do setor privado e social ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde; ou ainda entre prestadores de cuidados de saúde e utentes.

Este sistema rege-se pelos princípios gerais aplicáveis à mediação em todo território nacional, nos termos da Lei da Mediação, designadamente: a voluntariedade, a confidencialidade, a igualdade e imparcialidade, a independência, a executoriedade, a competência e a responsabilidade. Adicionalmente, a ERS incorporou ainda os

seguintes princípios: a informalidade, a celeridade e a gratuidade (cfr. artigo 2º)¹².

Visando o presente artigo a apresentação do sistema de mediação de conflitos da ERS, enunciamos, em seguida, as principais características deste sistema, consubstanciadas na prossecução dos princípios atrás descritos, que se encontram, presentemente, consagrados em diversas disposições do regulamento da ERS.

Os requisitos formais de acesso ao procedimento de mediação estão estabelecidos no artigo 11º do regulamento. Assim, atento o princípio da voluntariedade, o pedido de mediação é, em regra, formulado em conjunto, por escrito¹³, e deve conter, além de todos os elementos descritos no artigo 11º, n. 3, outros que as partes julguem pertinentes. Sendo o pedido de iniciativa individual, dependerá sempre da concordância da outra parte no conflito (cfr. artigo 11º, n. 2, alíneas a) e b)). A intervenção da ERS através do procedimento de resolução de conflitos é gratuita (cfr. artigo 26º).

O procedimento de resolução de conflitos da ERS rege-se pelo princípio da informalidade. Assim, em regra, as comunicações estabelecidas entre a entidade mediadora do conflito (a ERS), o mediador e os mediados, são efetuadas por correio eletrónico (cfr. artigo 9º, n. 1). Em caso de manifesta impossibilidade e desde que devidamente fundamentado, o pedido e a tramitação do procedimento pode ser feito por via postal registada (cfr. artigo 9º, n. 2).

No que respeita ao local da mediação, prevê-se, em regra, que as sessões decorram na sede da ERS. Sempre que as particularidades da mediação o justifiquem, as sessões presenciais poderão ser realizadas noutro local, a definir por acordo expresso dos mediados e da entidade mediadora do conflito. A título excepcional, e desde que não seja afetada a prossecução da mediação e o cumprimento dos princípios a ela subjacentes, as sessões de mediação poderão ser realizadas por videoconferência (cfr. artigo 10º, n. 1, al. 3)).

Em regra, o procedimento de resolução de conflitos tem a duração máxima de 90 dias, iniciando-se a contagem do prazo com a recepção do pedido conjunto dos mediados. Este prazo pode ser prorrogado (i) sempre que a entidade mediadora do conflito solicite informações adicionais aos mediados sobre os elementos do pedido de mediação ou

sobre o objeto do conflito, (ii) por iniciativa daquela entidade, por mais 90 dias, ou (iii) por um prazo superior, mediante acordo expresso dos mediados (cfr. artigo 23º).

Em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, pode ser suspenso o prazo do procedimento, nomeadamente para a realização de um acordo provisório. A suspensão do procedimento de mediação, se acordada por escrito pelos mediados, não prejudica a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, da mesma forma que também não prejudica a suspensão da instância judicial, conquanto seja respeitado o prazo máximo de três meses, nos termos do artigo 273º, n. 2, do Código de Processo Civil (cfr. artigo 24º).

Quando validamente submetido o pedido de mediação, a ERS, na qualidade de entidade mediadora do conflito, efetua uma avaliação preliminar que culminará numa decisão de aceitação ou de recusa da mediação, que será notificada aos mediados. Em caso de aceitação, serão os mediados informados do número atribuído

Em regra, o procedimento de resolução de conflitos tem a duração máxima de 90 dias

ao processo de mediação, bem como da identificação e endereço eletrónico do mediador que conduzirá o procedimento (cfr. artigo 14º). Serão, também, notificados da recusa de intervenção, que poderá ocorrer por uma das seguintes causas justificativas (cfr. artigo 15º, n. 1):

- indeferimento liminar do pedido, no caso de irregularidade do pedido de mediação não suprida pelas partes após insistência da ERS (cfr. n. 6 do artigo 11º), ou no caso de conflito entre prestadores e utentes por incumprimento do requisito material de acesso (cfr. artigo 4º)¹⁴;

- estar em curso na ERS um procedimento de tratamento de reclamação¹⁵, processo de inquérito ou processo de contraordenação que envolva os mediados que submeteram o pedido de mediação e tenha por objeto o conflito por estas apresentado para mediação;

- no caso de estar em curso um procedimento de tratamento de reclamação, sempre que subsista um litígio ou conflito de consumo pode a ERS, a pedido das partes, aceitar dar seguimento ao procedimento de resolução de conflitos, arquivando o processo de reclamação (cfr. n. 2 do artigo 15º);

- o pedido de mediação versar sobre um conflito que colida com os poderes de supervisão da entidade mediadora do conflito;
- o pedido de mediação versar sobre um conflito que colida com os poderes de supervisão de outra entidade administrativa que prossiga fins públicos, devendo, neste caso, a entidade mediadora do conflito tomar as providências necessárias, designadamente a sua comunicação às autoridades competentes;
- o pedido de mediação versar sobre um conflito do qual resultem fatos que possam constituir contraordenação ou crime público, devendo neste caso a entidade mediadora do conflito tomar as providências necessárias, designadamente a sua comunicação às autoridades competentes.

Sempre que se verificar a recusa nos termos do n. 1 do artigo 15º, os mediados devem ser informados da possibilidade de recorrer a outros mecanismos alternativos de resolução de litígios (cfr. n. 3 do artigo 15º).

O procedimento de mediação inicia-se com uma sessão de pré-mediação, seguindo-se sessões de mediação presenciais, em regra na sede da ERS. Poderão, ainda, ser realizadas sessões privadas (cfr. artigos 18º e 19º).

Na sessão de pré-mediação, após a explicitação, pelo mediador, do funcionamento e regras do procedimento, os mediados devem manifestar o seu acordo no prosseguimento do procedimento de resolução de conflitos, através da adesão final às regras do protocolo de mediação (cfr. artigo 17º, n.ºs 1 e 2).

No âmbito do procedimento de mediação, compete ao mediador, que é um terceiro imparcial, assegurar que as partes sejam tratadas de forma equitativa e com imparcialidade. Em conformidade com o procedimento de mediação da ERS, o mediador é um técnico da ERS mandatado para o efeito pelo Conselho de Administração (cfr. artigo 5º, n. 1), com competências especializadas para o exercício da mediação, cumprindo-se, assim, o princípio da competência e da responsabilidade (i.é., curso de formação de mediadores de conflitos ou frequência de ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas teóricas e práticas).

A prossecução do princípio da independência é assegurado numa dupla perspectiva, ou seja, por um lado, a independência da

ERS enquanto entidade pública dotada de poderes regulatórios que podem condicionar a sua neutralidade na mediação; e por outro lado, na independência do próprio trabalhador da ERS que conduzirá pessoalmente o processo. O princípio da independência é ainda assegurado pela neutralidade do mediador quanto ao desfecho do procedimento: “*nas sessões de mediação os mediados apresentam as suas posições sobre o objeto do conflito e discutem opções para a solução do mesmo*” (cfr. artigo 18º, n. 1).

O mediador que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considerar ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas, deverá, se já tiver iniciado o procedimento, interrompê-lo e pedir a sua escusa ao Conselho de Administração da ERS (cfr., artigo 5º, n. 3). No caso de impossibilidade superveniente do mediador em continuar a assegurar o procedimento de mediação, serão os mediados notificados pela entidade mediadora do conflito ou do termo do procedimento de mediação, não havendo lugar a substituição do mediador; ou do termo da intervenção no procedimento daquele mediador, com a indicação da sua substituição por um novo mediador. Nesta última situação, fica na disponibilidade dos mediados a aceitação ou a recusa da substituição do mediador e o prosseguimento do procedimento de mediação (cfr. artigo 27º).

No âmbito do procedimento de resolução de conflitos todos os intervenientes estão sujeitos ao princípio da confidencialidade. O mediador tem a obrigação de guardar estrita confidencialidade relativamente à mediação, procedendo à devolução dos documentos de carácter pessoal ou reservado e específicos do objeto do conflito, entregues pelos mediados ou por outros intervenientes, se por estes for solicitado (cfr. artigo 6º, alínea f)) e partilha as informações relevantes com os mediados, com exceção das que lhe sejam transmitidas em estrita confidencialidade, em sede de sessão privada (cfr., artigo 6º, alínea c)). Por sua vez, os mediados têm igualmente a obrigação de guardar estrita confidencialidade relativamente à mediação (cfr. artigo 7º, alínea d)), podendo ser acompanhados nas sessões de mediação por representantes legais ou outros técnicos, ficando todos os intervenientes sujeitos ao princípio da confidencialidade (cfr. artigo 8º).

Visando a densificação do princípio da voluntariedade, o procedimento de resolução de conflitos pode terminar a qualquer momento por desistência de qualquer um dos mediados (cfr. artigo 28º, b)).

O procedimento de mediação pode, ainda, terminar com (i) o acordo dos mediados, total ou parcial¹⁶, ou não acordo (cfr. artigos 20º, 21º e 28º, alínea a) e d)); (ii) sempre que a entidade mediadora do conflito, fundamentadamente, assim o decida (cfr. artigo 28º, alínea c)), e (iii) por caducidade, sempre que se atinja o prazo máximo do procedimento de resolução de conflitos, incluindo as prorrogações (cfr. artigo 28º, alínea d)).

6. Conclusão

Em jeito de conclusão, gostaríamos de referir que, no que concerne à resolução de conflitos em geral, está a ocorrer uma revolução silenciosa na sociedade e na comunidade jurídica, porquanto o cidadão tende, cada vez mais, a procurar meios alternativos de resolução de litígios, tendencialmente mais céleres, menos burocráticos e menos onerosos comparativamente aos tradicionais (ou seja, os tribunais). Ademais, é hoje indiscutível que os meios de resolução alternativa de litígios vêm ganhando cada vez mais destaque, também devido às instâncias europeias e suas diretivas. Tal revolução é também patente no setor da saúde, onde a multiplicidade e complexidade dos conflitos conferem à resolução alternativa de litígios, em particular, à mediação de conflitos inúmeras vantagens.

No âmbito da regulação, a mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios está a assumir hoje um papel cada vez mais importante e revela-se imprescindível para a concretização do Estado regulador e para a prossecução do interesse público.

Neste contexto, a ERS conseguiu compreender a relevância e necessidade da integração da resolução alternativa de litígios no seu âmbito de intervenção, tendo estruturado a sua atividade de resolução de conflitos quer ao nível legal, quer ao nível procedimental, de forma progressiva e sustentada, oferecendo hoje um serviço de mediação de conflitos que efetivamente funciona e que, por agora, tem tido resultados, embora tímidos, muito satisfatórios.

Através da utilização da mediação de conflitos na ERS é possível chegar a uma grande variedade de acordos entre os mediados, às denominadas “soluções fora da caixa” e soluções *win-win*, que conseguem acolher efetivamente os interesses de ambas as partes, o que faz com que a resolução de conflitos por esta via contribua para uma mudança positiva nas relações entre as partes envolvidas. Não obstante, é preciso ressaltar que existem conflitos que ficam fora do âmbito de atuação da ERS, estando previsto um regime de incompatibilidades que permite à ERS fundamentar a sua recusa na intervenção na resolução de um conflito sempre que interfira com os seus poderes de supervisão, assegurando, assim, que possa prosseguir as suas atribuições com absoluta isenção e independência.

No setor da saúde em Portugal existe um conjunto significativo de conflitos que, estando dentro ou fora do domínio de atuação da ERS, poderão beneficiar da mediação de litígios enquanto instrumento hábil para a efetiva resolução de conflitos.

Notas

* Emília Ferreira. Coordenadora de Unidade na ERS.

** Liliana Matos Viana. Técnica Superior de Regulação na ERS.

*** Sofia Melo. Técnica Superior de regulação na ERS.

1. O Regulamento 66/2015, de 11 de fevereiro de 2015, que veio estabelecer as regras do registo obrigatório (no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados) dos estabelecimentos sujeitos à jurisdição regulatória da ERS, define na alínea b) do n. 1 do artigo 2º “*estabelecimento prestador de cuidados de saúde*” como “*todos os estabelecimentos previstos no n. 2 do artigo 4º dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n. 126/2014, de 22 de agosto, nomeadamente os que se dediquem a uma ou mais das atividades constantes no Anexo ao presente Regulamento e ainda às atividades que venham a ser consideradas como prestação de cuidados de saúde pelo Conselho de Administração da ERS*”.
2. O conceito de “utente” é equiparável ao conceito de “cidadão”, a quem o artigo 52º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa reconhece o direito de reclamação, pois todos os cidadãos são consumidores efetivos ou potenciais, “não são apenas os doentes ou pacientes que se deslocam ao estabelecimento para receberem cuidados de saúde que devem ser qualificados como tais, mas também todos aqueles que os acompanham ou que os visitam. Em rigor, todos os que frequentam ou utilizam o estabelecimento prestador de serviços, inclusivamente potenciais consumidores/utentes dos serviços prestados naquele local, têm o direito de ver assegurada a exigência legal de disponibilização imediata e gratuita do livro de reclamações, independentemente de já terem contratado ou

- usufruído do serviço” (cfr. sentença proferida no Processo 119/14.0YUSTR, do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão).
3. Como acontece no procedimento de resolução de conflitos da ERS (cfr. artigo 5º, n. 1, do Regulamento 628/2015, de 17 de setembro).
 4. Em que há a imposição de uma solução para o conflito, numa lógica de “ganhador” vs. “perdedor”.
 5. Moreira, Vital Maçãs, Fernanda. 2003. “*Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*”, Coimbra Editora.
 6. “Para efeitos do disposto no n. 1, são reconhecidas como entidades reguladoras as seguintes entidades atualmente existentes: a) Instituto de Seguros de Portugal; b) Comissão do Mercado de valores Mobiliários; c) Autoridade da Concorrência; d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; e) Autoridade Nacional de Comunicações; f) Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P.; g) Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P.; h) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; i) Entidade Reguladora da Saúde.”
 7. Sublinhado nosso.
 8. Este foi o diploma criador da ERS, definindo as suas atribuições, organização e funcionamento.
 9. Cfr. Relatórios de atividade da ERS dos anos de 2011, 2012 e 2014, publicados em www.ers.pt.
 10. Esta foi a denominação escolhida pela ERS aquando da concepção do seu sistema de mediação de conflitos, tendo sido acolhida no Regulamento de Resolução de Conflitos da ERS – Regulamento 628/2015, de 17 de setembro.
 11. Os artigos doravante mencionados são do regulamento da ERS.
 12. O mediador designado fica vinculado ao cumprimento dos princípios do procedimento de resolução de conflitos (cfr. artigo 5º, n. 2)).
 13. Em regra o pedido é digitalizado e enviado para o endereço eletrónico da entidade mediadora do conflito – mediacao@ers.pt.
 14. O acesso à mediação de conflitos entre prestadores e utentes, sem prejuízo dos demais requisitos formais e materiais de acesso à mediação, pressupõe a subsistência de um conflito entre os mediados no contexto de uma prestação de cuidados de saúde, não sendo considerados conflitos no contexto de uma prestação de cuidados de saúde, nomeadamente, a qualidade da assistência administrativa e o tempo de espera no atendimento administrativo (cfr. artigo 4º).
 15. Na ERS as reclamações são objeto de um tratamento específico, tendo-se optado pela separação das matérias. Assim sendo, existem procedimentos distintos para o tratamento de reclamações e para a mediação. Vejamos que, nos termos do Regulamento de Tratamento de Reclamações da ERS – Regulamento 66/2015, de 11 de fevereiro, artigo 15º, “*subsistindo um litígio entre as partes, após o arquivamento do processo de reclamação, e desde que observadas as regras estabelecidas no regulamento de mediação de conflitos da ERS, as partes poderão solicitar a intervenção desta Entidade Reguladora em procedimento de mediação de conflitos (n. 1). Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes poderão recorrer aos meios de resolução alternativa de litígios, nos termos da legislação aplicável (n. 2).*”

16. O acordo de mediação tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, desde que verificadas as respectivas condições legais.

Referências

- ANDRADE, D. (2007). *A mediação de conflitos em meio hospitalar e o direito à saúde*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza.
- BRITO, P.M. (2014). Mediação e Arbitragem no Direito da Saúde in *Conferência sobre Arbitragem e Mediação Administrativas: um desafio lançado ao contencioso administrativo português*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, em 30 de setembro de 2014, Disponível para consulta em <http://bit.ly/1K5i06t>
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). *La Mediación*, Madrid: Marcial Pons.
- _____. (2010) A Mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, n. 1 a 4, p. 441-459.
- CUNHA, P.; Leitão, S. (2012). *Manual de Gestão Construtiva de Conflitos*. 1a. ed. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa.
- GOUEIA, Mariana França Gouveia (2012). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra: Almedina.
- HOPE – European Hospital and Healthcare Federation (2012). *Mediation in Healthcare* Bruxelas: Hope Publications.
- LIEBMAN, C.B.; HYMAN, C.S. (2004). A mediation skills model to manage disclosure of errors and adverse events to patients, in *Health Aff (Millwood)*, July/Aug 2004, 23(4), p. 22-32.
- NUSSBAUM, L.R. (2015). Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes in *Utah Law Review* 2016 (no prelo). Disponível para consulta em: <http://ssrn.com/abstract=2673269>.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA

RENATA MARQUES DA FROTA*

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis
(Brasil)

EXCERITOS

“A mediação e a conciliação são duas modalidades de RAL cada vez mais usadas para dirimir conflitos”

“Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, intermediada por um terceiro sem poderes decisórios, cujos limites de atuação estão adstritos ao ato de mediação, não podendo se perpetuar em outros atos do processo”

“A Lei da Mediação brasileira dispõe sobre: princípios, prática do mediador judicial, prática do mediador extrajudicial e sobre a possibilidade de se utilizar a mediação em conflitos envolvendo a administração pública”

“A tentativa de conciliação, cujo objetivo é não apenas resolver o conflito em causa, mas principalmente promover o bem-estar social, tem dupla função: a primeira, de permitir às partes contar a sua história diretamente ao juiz e, com isso, fazer com que o julgador tenha uma melhor percepção dos fatos; e a segunda, possibilitar a obtenção de uma solução consensual para o litígio em causa”

“Os métodos alternativos de resolução de conflitos, cada vez mais presentes em nossa sociedade, são reflexos da mudança cultural que vivemos”

Introdução

Ao longo dos últimos anos, percebe-se o crescimento da busca por medidas alternativas que ponham cabo aos conflitos que permeiam nossa sociedade, nas mais diversas áreas (civil, comercial, consumeirista, trabalhista, familiar...). A justiça parece já não dar resposta eficiente e adequada aos litígios postos em causa.

Em contrapartida, os meios alternativos de solução de litígios (mormente a conciliação, a mediação e a arbitragem) têm recebido especial atenção e prestígio (a verificar-se, por exemplo, pela publicação da Lei 29/2013, de Portugal, e da Lei 13.140/15, do Brasil – ambas dispendo sobre a mediação), mostrando-se eficazes e vantajosos para as partes que a eles se submetem. Tais modalidades alternativas de resolução de litígios refletem uma modernização da justiça, servindo para melhor atender os cidadãos¹.

Nesse sentido, os meios alternativos de resolução de litígios (RAL) vieram a consagrar o princípio do acesso à justiça, conforme se depreende do art. 20 da Constituição da República Portuguesa e da Consideração n. 2 do preâmbulo da Diretiva 2008/52/CE², cabendo aos estados-membros da União Europeia criar mecanismos para facilitar o acesso à justiça, em atenção ao referido princípio. No Brasil, tal princípio encontra-se consagrado na Constituição da República³, em seu art. 5º, inciso XXXV, no art. 3º da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil)⁴, e na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispendo essa última sobre a conciliação e a mediação como meios de acesso à Justiça⁵.

A mediação e a conciliação são duas modalidades de RAL cada vez mais usadas para dirimir conflitos. Entretanto, a definição desses dois institutos não é tarefa fácil para os operadores do direito, dada a divergência doutrinária ao conceituá-los⁶ – o que acarreta, não raras vezes, a má utilização e o emprego equivocado dos termos.

Em razão disso, o presente artigo debruça-se sobre a (árdua) tarefa de delimitar e diferenciar mediação e conciliação, apresentando suas peculiaridades, similitudes e distinções na doutrina e na legislação luso-brasileira. Além disso, dar-se-á maior enfoque à mediação e à conciliação no cenário consumeirista, dada a importância do tema para a presente publicação.

1. Mediação

1.a) Conceito de mediação

Há uma grande divergência entre os estudiosos no momento de definir o que é mediação⁷. Por isso, para melhor compreensão do tema, serão abordadas as diferentes correntes doutrinárias acerca do assunto, realizando (quando cabível) um paralelo comparativo entre mediação e conciliação, dada a proximidade de ambos os institutos.

Joana Paixão Campos⁸ traz de forma clara e didática as divergentes posições doutrinárias acerca da tentativa de diferenciação entre mediação e conciliação. Segundo a autora, há **três principais correntes** a respeito das diferenças entre esses institutos.

A primeira delas entende que mediação e conciliação se diferenciam pelo fato de o terceiro intermediador do conflito, na conciliação, possuir maior intervenção do que o mediador. Segundo esse entendimento, ao conciliador compete fazer propostas de acordo e soluções ao caso⁹. Já o mediador atua como um facilitador da comunicação, restabelecendo o diálogo entre as partes, sem possuir, entretanto, poderes para propor acordos ou soluções à lide¹⁰.

Já o segundo posicionamento entende ser impossível a distinção entre conciliação e mediação, posto que não há diferenças substanciais entre os dois mecanismos¹¹. De acordo com essa corrente, pode-se falar, eventualmente, em um maior ou menor grau de intervenção do terceiro, mas não em uma discrepância relativamente à natureza da intervenção.

Por fim, a terceira corrente doutrinária difere a conciliação da mediação por entender que, na primeira, o terceiro é o juiz da causa (possuindo, portanto, poderes decisórios do conflito se não for obtido acordo conciliatório) e, na mediação, quem realiza a intermediação não possui qualquer poder de decisão¹², atuando pontualmente e estritamente para os atos de mediação¹³. Nessa corrente, não há uma diferenciação entre conciliador e mediador em face do nível de intervenção¹⁴ (havendo a possibilidade tanto do mediador quanto do conciliador de propor acordos).

Aliás, sobre esse tema, Cátia Marques Cebola¹⁵ aduz ser de acordo com cada caso concreto que o terceiro (mediador ou conciliador) irá

assumir uma postura mais ou menos intervencionista, tendo em vista a *natureza do conflito e das partes*.

Ainda no que tange a esse último entendimento, ressalta Joana Paixão Campos que outro ponto de diferenciação entre a conciliação e a mediação é o *caráter judicial da primeira e extrajudicial da segunda*¹⁶.

Cátia Marques Cebola¹⁷ bem refere que “razões históricas fundamentam que se atribua caráter processual à conciliação judicial moderna”, chamando a atenção, entretanto, para o fato de que, segundo seu olhar, também considera conciliação o ato de intermediação realizado por advogado em seu escritório, antes da propositura da ação judicial, existindo neste caso uma conciliação extraprocessual.

A supramencionada autora defende a aplicação do termo mediação “quando a resolução do conflito é promovida por quem não tem qualquer conexão com a disputa ou sem intervenção direta no processo judicial ou arbitral”¹⁸.

Aliás, ao que parece, a intenção legislativa da Diretiva 2008/52/CE, que dispõe sobre alguns aspectos da mediação em matéria civil e comercial, é nesse mesmo sentido, ao referir em seu art. 3º, alínea ‘a’, que “*abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão*” (g.n.).

Da mesma forma, a Lei 29/2013, de 19 de abril¹⁹, dispendo sobre a mediação em Portugal, ao definir “mediador”, em seu art. 2º, alínea ‘b’, assim conceitua: “*b) ‘Mediador de conflitos’ 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*” (g.n.).

No Brasil, a Lei da Mediação (13.140/15) assim dispõe em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial **sem poder decisório**, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (g.n.)

Portanto, a legislação brasileira vai ao encontro da melhor doutrina e da lei portuguesa, ao expressar que o terceiro (mediador) não possui poderes decisórios. É interessante referir, ainda, que a Lei da Mediação brasileira, apesar de diferenciar “mediador extrajudicial” (arts. 9º e 10) de “mediador judicial” (arts. 11 a 13), não atribui a esse último poder de decisão²⁰.

Em que pesem as diferenças conceituais apontadas e respeitando-se os posicionamentos divergentes, parece-nos, de acordo com o que se julga ser a melhor doutrina, que a adoção da terceira corrente de diferenciação entre conciliação e mediação é a mais adequada para ambos os ordenamentos jurídicos. Neste sentido: mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, intermediada por um terceiro sem poderes decisórios, cujos limites de atuação estão adstritos ao ato de mediação, não podendo se perpetuar em outros atos do processo.

1.b) Previsão legal

Superada a tarefa de conceituar a mediação, é importante destacar o enquadramento legal desse mecanismo.

Como já referido, a Diretiva 2008/52/CE dispõe sobre alguns aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Tal regulação enquadra-se no conceito de “regulamentação-quadro”, servindo de base para que os Estados sujeitos às normas da União Europeia possam criar suas próprias leis, realizando sua transposição legal²¹.

Em Portugal, a Lei 29/2013²² surgiu como forma de regulamentação da mediação, estabelecendo princípios gerais desse mecanismo, mas sem definir parâmetros acerca dos métodos e técnicas aplicados pelos mediadores²³.

No que tange aos conflitos de consumo (que possuem algumas peculiaridades em relação a outras áreas, conforme será demonstrado), a Diretiva 2013/11/UE veio para regular a RAL no que tange a esses conflitos (incluindo a mediação, conforme disposto no Considerando n. 19 do preâmbulo²⁴). A Lei 144/2015, de Portugal, por sua vez, trata da transposição da aludida diretiva.

No Brasil, o instituto da mediação está previsto na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação), na Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), em

seus arts. 3º, 165 a 175, e na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre mediação e conciliação como meio de acesso à justiça.

A Lei da Mediação brasileira dispõe sobre: princípios, prática do mediador judicial, prática do mediador extrajudicial e sobre a possibilidade de se utilizar a mediação em conflitos envolvendo a administração pública. O Código de Processo Civil, por sua vez, regula a atividade dos conciliadores e mediadores judiciais (arts. 165 a 175), bem como a utilização dos instrumentos de conciliação e mediação como forma de acesso à justiça, devendo o Estado promover e estimular as formas de RAL (art. 3º). Já a Resolução 125/2010 dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

1.c) Princípios da mediação

A Lei 29/2013 de Portugal consagra em seu artigo 3º que os princípios ali constantes “*são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação*”²⁵.

A partir do art. 4º até o art. 9º, a aludida norma estabelece quais os princípios gerais aplicáveis ao mecanismo em tela, nomeadamente: *voluntariedade* (art. 4º), *confidencialidade* (art. 5º), *igualdade e imparcialidade* (art. 6º), *independência* (art. 7º), *competência e responsabilidade* (art. 8º) e, por fim, *executoriedade* (art. 9º).

O princípio da **voluntariedade** (art. 4º) consiste em permitir às partes assentir ao mecanismo da mediação, podendo elas recusarem-se a iniciar ou a prosseguir com o procedimento, sem isso caracterizar-se em uma violação ao dever de cooperação (art. 4º, n. 3)²⁶.

O princípio da **confidencialidade** (art. 5º) refere-se ao dever do mediador de manter sob sigilo todas as informações obtidas no procedimento da mediação²⁷.

O dever de **igualdade e imparcialidade** (art. 6º) reflete a necessidade de tratamento equitativo a ambas as partes por parte do mediador.

O princípio da **independência** (art. 7º) traduz a ideia de que o mediador não deve ser subordinado a fatores externos ou influências pessoais²⁸.

A **competência e responsabilidade** (art. 8º) deflagram a preocupação do legislador de que os mediadores adquiram formação para o exercício da sua atividade (competência)²⁹, prevendo, ainda, a responsabilização do profissional por violação dos deveres decorrentes do seu exercício profissional³⁰.

Por fim, o princípio da **executoriedade** (art. 9º) possibilita que o acordo obtido através do mecanismo da mediação vista a roupagem de título executivo extravagante, observados os requisitos legais para tanto (art. 9º, n. 1, da referida lei).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei da Mediação prevê os princípios: da **imparcialidade do mediador** (inciso I); da **isonomia entre as partes** (inciso II); da **oralidade** (inciso III); **informalidade** (inciso IV); da **autonomia da vontade das partes** (inciso V); da **busca do consenso** (inciso VI); da **confidencialidade** (inciso VII); e da **boa-fé** (inciso VIII). O Código de Processo Civil acrescenta ao instituto da mediação, em seu art. 166, o princípio da **independência**.

Os princípios da **imparcialidade do mediador** e da **isonomia entre as partes** também estão previstos na legislação portuguesa, nos termos supramencionados, correspondendo o princípio da isonomia entre as partes ao princípio da igualdade na lei portuguesa.

Os princípios da **oralidade** e da **informalidade** referem-se ao estímulo para que haja uma desburocratização e “descomplicação” na mediação, deixando as partes mais à vontade e estimulando o diálogo entre elas, com o intuito de promover a paz e solucionar o conflito.

A **autonomia da vontade** traduz a liberdade das partes de permanecer no processo de mediação, se assim o desejarem³¹.

A **busca pelo consenso** diz respeito ao espírito da nova legislação brasileira, estimulando as vias alternativas e consensuais de composição de litígios para que as próprias partes cheguem à conclusão da melhor solução para o conflito em causa.

O princípio da **confidencialidade**, assim como na legislação portuguesa, reflete a obrigação de manter-se em sigilo o que foi dito nas sessões de mediação.

A legislação brasileira também consagra o princípio da **boa-fé**, tão importante nas relações jurídicas, pois reforça às partes o dever de não agir de forma maliciosa e capciosa, com o intuito de obter vantagens e/ou agir contra a lei.

Por fim, o princípio da **independência**, previsto no art. 166, do Código de Processo Civil, possui o mesmo teor do princípio previsto no art. 7º da Lei 29/2013 portuguesa, qual seja: de que o mediador não deve ser subordinado a influências pessoais ou fatores externos³².

É interessante observar o teor do art. 2º, § 1º, da Lei de Mediação brasileira, que dispõe: “*Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.*” E no § 2º refere: “*Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.*”

Se, por um lado, a lei quer manter as obrigações constantes nos contratos celebrados no âmbito privado, por outro, o legislador não quer impor às partes a obrigatoriedade de se permanecer na mediação. Com isso, parece haver um estímulo de promoção da paz social e de mudança da mentalidade do litígio, tão presente no Brasil. Aproximar as partes, ainda que apenas na primeira mediação, pode despertar um interesse de resolução consensual do conflito.

1.d) Peculiaridades da mediação de conflitos de consumo

Em Portugal, a mediação pode ser realizada nas mais diversas áreas, nomeadamente: ambiental, civil, comercial, comunitária, escolar, familiar, hospitalar, laboral, penal e administrativa³³. Entretanto, os conflitos de consumo apresentam algumas características que o diferem de outras matérias.

A primeira delas diz respeito à posição de **desequilíbrio entre o consumidor e o agente econômico**. Muitas vezes, as relações comerciais se desenvolvem, de um lado, por um fornecedor de bens/serviços dotado de poder econômico (o que lhe garante informação e assistência jurídica) e, de outro, por um consumidor desprovido de informações essenciais acerca de seus direitos básicos. Esse desequilíbrio é um dos fatores primordiais para que a mediação de conflitos no âmbito do consumo seja dotada de especificidades, culminando na promoção da assistência e informação do consumidor por parte dos centros RAL³⁴.

Para Guillermo Orozco³⁵, a posição de desequilíbrio existente entre as partes – agente econômico e consumidor – gera um “*desequilíbrio equitativo*” para que se restabeleça a posição de igualdade entre as

partes, o que “*afecta especialmente a los deberes de independencia e imparcialidad del mediador*”.

Outra característica refere-se à **baixa quantia dos litígios**. Diversas vezes, os litígios de consumo são de baixo montante, oriundos de aquisições de bens ou serviços de preço irrisório. Com isso, o consumidor vê-se desestimulado a buscar os seus direitos, uma vez que o sistema judicial é moroso e burocrático³⁶.

A terceira característica diz respeito às **especificidades das matérias de direito do consumo**. Em face das constantes mudanças do mercado de consumo, com o surgimento de novas tecnologias e novas formas de contratação (entre outras) – culminando em uma

O consumidor
vê-se desestimulado
a buscar os seus
direitos, uma vez
que o sistema
judicial é moroso e
burocrático

constante atualização legislativa – faz-se necessário que os profissionais que lidam com a matéria estejam em permanente atualização, dedicando-se exclusivamente ao tema.

O **efeito réplica** é outra característica do direito do consumo. Diversas vezes, não apenas um consumidor é afetado por um problema na compra de produtos e serviços. Os chamados *recall* de bens são um exemplo do potencial de danos coletivos na aquisição de um produto, e da importância de se possibilitar que um centro especializado resolva a mesma questão, envolvendo uma multiplicidade de consumidores (o que acaba por trazer maior eficiência e celeridade à resolução do litígio posto em causa).

A quinta característica é relativa ao **caráter transfronteiriço** da aquisição de bens e produtos. No mundo globalizado em que vivemos e com a evolução tecnológica que permeia nossa sociedade (especialmente a tecnologia da informação), a compra de bens *online* é uma realidade cada vez mais presente em nossas vidas. Com isso, os limites geográficos “expandiram-se”, tornando comum a contratação à distância de bens e produtos em diferentes países. Não há dúvidas de que essas novas formas de contratação vieram como um facilitador da vida moderna. Contudo, quando há algum defeito na venda do bem/prestação do serviço adquirido em outro país, a quem recorrer?

Na União Europeia, a rede European Consumer Centre (ECC-Net) veio para auxiliar o consumidor na busca de seus direitos, prestando informações e servindo de intermediário entre consumidor e fornecedor para auxiliá-los na busca de uma resolução amigável (muito embora o referido centro não tenha poderes para impor uma decisão, ele encaminha o consumidor na busca de seus direitos, caso a tentativa de resolver o conflito reste inexitosa)³⁷.

No Brasil, a atual legislação permite a realização da mediação de conflitos nas mais diversas áreas, devendo o objeto da mediação versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º da Lei da Mediação). O § 3º ainda prevê que o *“consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”*.

Em se tratando de conflitos de consumo, as características desse tipo de mediação são as mesmas das encontradas em Portugal, acima referidas. Todavia, não há, ainda, no Brasil uma plataforma online específica para tratar de conflitos de consumo transfronteiriços.

1.d.1) Centros RAL de consumo em Portugal

Em Portugal, a mediação de conflitos de consumo, juntamente com outras ferramentas RAL (como a conciliação e a arbitragem) pode ser realizada nos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo³⁸ (de competência horizontal, de delimitação territorial) ou nos centros especializados de acordo com a matéria do litígio (de competência vertical, cuja abrangência é nacional), que pode ser no ramo automóvel (CASA) ou de seguros (CIMPA)³⁹.

Podemos referir, ainda, o Centro Europeu do Consumidor, que constitui o ponto de contato no âmbito da ECC-Net.

1.d.2) A mediação de conflitos de consumo no Brasil

No Brasil, a mediação de conflitos de consumo pode ser realizada extrajudicialmente ou judicialmente, conforme referido. Extrajudicialmente, existe a plataforma *online* de resolução alternativa de conflitos, chamada Consumidor⁴⁰, que atua em parceria com os Procons (Programa Estadual/Municipal de Defesa dos Consumidores) aderentes – sendo esses responsáveis pela promoção da defesa e

informação dos consumidores, em todas as relações de consumo, possuindo o poder de fiscalização das empresas, conforme dispõe o art. 9º do Decreto 2.181/97.

A plataforma *online* consiste, basicamente, em uma aproximação entre consumidor e fornecedor de bens/serviços. A adesão das empresas é voluntária e apenas as empresas devidamente cadastradas e listadas no *site* podem participar do programa, comprometendo-se a receber, analisar e responder as reclamações dos consumidores em dez dias. Conforme referido na página do programa, “*trata-se de uma plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados, monitorada pelos Procons e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, com o apoio da sociedade*”, com ênfase na interatividade entre consumidor e fornecedor⁴¹.

A Resolução 125/2010 do CNJ estabelece em seu art. 8º a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), pertencentes ao Poder Judiciário, “*responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão*”⁴².

A mediação vem sendo cada vez mais utilizada no Brasil. Exemplo disso é o projeto de lançamento de um sistema integrado com o Tribunal de Justiça de São Paulo para promover a mediação e a conciliação. Quando o Procon-SP realizar uma tentativa de conciliação e essa for inexitosa, o Cejusc realizará a mediação do caso e o acordo eventualmente entabulado será diretamente homologado pelo juiz⁴³.

Na cidade de Cruz Alta/RS, foi criado o Balcão do Consumidor, com o objetivo de orientar, informar e incentivar a resolução alternativa de conflitos. Quando um consumidor procura o Balcão do Consumidor, primeiramente tenta-se aproximar fornecedor e consumidor através das técnicas de mediação e conciliação para dirimir o conflito. Caso inexitosa a tentativa, o consumidor é encaminhado para o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Cruz Alta⁴⁴.

2. Conciliação

2.a) Conceito de conciliação

No ponto 1.a do presente artigo, traçamos um paralelo comparativo entre as diferentes posições doutrinárias acerca da mediação e da conciliação, adotando a terceira corrente conceitual para ambos os institutos.

A conciliação, de acordo com tal entendimento, é uma modalidade de resolução alternativa de conflitos, intermediada por um terceiro que, ao contrário da mediação, possui poderes decisórios do conflito caso as partes não obtenham acordo conciliatório. Conforme leciona Joana Paixão Campos, estão definidas no conceito de conciliação não apenas as tentativas de acordo realizadas por um juiz ou tribunal no âmbito da justiça, mas também aquelas realizadas por qualquer terceiro com poderes de decisão (por exemplo, nos casos do árbitro em procedimentos RAL)⁴⁵.

Cátia Marques Cebola⁴⁶ define a conciliação como

a tentativa de resolução do conflito por acordo entre duas ou mais partes, desenvolvida no âmbito de um processo judicial ou administrativo, através de intervenção do próprio *decidendi* responsável pela decisão final (conciliação judicial). No âmbito da arbitragem, a conciliação será levada a cabo pelo(s) árbitro(s) nomeado(s) que, uma vez frustrados os intentos de concertação entre as partes, decidirão o conflito por sentença arbitral (conciliação extrajudicial).

Ainda, a tentativa de conciliação, cujo objetivo é não apenas resolver o conflito em causa, mas principalmente promover o bem-estar social, tem dupla função: a primeira, de permitir às partes contar a sua história diretamente ao juiz e, com isso, fazer com que o julgador tenha uma melhor percepção dos fatos; e a segunda, possibilitar a obtenção de uma solução consensual para o litígio em causa, uma vez que ninguém melhor do que as próprias partes para decidir sobre as suas vidas, ao invés de transferir para um terceiro o poder de resolver um conflito que irá afetar a si⁴⁷.

No Brasil, o conceito de conciliação é no mesmo sentido. O *Manual da Conciliação e Mediação do CNJ* define alguns objetivos e características da conciliação. I) além do acordo, a conciliação visa à promoção da paz social e da harmonia entre as partes; II) o restabelecimento, dentro do possível, da relação anteriormente existente entre as partes; III) a utilização de técnicas persuasivas, sem usar a coerção, para a busca da efetiva resolução do conflito; IV) utilização do tempo necessário para que as partes percebam a importância da conciliação e dos esforços dedicados pelo conciliador para solucionar a controvérsia; V) tornar mais humano o processo de resolução de conflitos; VI) preservar a intimidade das partes; VII) buscar uma solução viável e construtiva para ambos os interessados; VIII) permitir que as partes sintam-se ouvidas; e IX) utilizar técnicas multidisciplinares que permitam às partes encontrar de forma célere soluções satisfatórias⁴⁸.

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça define a conciliação como sendo “*um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes*”⁴⁹.

No entendimento de Fabiana Neves⁵⁰,

a conciliação é empregada em conflitos em que as partes não possuem vínculo emocional, afetivo. Trata-se de litígios esporádicos, mais simples. Geralmente é utilizada para solucionar conflitos patrimoniais, como colisão de veículo, recálculo de dívida, relações de consumo, isto é, em conflitos que não sejam de relações contínuas. Trata-se de um procedimento mais simples do que a mediação, apresentando em média quatro etapas; sendo a abertura, os esclarecimentos, a criação de opções e o acordo.

2.b) Previsão legal

A previsão legal da conciliação civil, no ordenamento jurídico português, encontra guarida no Código de Processo Civil, em seus arts. 591º, n. 1, 594º, 604º e 879º, bem como nos arts. 931º, 990º, n. 2, e 991º, n. 3 (esses três últimos tratando da conciliação em direito de família)⁵¹,

e na Lei dos Julgados de Paz, em seu art. 26º, n. 1⁵². Relativamente aos conflitos de consumo, a conciliação está prevista na Lei 144/2015, nos arts. 3º, alíneas ‘a’ e ‘i’, art. 4º, n. 1, art. 12º, n. 2, e art. 14º, n. 3.

Na legislação brasileira, a conciliação está presente em inúmeros dispositivos legais, nomeadamente: no Código de Processo Civil, cujos principais artigos são 3º, § 3º, 139, V, 165, 303, § 1º (esse último versando sobre tutela antecipada); a Lei da Mediação, em seu art. 24; a Lei 9.099/90 (Lei dos Juizados Especiais); a Resolução 125/2010; a Recomendação 50/2014 (recomenda aos tribunais de justiça, tribunais regionais do trabalho e tribunais regionais federais a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação) e a Portaria 24/2014 (institui o Comitê Gestor Nacional da Conciliação) – essas três últimas, advindas do Conselho Nacional de Justiça⁵³.

A quantidade de dispositivos que versam sobre a conciliação e o número de artigos no novo Código de Processo Civil brasileiro deflagram a proeminência dada a esse instituto como forma de resolução alternativa de conflitos. O legislador demonstra a preocupação para uma mudança de postura social, não mais voltada ao litígio e a beligerância, mas à aproximação das partes em busca da harmonia.

2.c) Julgamento segundo a equidade

Ao falar-se em conciliação (e nos poderes e deveres do juiz), verifica-se na legislação luso-brasileira o julgamento segundo o princípio da equidade⁵⁴. Para melhor entender o tema, é curial fazer uma breve consideração acerca das teorias privatística e jurisdicionalística de Alexandre Mário Pessoa Vaz⁵⁵. Segundo o autor, para explicar a crescente importância que se dá aos métodos alternativos de resolução de conflitos, duas hipóteses são levantadas.

A primeira delas justifica a maior procura por meios RAL em virtude de um descontentamento e desconfiança gerados pela morosidade e precariedade do Judiciário. Com isso, as partes passam a interessar-se em elas mesmas resolverem os seus próprios conflitos, servindo o juiz como uma espécie de “fiscal” do ato conciliatório, atentando-se para as questões formais, não tendo ingerência no conteúdo do acordo oriundo da conciliação. Tal teoria é conhecida como *privatística, contratualista* ou *dispositiva*.

Em contrapartida, a segunda corrente sustenta que a motivação do interesse e do investimento nas resoluções alternativas de conflitos nasce em razão da confiança da população no Judiciário e da evolução social dos cidadãos perante o direito. Com isso, as partes tendem a confiar nos servidores da justiça e, por isso, nesse caso o juiz não atua como um mero “fiscal” do processo, mantendo a sua função de *dicere jus*, podendo intervir no conteúdo do acordo oriundo da conciliação e, quando for o caso, deve decidir segundo a **equidade**. Essa é a teoria **publicística** ou **jurisdicionalística**⁵⁶ – e é essa a teoria adotada nos sistemas jurídicos português e brasileiro⁵⁷.

Manuel Carneiro da Frada explica que uma das concepções atuais sobre a equidade nos remete a um entendimento axiológico-valorativo, devido à abertura e flexibilidade do conceito, que é a tradução da sua mobilidade diante da evolução social e da realidade de cada caso concreto. Refere, ainda, que sua função é harmonizar “*a postura (sumamente) sábia e a realização dos valores no Direito. Nesse sentido, repete-se, não é estranha nem contraponível ao Direito*”⁵⁸.

Ainda, tem-se que o julgamento, pelo juiz, de acordo com a equidade “*traduz-se numa solução de ajustamento da lei, para os casos e que a norma aplicável ao caso concreto é justa mas deve ser moldada, tendo em conta as particularidades desse mesmo caso*”⁵⁹. A equidade é, portanto, um dos balizadores do julgador na hora de proferir a decisão.

Em Portugal, além dos dispositivos legais que tratam do tema de forma genérica (vide nota de rodapé n. 49), os centros de arbitragem de conflitos de consumo (vide tópico 1.d.1) preveem em seus regulamentos o julgamento segundo a equidade. O Regulamento do Tribunal Arbitral do Porto (CICAP) estabelece em seu art. 15º: “*O juiz-árbitro julga segundo o direito constituído, salvo se as partes, na convenção de arbitragem, o autorizarem a fazê-lo segundo a equidade.*”

O art. 14º do Regulamento do Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL), o art. 16º, n. 3, do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra (CACCDC), o art. 13º do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos Consumo de Lisboa (CACCL), o art. 13º do Regulamento do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Madeira (CACC-RAM), o art. 14º, n. 3,

do Regulamento do Centro de Arbitragem de conflitos de Consumo do Vale do Ave (TRIAVE) e do Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Consumo de Braga (CIAB) vão no mesmo sentido do Regulamento do Tribunal Arbitral do Porto.

No Brasil, além dos dispositivos já referidos (vide nota de rodapé n. 49), a Lei 9.099/90, que dispõe sobre os juizados especiais, traz em seu art. 25: “O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.”

Não restam dúvidas, portanto, acerca da importância do julgamento segundo os princípios da equidade quando a conciliação restar inexitosa. Na conciliação, diferentemente da mediação, o terceiro (conciliador) tem poderes decisórios quando a tentativa de autocomposição restar frustrada e, portanto, a sua percepção da realidade apresentada pelas partes será fundamental no momento de proferir uma decisão, ajustando a norma ao caso concreto.

2.d) Princípios da conciliação

Os princípios já referidos na mediação também fundamentam a conciliação. Deve-se chamar a atenção, entretanto, para alguns deles.

O primeiro, o **princípio da aptidão técnica**: o conciliador deve ser treinado e capacitado para o exercício da conciliação. Já o **princípio da decisão informada** diz respeito ao dever do conciliador de informar as partes acerca das consequências de se escolher aquele método de RAL. O **princípio do empoderamento** (*empowerment*), assim como na mediação, tem como objetivo transferir às partes o poder de decidir qual a melhor solução para resolver os conflitos de suas vidas, envolvendo-as ao invés de transferir para um terceiro esse dever. O **princípio da validação** traduz a ideia de que o acordo fruto da conciliação deve ser expressão da consciência voluntária de cada uma das partes, satisfazendo ambos.

2.e) A conciliação no Brasil e em Portugal

Além da legislação já mencionada, que prevê e consagra a adoção da conciliação como forma de resolução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça possui políticas fortemente voltadas para a promoção da conciliação no âmbito da Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Estadual (a Resolução 125/2010 veio para implementar tais políticas).

No site do CNJ, é possível perceber os diferentes tipos de campanhas que intentam estimular a conciliação, nomeadamente: movimento pela conciliação⁶⁰, Semana Nacional da Conciliação⁶¹, Prêmio Conciliar é Legal⁶² e o Banco de Boas Práticas em Mediação Judicial e Conciliação⁶³, sendo criado um banco de dados de casos-modelo, com a descrição da metodologia utilizada e do tipo de litígio em causa.

Os Procons, bem como os Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania – Cejuscs (vide ponto 1.d.2), têm sido um grande promotor dos meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente da conciliação. Conforme se denota das estatísticas do próprio CNJ, somente no ano de 2015 o incentivo aos métodos RAL (nomeadamente, a conciliação) evitou a propositura de mais de 270 mil processos em oito estados brasileiros (ficando excluídas dessa estatística as audiências que ocorrem nas Semanas Nacionais de Conciliação)⁶⁴.

Em Portugal, os julgados de paz, instituídos pela Lei 78/2001, de 13 de julho (com alterações introduzidas pela Lei 54/2013), são responsáveis pela promoção de uma justiça simplificada e célere, menos burocrática, nos termos da própria lei. Além disso, relativamente aos conflitos de consumo, os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (vide ponto 1.d.1) promovem a tentativa de conciliação, conjugada com outras técnicas (como a mediação).

O sistema *multisstep conflict resolution* engloba diferentes ferramentas de resolução de conflitos, pois submete as partes a sucessivas tentativas de solucionar o conflito de forma amigável, evitando-se a decisão de um terceiro que não faz parte da lide⁶⁵.

É importante referir que a atuação dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo consiste em, inicialmente, tentar resolver o conflito entre as partes pela mediação (entrando em contato com a empresa/reclamada na tentativa de compor o conflito) e, posteriormente, o diretor do Centro de Consumo utiliza-se da mediação para tentar solucionar o litígio. Caso inexitosa, o juiz árbitro faz outra tentativa de conciliação antes de iniciar a arbitragem.

3. Conclusão

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, cada vez mais presentes em nossa sociedade, são reflexos da mudança cultural que vivemos. Se em um passado não muito distante (especialmente no cenário brasileiro) optava-se pela via judicial (mais morosa e burocrática) para solucionar conflitos de diferentes ordens, muitos relacionados ao consumo, atualmente verifica-se uma evolução social, cujo resultado é a escolha de formas de resolução de litígios que têm por objetivo devolver às partes as rédeas de suas vidas, para que elas escolham da forma mais adequada como resolver os problemas comuns da vida cotidiana.

A legislação, por sua vez, acompanhou essa mudança, passando a implementar e estimular os métodos RAL, com campanhas de informação e incentivo para que as pessoas pudessem ver resguardados os seus direitos, mas sem que isso refletisse em uma verdadeira batalha judicial, que poderia se arrastar por anos.

Legislação

Código de Processo Civil Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&sso_miolo=

Conselho Nacional de Justiça, legislação sobre conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>

Diretiva 2008/52/CE, dispondo sobre a mediação comercial e civil. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>

Lei 29/2013, dispondo sobre a mediação, em Portugal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1907&nverso=&tabela=leis

Lei 41/2013, Código de Processo Civil Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis

Lei 144/2015, transposição da Diretiva 2013/11/UE, dispondo sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, em Portugal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2425&tabela=leis&sso_miolo=

Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Lei 13.140/2015, dispondo sobre a mediação no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 108/2015, do Senado Federal Brasileiro. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>

Resolução 125/2010, do Conselho Nacional da Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

Notas

- * Renata Marques da Frota. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Brasil), Mestranda em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal).
1. Sobre a importância da mediação e dos meios alternativos de resolução de conflitos, PARDO (2011, p. 173), aduz que “se configura como um medio de acceso de los ciudadanos a La Justicia, al menos em el ámbito de la jurisdicción. Se trata, pues, de un matiz importante, ya que se reconoce a la mediación el papel de instrumento para la modernización y mejora de la Administración de la Justicia”.
 2. Diretiva 2008/52/CE, dispondo sobre alguns aspectos da mediação em matéria cível e comercial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>
 3. Tramita no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 108/2015, para acrescentar ao art. 5º da Constituição o inciso LXXIX, estabelecendo o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. A referida PEC demonstra a crescente importância dos meios RAL, para que sejam incluídos sob o manto da proteção constitucional brasileira. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>
 4. O novo Código de Processo Civil brasileiro assim dispõe em seu art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
 5. Resolução 125/2010, “CONSIDERANDO que o direito de Disponível à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciais, implica Disponível à ordem jurídica justa” e “CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>
 6. A aplicação dos institutos da mediação e da conciliação trazem à tona a questão relativa à sua distinção (e consequente definição). Refere a autora que “vários autores usam indistintamente os termos de mediação e conciliação, considerando não ser possível a sua diferenciação”. Entretanto, conforme refere no aludido texto (p. 34), a distinção de ambos os mecanismos deve ser feita, uma vez que tal diferenciação refletirá na intenção legislativa ao utilizar-se um ou outro termo, culminando na “consolidação prática de cada método” (CEBOLA, 2012, p. 33).

7. Sobre o desafio de definir a mediação, CEBOLA (2011, p. 136) aduz que, “en verdad, definir la mediación significa imponer límites conceptuales a un mecanismo cuyas virtualidades se basan en la libertad de actuación del mediador, en la informalidad de sus trámites y en su capacidad de aplicación a varios ámbitos temáticos. Esto es, que se caracteriza por su flexibilidad y amplitud”.
8. CAMPOS, 2009.
9. No mesmo sentido, Joana Paixão Campos cita a obra de Susana Figueiredo Bandeira “A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios”, 2002. Em oposição a esse entendimento, Cátia Marques Cebola aduz que alguns autores “defendem papéis diametralmente opostos para o mediador e conciliador”, ou seja, para alguns doutrinadores, o mediador possui papel mais intervencionista, podendo propor acordos às partes, e o conciliador, antagonicamente, age como um terceiro facilitador do diálogo, trabalhando na aproximação das partes em conflito, pelo que segundo a autora este não será um critério uniforme (CEBOLA, 2012, p. 34).
10. CAMPOS (2009, p. 9), ao citar João Sevivas, faz uma analogia relativamente à mediação, explicando que o mediador, na condição de facilitador do diálogo entre as partes, funciona como verdadeira “ponte” entre elas.
11. Dário Moura Vicente, citado por Campos, chama a atenção para o fato de não ser possível a diferenciação entre os institutos, podendo falar-se, eventualmente, em um maior ou menor grau de intervenção, mas não em diferentes atividades.
12. CARVALHO (2011, p. 278) sustenta que o que diferencia e conceitua a mediação é, justamente, a posição do terceiro em relação às partes, que encontra-se no mesmo nível dos litigantes, sem possuir qualquer poder de autoridade. Documento digital, disponível em: <http://julgat.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>
13. CAMPOS (2009, p. 08-10).
14. FERREIRA (2005, p. 3) entende não ser possível conceituar a mediação pelo menor grau de intervenção do terceiro (em contrapartida, pelo maior grau de intervenção do conciliador), devendo ser analisada a *essência*, e não a forma do procedimento.
15. CEBOLA, 2012, p. 35.
16. CAMPOS (ob. cit., p.12).
17. CEBOLA, 2012, p. 35.
18. Idem, p. 36.
19. Lei 29/2013, dispondo sobre a mediação, em Portugal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1907&nversao=&tabela=leis
20. Há algumas peculiaridades relativamente aos mediadores judiciais, especialmente no que tange à possibilidade das partes escolherem o profissional (como é o caso da mediação extrajudicial). Conforme preceitua o art. 25 da referida lei: “Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei” (MORAES, 2016).
21. CEBOLA, 2015, p. 55.

22. A Diretiva 2008/52/CE foi transposta, inicialmente, pela Lei 29/2009, de 29 de junho, que introduziu nos artigos 249º-A a 249º-C (mediação pré-judicial) e 279º-A (mediação) do Código de Processo Civil português disposições sobre a mediação, estando hoje estes artigos revogados pela Lei 29/2013.
23. CEBOLA, 2015, p. 55.
24. Diretiva 2013/11/UE, Considerando 19, do preâmbulo: “A legislação da União atualmente em vigor inclui já algumas disposições relativas à RAL. A fim de garantir a segurança jurídica, deverá prever-se que, em caso de conflito, a presente diretiva prevaleça, salvo disposição explícita em contrário. Em especial, a presente diretiva não prejudica a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial (1), que já define um quadro para sistemas de mediação a nível da União, nomeadamente para litígios transfronteiriços, nem obsta à aplicação dessa diretiva a sistemas de mediação internos. A presente diretiva destina-se a ser aplicada horizontalmente a todos os tipos de procedimentos de RAL, incluindo os procedimentos de RAL abrangidos pela Diretiva 2008/52/CE.”
25. Lei 29/2013, dispondo sobre a mediação, em Portugal.
26. CEBOLA, 2015, p. 58.
27. Como bem referido pela autora Cátia Marques Cebola, a lei portuguesa no art. 8º, n. 2 não estende às partes tal dever, diferentemente da lei espanhola, que impõe a obrigação de confidencialidade às partes, aos mediadores e às associações de mediação, ainda que o art. 16º, n. 3, al. d), da Lei portuguesa indique que as partes se vinculam a tal princípio. Além do mais, “o dever de confidencialidade pode, contudo, ser excecionado quando razões de ordem pública o justificarem” (CEBOLA, 2015, p. 58).
28. CEBOLA, 2015, p. 55.
29. No Brasil, a Resolução 125/2010 do CNJ traz em seu art. 2º, II, a necessidade de formação profissional aos mediadores e conciliadores.
30. Cátia Marques Cebola critica o fato de constar, na legislação (art. 8º, n. 1), a formação de mediadores como mera faculdade. A autora ressalta, entretanto, a consequência da não realização de ações de formação ministradas por entidades certificadores, que é a proibição dos profissionais não certificados de integrar a lista de mediadores, bem como da ausência de força executiva de seus acordos (CEBOLA, 2015, p. 59-60).
31. *Guia de Conciliação e Mediação do CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>
32. MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21
33. Informação obtida através da página eletrônica da AMC (Associação de Mediadores de Conflitos). Disponível em: <http://mediadoresdeconflitos.pt/areas-da-mediacao-de-conflitos/>

34. CEBOLA, 2012, p. 16-7.
35. PARDO, ob. cit., 181.
36. CEBOLA, 2012, p. 17.
37. Idem, p. 18.
38. Sobre o tema, ver: FROTA, Mário. Arbitragem institucional. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 57, 2009. Informação sobre todos os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal: Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: <http://www.arbitragemdeconsumo.org/>
39. CEBOLA, 2012, p. 31.
40. <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1460586787296>
41. <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/sobre-servico>
42. Resolução 125, CNJ, art. 8º. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>
43. Notícia site *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-27/mediacao-procon-sp-consumidor-pular-etapas-judiciario>
44. *Balcão do Consumidor*. Disponível em: <http://balcaodoconsumidorcruzalta.blogspot.pt/p/sobre.html>
45. CAMPOS, 2009, p. 14.
46. CEBOLA, 2012, p. 35.
47. CAMPOS, ob. cit., p. 22-3.
48. Idem, p. 14.
49. Site do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao>
50. MENEGHIN, Laís; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. *Meios alternativos de pacificação de conflitos: Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2442/1966>
51. Código de Processo Civil Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=
52. Lei dos Julgados de Paz. Disponível em: http://www.conselhosdosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Legislacao/Lei_JPaz/Lei54-2013.pdf
53. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao/legislacao>
54. Em Portugal, o princípio da equidade encontra-se presente de forma geral no art. 4º do Código Civil, no art. 594º, n. 3, do Código de Processo Civil, no art. 12 da Lei 144/2015 e no art. 26º da Lei dos Julgados de Paz. No Brasil, o julgamento segundo a equidade encontra guarida nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 944, § único, do Código Civil e art. 140 do Código de Processo Civil.
55. VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1976.
56. Idem, p. 30-59.
57. Joana Paixão Campos diverge do entendimento de Alexandre Mário Pessoa Vaz, referindo que “a conciliação é uma figura de autocomposição de litígios, em

- que a solução depende inteiramente da vontade das partes”. Sustenta a autora, ainda, que atualmente não se deve adotar a posição jurisdicionalista, mas sim a contratualista, devendo o juiz intervir no teor do acordo apenas em casos excepcionais (CAMPOS, ob. cit., p. 34).
58. FRADA, Manuel Carneiro da. A equidade (ou “a justiça com o coração”), p. 119-21. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba83fee07-fbee-44a1-86d7-bef33f38eb86%7D.pdf>
 59. CAMPOS, ob. cit., p. 32.
 60. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao/nucleos-de-conciliacao>
 61. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao>
 62. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao/premio-nacional-da-conciliacao>
 63. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/01/269bbba8a6b772fed5427d7fccb3a8c0.pdf>
 64. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>
 65. CEBOLA, 2012, p. 28.

Referências

- AMC (Associação de Mediadores de Conflitos). Disponível em: <http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/areas-da-mediacao-de-conflitos/>
- Balcão do Consumidor. Disponível em: <http://balcaodoconsumidorcruzalta.blogspot.pt/p/sobre.html>
- CAMPOS, Joana Paixão. *A conciliação judicial*: dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses. 2009. Universidade Nova de Lisboa. Lisboa. Disponível em: http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf
- CARVALHO, Jorge Morais de. A consagração legal da mediação em Portugal. 2011. Disponível em: <http://julgat.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>
- CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, 2012.
- _____. Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Periódico IMED*. Brasil, 2015.
- _____. La mediación: Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos. Salamanca. 2011. Disponível em: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110503/1/DDAFP_Marques_Cebola_C_LaMediacion.pdf
- Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC). Disponível em: <http://www.arbitragemdeconsumo.org/>
- FERREIRA, J. O. Cardona. *Julgados de paz e conciliação*: breve síntese. Lisboa. 2005. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Intervencoes/Conselheiro/2005-Conciliacao.pdf>

- FRADA, Manuel Carneiro da. A equidade (ou “a justiça com o coração”). Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba83fee07-fbee-44a1-86d7-bef33f38eb86%7D.pdf>
- FROTA, Mário. Arbitragem institucional. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 57, 2009.
- Guia de Conciliação e Mediação do CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>
- MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>
- MORAES, Felipe. A entrada em vigor da lei brasileira de mediação. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231982,61044-A+entrada+em+vigor+da+lei+brasileira+de+mediacao>
- MENEGHIN, Laís; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. *Meios Alternativos de Pacificação de Conflitos: Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2442/1966>
- PARDO, Guillermo Orozco. La mediación en los conflictos de consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 65, 2011.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Coimbra: Coimbra editora, 1976, vol. I.

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO EN ESPAÑA

M^A DOLORES FERNÁNDEZ FUSTES*

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

EXCERTOS

“La Unión Europea, desde los años 90, ha establecido dentro de sus prioridades, incentivar la protección del consumidor y la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo”

“Podemos afirmar que el éxito del arbitraje de consumo se ha debido fundamentalmente a la rapidez, gratuidad y agilidad del sistema, al carácter vinculante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Arbitral y a la posibilidad de solicitar la ejecución judicial del laudo”

“Desde nuestro punto de vista, sería más adecuado que el sistema arbitral de consumo continuara siendo gratuito ya que, como hemos adelantado, precisamente la gratuidad es una de las claves del éxito del mismo”

“El arbitraje de consumo se caracteriza por ser un sistema sencillo, ágil y accesible a todos.

Una de las características esenciales del arbitraje de consumo es su rapidez, que sin duda es la que justifica su éxito como método alternativo al proceso, que resulta lento y costoso”

“La mediación de consumo es una clase de mediación que supone adaptar la técnica mediadora a la resolución de un conflicto concreto surgido en el ámbito del consumo entre los consumidores o usuarios y los empresarios o los profesionales”

“La mediación de consumo sólo se podrá llevar a cabo si ambas partes, consumidor o usuario y empresario o profesional, participan de forma voluntaria e informada”

1. Resolución alternativa de litigios en la Unión Europea

La protección de los consumidores se ha convertido en una de las prioridades de la Unión Europea. Es muy ilustrativo al respecto el considerando (2) de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo¹ cuando señala “el mercado interior debe proporcionar a los consumidores un valor añadido en forma de mejor calidad, mayor variedad, precios razonables y normas elevadas de seguridad para mercancías y servicios, contribuyendo así a un alto nivel de protección de los consumidores”.

Parece evidente que el proceso no es el instrumento más adecuado para resolver los litigios que surgen en materia de consumo. Precisamente por ello, desde hace tiempo, se ha incrementado el interés por los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias², implantados desde los años 70 en los países de tradición anglosajona y posteriormente en los países europeos continentales.

La Unión Europea, desde los años 90, ha establecido dentro de sus prioridades, incentivar la protección del consumidor y la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Así, podemos destacar la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo³ que establece los principios que deben presidir la actuación de los órganos y procedimientos extrajudiciales que, independientemente de su denominación, conducen a la solución de un litigio de consumo mediante la intervención activa de un tercero que propone o impone a las partes una decisión con efecto obligatorio o no, como sucede en el arbitraje de consumo, y que recomienda que “todo órgano existente o que pueda crearse, que tenga como competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, respete los principios siguientes”: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

En esta misma línea de potenciar la resolución extrajudicial de litigios encontramos la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los

órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁴. Según dispone en su apartado I.1 “la presente Recomendación se aplicará a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo”⁵. En la misma se establecen los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios.

La Comisión en su comunicación, de 13 de abril de 2011, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y al Comité de Regiones titulada “Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza “Juntos por un nuevo crecimiento””⁶ sitúa como una de éstas prioridades “los consumidores como actores del mercado único” y como medida clave la legislación sobre resolución alternativa de litigios, señalando que “el objetivo es garantizar la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permita preservar las relaciones de las empresas con su clientela”.

Ahora bien, no cabe duda que la apuesta más clara de la Unión Europea por los sistemas alternativos de solución de litigios ha sido la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁷, por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE y el Reglamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

El objetivo de La Directiva 2013/11/UE, según prevé su art. 1, es “contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, “procedimientos

de resolución alternativa”) que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos”.

La Directiva tiene como ámbito de aplicación, *ex art. 2*, “los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, “entidad de resolución alternativa”), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa”. En la misma se obliga a los Estados miembros a facilitar el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa y a garantizar que los litigios a los que se aplique la presente Directiva y en los que esté implicado un comerciante establecido en sus territorios puedan someterse a una entidad de resolución alternativa que cumpla los requisitos establecidos en la misma (art. 5).

Estos requisitos ponen el foco en garantizar la calidad de las entidades, de los procedimientos de resolución alternativa y de las personas que desarrollan dichos procedimientos con la finalidad de garantizar que los consumidores tengan acceso a unos mecanismos de resolución extrajudicial de alta calidad, transparentes, efectivos y justos, independientemente del lugar en que residan den la Unión Europea (art. 2.3.).

2. Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en España

La Constitución Española (CE) en su art. 51 establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Asimismo, el art. 53.3 CE establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero⁸, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Con el objeto de cumplir esta previsión constitucional, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, dio el primer paso para la instauración en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Arbitral de Consumo. Fruto de ello, entre los años 1986 y 1993, se puso en marcha con carácter experimental el sistema arbitral de consumo, mediante la creación de Juntas Arbitrales de Consumo en los distintos ámbitos territoriales. Esta experiencia fue positiva y puso de manifiesto la buena aceptación del sistema arbitral de consumo en España, tanto en el sector empresarial como entre los consumidores y usuarios.

La Disposición Adicional 1ª de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 prevé la aplicación supletoria de esta Ley al arbitraje previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, especificando que el arbitraje de consumo será gratuito y no se precisará la protocolización notarial del laudo. Además, la disposición adicional 2ª dispone que “el Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984”.

En cumplimiento de lo previsto en las citadas normas se publicó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que en su art. 1 establece que “el sistema arbitral de consumo se rige por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”.

Este carácter supletorio de la Ley de Arbitraje de 1988 fue el que determinó la necesidad de reformar el RD 636/1993 tras la aprobación de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre¹⁰, inspirada en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), el 21 de junio de 1985.

También la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹¹ puso de manifiesto la necesidad de reformar este RD 636/1993 pues, en su disposición final quinta, habilita al Gobierno para que proceda a refundir en un único

texto legal la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios y, en su disposición final sexta, insta al Gobierno para que, en un plazo de un año desde su entrada en vigor, dicte una nueva regulación del sistema arbitral de consumo contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios. En este contexto, se dictó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo¹².

Por lo que se refiere a la regulación de la mediación de consumo, las Comunidades Autónomas se refieren a la mediación de consumo tanto en sus Estatutos de Autonomía como en sus leyes de protección de consumidores, señalando que las administraciones autonómicas deben potenciar y promover la mediación junto con el arbitraje¹³.

Sin embargo, a nivel estatal, no encontramos referencias a la mediación de consumo en las leyes de protección de los consumidores, ni en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, ni en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁴. La única referencia a la mediación la encontramos en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo¹⁵, en su art. 38, bajo la rúbrica “Mediación en el procedimiento arbitral”¹⁶.

Cómo hemos adelantado, el 21 de mayo de 2013 se aprobó la Directiva 2013/11/UE, cuyo art. 25 dispone que “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 9 de julio de 2015”.

Con la finalidad de cumplir este mandato, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo¹⁷. No obstante, es importante subrayar que, según dispone la Exposición de Motivos, en la misma no se “regula ningún procedimiento de resolución alternativa de conflictos, ni afecta a los ya existentes, que sólo deberá proceder a su adaptación a los requisitos

exigidos, si son gestionados por entidades que deseen ser notificadas a la Comisión Europea”, por tanto “la finalidad que se persigue con el establecimiento de requisitos de calidad armonizados es asegurar el acceso de los consumidores y empresarios a entidades de resolución alternativa de alta calidad, en la Unión Europea, independientemente del lugar de residencia”¹⁸.

En este trabajo nos centraremos en la incidencia de la Directiva 2013/11/UE y el anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo en los procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo más frecuentes en la práctica: el arbitraje y la mediación de consumo.

3. El arbitraje de consumo

3.1 Concepto

El art. 1 del RD 231/2008 dispone que “el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios¹⁹ y las empresas o profesionales²⁰ en relación a los derechos legal y contractualmente reconocidos al consumidor”. Por tanto, en el ordenamiento jurídico español, el sistema arbitral de consumo se regula como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, para la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ámbito del consumo entre los consumidores o usuarios y los empresarios o los profesionales. Esto determina que ante una determinada controversia el consumidor pueda optar por solucionarlo a través del proceso o del arbitraje de consumo.

3.2 Características

El legislador intenta fortalecer y consolidar el arbitraje de consumo en España a través del RD 231/2008, garantizando para ello su rapidez, eficacia y antiformalismo. Así, según dispone el RD en su parte expositiva, se mantienen las características esenciales del arbitraje de consumo, pero se introducen las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al

sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas y consumidores.

Podemos afirmar que el éxito del arbitraje de consumo se ha debido fundamentalmente a la rapidez, gratuidad y agilidad del sistema, al carácter vinculante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Arbitral y a la posibilidad de solicitar la ejecución judicial del laudo. Entre las características del arbitraje de consumo podemos destacar las siguientes:

3.2.1 Carácter institucional

El art. 1.2 RD 231/2008 establece que “el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales...”.

Por tanto la primera característica del arbitraje de consumo es que se trata de un arbitraje de carácter institucional cuya gestión se atribuye a las Juntas Arbitrales de Consumo que son órganos administrativos²¹. De esta manera se facilita el desarrollo del arbitraje de consumo y el acceso de las partes al mismo.

3.2.2 Gratuidad

El Art. 41 del RD 231/2008 al regular los principios que rigen el procedimiento arbitral de consumo dispone que “el procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad”. Por tanto, frente al carácter oneroso del arbitraje ordinario, el arbitraje de consumo será gratuito.

Sin embargo este principio no tiene carácter absoluto, ya que tiene algunas excepciones. Así, en materia de prueba la gratuidad alcanza sólo a las pruebas practicadas de oficio, ya que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte, *ex art. 45 RD*, “serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad”²². Lo mismo ocurre con la ejecución del laudo arbitral y con la acción de anulación que se puede interponer frente al laudo. Ambas actuaciones se llevarán a cabo ante la jurisdicción civil, siendo necesario nombrar abogado y procurador.

En relación con la gratuidad, el considerando (41) de la Directiva 2013/11/UE dispone “los procedimientos de resolución alternativa deben, preferiblemente, ser gratuitos para el consumidor. En caso de que se cobren costas, tales procedimientos deben ser accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores. Con tal propósito, las costas no deben exceder una cuota mínima”.

Por su parte, el art. 11 del anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo establece que “el procedimiento deberá ser, para los consumidores, gratuito o con un coste simbólico que no podrá superar la cuantía de 30 €”. Resulta criticable que este artículo sólo se refiera al carácter gratuito o al coste simbólico del procedimiento para el consumidor, obviando cualquier referencia al empresario, por lo que no se fija coste mínimo ni máximo para él, y que se considere “coste simbólico” la cuantía de 30 €, sin distinguir la cuantía del asunto objeto de arbitraje de consumo²³. Sin duda esta cuantía podría resultar disuasoria sobre todo en aquellos litigios en los que la cantidad reclamada no sea elevada, quedando por tanto en esos supuestos desprotegidos los derechos del consumidor²⁴.

Desde nuestro punto de vista, sería más adecuado que el sistema arbitral de consumo continuara siendo gratuito ya que, como hemos adelantado, precisamente la gratuidad es una de las claves del éxito del mismo. En la misma línea se expresa el Consejo Económico y Social en su Dictamen 5 2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución alternativa de conflictos de consumo²⁵ al señalar que “debería mantenerse como prioritaria la gratuidad para ambas partes que, en cualquier caso, deberían tener el mismo tratamiento a estos efectos. Habida cuenta del carácter disuasorio que, especialmente en controversias de pequeña cuantía, pueda tener el establecimiento de un coste, resulta cuestionable el carácter “simbólico” de dicha cuantía”.

3.2.3 Arbitraje de Equidad

La forma en la que debe adoptarse el laudo permite distinguir entre dos tipos de arbitraje: el de derecho y el de equidad. En el arbitraje de derecho, los árbitros deben fundamentarse en las normas jurídicas vigentes y aplicarlas para resolver la cuestión que se les ha planteado. Sin embargo, en el arbitraje de equidad, los árbitros decidirán la controversia

según su leal saber y entender, atendiendo a lo que consideren justo en cada caso concreto.

El art. 33.1 del RD 231/2008 prevé que “el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”²⁶. Por tanto, el legislador ha establecido como regla general que el arbitraje de consumo se resuelva en equidad²⁷. Dadas las características del arbitraje de consumo parece acertado que la regla general sea el arbitraje en equidad, ya que al no ser necesaria una especial cualificación técnica por parte de los árbitros, resulta más fácil elaborar las listas de árbitros, tanto de los de los consumidores como los de los empresarios²⁸.

No obstante, cabe la posibilidad de que las partes soliciten expresamente que el arbitraje de consumo se decida en derecho. En este caso los árbitros designados entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho (vid. art. 21 RD 231/2008).

3.2.4 Antiformalismo

El arbitraje de consumo se caracteriza por ser un sistema sencillo, ágil y accesible a todos. El art. 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece que el arbitraje de consumo debe constituirse sin formalidades especiales. Precisamente, como consecuencia de este antiformalismo, en el sistema arbitral de consumo no será obligatoria la intervención de abogado y procurador.

3.2.5 Voluntariedad

El arbitraje de consumo se configura en el ordenamiento jurídico español como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, por lo que ante una controversia el consumidor podrá optar entre iniciar el arbitraje de consumo o incoar el proceso ante la jurisdicción civil interponiendo la correspondiente demanda.

Por tanto, uno de los principios que preside el arbitraje de consumo es la voluntariedad. Así se recoge expresamente en el art. 58 del Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, según el cual “la sumisión de las partes al Sistema Arbitral de consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo”. Así, las partes se adhieren libremente al Sistema arbitral²⁹ y quedan vinculadas por el laudo. De ahí que el art. 24.1 RD establezca la necesidad de que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de resolver a través del sistema arbitral de consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

De ahí que la voluntad de someterse al arbitraje de consumo deberá de ser expresa e inequívoca. Esta manifestación de la voluntad se podrá manifestar de distintas formas³⁰.

3.2.6 Eficacia y firmeza del laudo

El laudo que se dicte pone fin al conflicto y tiene, según el art. 1.2 RD, carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes³¹. Por tanto, si no se cumple voluntariamente el contenido del laudo se puede instar su ejecución forzosa ante la jurisdicción civil. El art. 44 LA prevé que “la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título”³².

Frente al laudo que resuelva el arbitraje de consumo se podrá interponer la acción de anulación³³.

El laudo firme produce todos efectos de cosa juzgada³⁴ y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes³⁵.

3.2.7 Rapidez

Una de las características esenciales del arbitraje de consumo es su rapidez, que sin duda es la que justifica su éxito como método alternativo al proceso, que resulta lento y costoso. El RD 231/2008 prevé en su art. 49 que “el plazo para dictar el laudo será de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses”.

La Directiva 2013/11/UE señala en su considerando (40) que “una entidad de resolución alternativa que funcione correctamente debe resolver con celeridad los procedimientos de resolución de litigios, ya sea o no en línea, y dar a conocer el resultado del procedimiento de resolución alternativa en un plazo de noventa días naturales contado desde la fecha en que haya recibido el expediente de reclamación completo, incluida toda la documentación pertinente relativa a la reclamación. La entidad de resolución alternativa que haya recibido una reclamación debe informar a las partes una vez que haya recibido todos los documentos necesarios para tramitar el procedimiento de resolución alternativa correspondiente. En determinados casos excepcionales de índole particularmente compleja, entre ellos si una de las partes no puede, por razones justificadas, participar en el procedimiento de resolución alternativa, las entidades de resolución alternativa deben poder prorrogar el plazo con el fin de llevar a cabo un examen del caso de que se trate. Debe informarse a las partes de toda prórroga de este tipo, así como, aproximadamente, del plazo que se requerirá para la resolución del litigio”.

En su transposición, la Disposición final quinta del anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo modifica el mencionado art. 49.1 y establece que “el plazo para dictar el laudo será de noventa días naturales desde la presentación completa de la solicitud. El órgano arbitral, en caso de especial complejidad, podrá adoptar una prórroga que no podrá ser superior al plazo previsto para la resolución del conflicto, comunicándose a las partes de forma motivada”.

3.2.8 Igualdad de las partes

El procedimiento arbitral estará presidido por los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes (art. 41 RD 231/2008). Este principio exige que las partes tengan las mismas oportunidades de alegación, prueba, conclusión e impugnación.

Asimismo, este principio de igualdad de las partes se manifiesta en la composición tripartita de los Colegios Arbitrales, en los que están representados tanto los consumidores y usuarios, como los empresarios y profesionales. Así, el art. 57.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala que “los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas”.

4. La mediación de consumo

4.1 Concepto

La mediación se puede definir como el método de resolución de conflictos en el que las partes acuden a un tercero, denominado mediador, que conduce el procedimiento de mediación, ayudando a las partes a gestionar el conflicto y a alcanzar un acuerdo que pueda ser satisfactorio para ambas.

Se trata, por tanto, de un procedimiento de solución de conflictos eficaz, pues las partes pueden alcanzar una solución al conflicto que resulte duradera, realista y favorable para todas ellas. De ahí que sea más probable que, una vez finalizado el procedimiento de mediación, el acuerdo alcanzado se cumpla voluntariamente y se mantenga una relación amistosa y viable entre las partes.

La mediación de consumo es una clase de mediación que supone adaptar la técnica mediadora a la resolución de un conflicto concreto surgido en el ámbito del consumo³⁶ entre los consumidores o usuarios y los empresarios o los profesionales. Por tanto, el objetivo de la mediación de consumo es facilitar el diálogo entre el consumidor o usuario y el empresario o profesional e intentar que alcancen una solución del conflicto de manera pactada, con la intervención de un tercero neutral que intenta acercar posiciones.

Las partes son las verdaderas protagonistas del procedimiento de mediación. Sólo a ellas les corresponde llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto, careciendo el mediador de capacidad decisoria sobre el resultado del conflicto.

No obstante, el mediador es un elemento clave de la mediación³⁷. Podemos definir al mediador como a un profesional cualificado con una formación específica en mediación, que comprende el contexto y la forma en que se desenvuelven los conflictos y las expectativas de las

partes. Así, ayuda al consumidor y al empresario a entender el origen del conflicto, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido y a buscar soluciones, para finalmente alcanzar un acuerdo que sea satisfactorio para ambos. Está sujeto al secreto profesional y actúa con independencia, imparcialidad y neutralidad.

El mediador carece de poder de decisión, dirige el procedimiento de mediación empleando técnicas y herramientas para crear un clima de diálogo y cooperación que favorezca la comunicación y la gestión positiva de los conflictos, promoviendo que sean las partes quienes gestionen el conflicto y alcancen soluciones satisfactorias. Por tanto, son las partes quienes alcanzan sus propios acuerdos, con la ayuda del mediador.

Es importante destacar que el desarrollo del procedimiento de mediación y, también, su resultado van a depender del mediador³⁸, pero éste no decide ni impone una solución para resolver el conflicto de consumo.

Ahora bien, en el ámbito de los litigios en materia de consumo debemos plantearnos si el mediador debe limitarse a facilitar la comunicación entre las partes de forma que éstas puedan llegar a un acuerdo satisfactorio o si, por el contrario, debe sugerir a las partes posibles soluciones al conflicto. Esto es, si el mediador debe realizar una mediación facilitadora (*facilitative mediation*) o una mediación evaluativa (*valorative mediation*)³⁹.

En la mediación facilitadora, el mediador sólo conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución. Sin embargo, en la mediación evaluativa el mediador ayuda a encontrar una solución al conflicto, emitiendo una propuesta de solución que no tiene carácter vinculante para las partes.

El hecho de que el mediador no pueda imponer una solución a las partes no implica que no pueda adoptar una posición activa y formular una propuesta de solución, que las partes pueden libremente aceptar o rechazar. Por tanto, consideramos que en el ámbito de consumo la mediación es evaluativa pues el mediador adopta un papel más activo,

Es importante destacar que el desarrollo del procedimiento de mediación y, también, su resultado van a depender del mediador

ofreciendo a las partes una propuesta de solución que no tiene carácter vinculante para ellas. Por tanto, el mediador formula una propuesta de solución, que las partes pueden libremente aceptar o rechazar. Además, también actuará como garante de los intereses más necesitados de protección, en este caso de los consumidores, y del equilibrio entre las partes, que facilite que la negociación se produzca en condiciones de igualdad⁴⁰.

4.2 Principios informadores de la mediación

El art. 38 RDSAC dispone “quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”.

Ahora bien, para analizar estos principios es necesario acudir a la Directiva 2013/11/UE y hay que tener presentes los códigos deontológicos que deben informar la actuación de los mediadores y que establecen instrumentos de control de la calidad en la prestación de los servicios de mediación. En este sentido, merece especial atención el Código de Conducta Europeo para Mediadores que, a pesar de no tener carácter vinculante, prevé una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al criterio de los mediadores, bajo su propia responsabilidad⁴¹.

4.2.1 Voluntariedad

Una de las características esenciales de la mediación es la voluntariedad. La mediación de consumo sólo se podrá llevar a cabo si ambas partes, consumidor o usuario y empresario o profesional, participan de forma voluntaria e informada.

En el inicio del procedimiento de mediación el principio de voluntariedad se traduce en la facultad de las partes de someterse o no a la mediación para la resolución del litigio. Pero también estará presente durante toda la tramitación del procedimiento, por lo que las partes podrán darla por finalizada en cualquier momento.

El art. 9.2 de la Directiva 2013/11/UE, bajo la rúbrica “Equidad”, dispone que “en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio proponiendo una solución, los Estados miembros velarán porque: a) las partes tengan la posibilidad

de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento. Se les informará de este derecho antes del inicio del procedimiento...”

Con la finalidad de garantizar que la participación en la mediación sea libre y voluntaria, el mediador debe informar a las partes que su participación en el procedimiento de mediación es voluntaria, de las fases del procedimiento de mediación, de su finalidad, de sus consecuencias y de los derechos que les asisten tanto si deciden someterse al procedimiento de mediación como si no lo hacen.

A continuación, será necesario que ambas partes manifiesten su consentimiento expreso y libre de acudir a la mediación para solucionar el conflicto, por lo que se trata de un consentimiento informado.

4.2.2 Neutralidad

Este principio hace referencia a la relación del mediador con el resultado del proceso de mediación. La neutralidad debe ser entendida como ausencia de prejuicios. Un mediador no debe manifestar sus preferencias personales ni su propia escala de valores, pues esto podría presionar a las partes a la hora de llegar a un acuerdo u otro.

Esta neutralidad implica que el mediador debe llevar a cabo una actuación equitativa e igual respecto a las partes y debe mantenerse durante toda la mediación. Este principio repercute en la libertad que ha de mantener el mediador respecto de las partes y viceversa, sin aceptar ningún tipo de presión o imposición desde éstas o hacia ellas.

La neutralidad también hace referencia a que el mediador debe ayudar a las partes a conseguir un acuerdo satisfactorio para ambas, pero sin imponer una solución⁴². La solución por vía de la mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, sin que el mediador ostente facultades decisorias ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta.

4.2.3 Independencia e imparcialidad

La independencia va a permitir al mediador actuar con libertad de criterio en el ejercicio de su función, sustrayéndose a toda posible intromisión en su labor⁴³. Cuando nos referimos a esta independencia

en el asunto concreto hablamos de imparcialidad. Este principio afecta a la relación del mediador con las partes. El mediador debe ser imparcial en sus relaciones con las partes, esto es no debe favorecer a ninguna de ellas.

Por tanto, la imparcialidad implica la ausencia de todo interés para la resolución del litigio, sin que ninguna circunstancia ajena influya en su actuación.

El art. 6.1 de la Directiva 2013/11/UE señala que “Los Estados miembros garantizarán que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios posean los conocimientos

La imparcialidad implica la ausencia de todo interés para la resolución del litigio, sin que ninguna circunstancia ajena influya en su actuación

especializados necesarios y sean independientes e imparciales. Para ello, se asegurarán de que dichas personas: a) estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, así como de un conocimiento general suficiente del Derecho; b) sean nombradas para un mandato de duración suficiente para garantizar la independencia de sus actos

y no puedan ser relevadas de sus tareas sin causa justificada; c) no reciban instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes; d) reciban su retribución de un modo que no guarde relación con el resultado del procedimiento; e) revelen sin dilación indebida a la entidad de resolución alternativa, en su caso, las circunstancias que puedan afectar –o pueda considerarse que afectan– a su independencia o imparcialidad o dan lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes en el litigio que deban resolver. La obligación de revelar tales circunstancias seguirá existiendo a lo largo de todo el procedimiento de resolución alternativa. No se aplicará en caso de que la entidad de resolución alternativa esté compuesta por una sola persona física”.

En el mismo sentido el Código de Conducta Europeo para Mediadores establece también la necesidad de que en el mediador concurren los principios de independencia e imparcialidad. Así, el apartado 2.1 dispone “antes de iniciar o continuar su tarea, el mediador

deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses”.

La imparcialidad supone que el mediador no tiene ningún tipo de interés en el asunto ni ningún tipo de relación con las partes. Por tanto, se basa en la ausencia de interés personal, profesional, económico, familiar o de cualquier otro tipo. De ahí la prohibición de actuar cuando exista algún tipo de interés. Hay una serie de situaciones que pueden hacer al mediador sospechoso de parcialidad. Por ello, cuando concurren estas causas que pueden afectar a su imparcialidad, el mediador deberá abstenerse de participar en el procedimiento de mediación. Si no lo hace, las partes podrían recusarle.

El RDSAC no regula las causas de abstención o recusación del mediador. No obstante, siguiendo el Código de Conducta Europeo para mediadores podíamos entender como causas de abstención o recusación:

- todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes,
- cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación, o
- que el mediador haya actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

La concurrencia de cualquiera de estas circunstancias deberá ser revelada por el mediador a las partes, tan pronto como tenga conocimiento de las mismas. Así podrán ponerse de manifiesto al inicio del proceso de mediación o con posterioridad.

En estos casos lo más conveniente sería dar por terminado el proceso de mediación, dejando que sean las partes quienes decidan si intentan otra vez la mediación con otro mediador.

4.2.4 Confidencialidad

En el procedimiento de mediación es necesario crear un ambiente de confianza mutua en el que las partes libremente puedan expresarse, transmitir información y delimitar sus posiciones. Pues bien, dicho ambiente de confianza se asienta en el principio de confidencialidad. De ahí que este principio sea una de las piezas clave del procedimiento de mediación, que sólo producirá los fines deseados si las partes

confían plenamente en que toda la información que aporten durante la mediación no va a poder ser utilizada en su contra posteriormente, en un eventual proceso judicial.

Por tanto, se trata de un requisito casi indispensable para garantizar el éxito de la mediación, ya que favorece la confianza mutua entre las partes y contribuye a garantizar la libertad y la sinceridad de las conversaciones durante todo el procedimiento de mediación.

La Directiva 2013/11/UE dispone en su considerando (29) que “durante el procedimiento de resolución alternativa deben respetarse en todo momento la confidencialidad y la privacidad. Debe alentarse a los Estados miembros a proteger la confidencialidad de los procedimientos de resolución alternativa en todo proceso o arbitraje civil o mercantil que pueda tener lugar posteriormente”.

Por su parte, el Código de Conducta Europeo para Mediadores dispone que “el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado”.

Por la vigencia del principio de confidencialidad, toda la información obtenida en el curso del procedimiento de mediación no podrá ser utilizada fuera de este procedimiento ni para fines distintos a la mediación. Así lo reconoce expresamente el art. 41.2 RDSAC al prever que los mediadores “están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan”. De ahí, que ni esa información se podrá presentar como prueba ni el mediador podrá ser llamado a declarar como testigo o perito en un hipotético y futuro proceso judicial.

Además, este principio de confidencialidad se traduce en el deber de guardar secreto profesional del mediador, que tiene la obligación de guardar absoluta reserva sobre la mediación, las partes en conflicto, su contenido y su solución. Por ello no sólo no deberían ser llamados a declarar como testigos o peritos en el proceso judicial, sino que podrán abstenerse de prestar declaración sobre la información relativa al procedimiento de mediación o su contenido.

Notas

- * Ma Dolores Fernández Fustes. Profesora contratada. Doctora de Derecho Procesal Universidad de Vigo.
1. Diario Oficial de la Unión Europea 18.6.2013 L165/63. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:ES:PDF>.
 2. Estos mecanismos son comúnmente denominados ADR (Alternativa Dispute Resolution) y RAC (Resolución alternativa de Conflictos) o, también, como M.A.R.C. (Methodes Alternatives de Resolution de Controversies) y M.A.S.C. (Métodos Alternos de Solución de Conflictos).
 3. Diario Oficial de la Unión Europea 17.4.98 L115/31. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&from=ES>.
 4. Diario Oficial de la Unión Europea 19.4.2001 L109/56. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=ES>.
 5. Por tanto, esta recomendación sería aplicable a la mediación de consumo.
 6. En línea, consultada el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:es:PDF>.
 7. Diario Oficial de la Unión Europea 18.6.2013 L165/1. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2013:165:FULL&from=ES>.
 8. El art. 51 está dentro de este Capítulo III.
 9. La Disposición Adicional 1ª de la LA dispone que “la presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (...), en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será necesaria la protocolización notarial del laudo, que se dictara por los órganos arbitrales previstos en dichas normas”.
 10. En este sentido vid., DÍAZ ALABART, S., “El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje”, *Actualidad civil*, Quincena del 1 al 15 Jun. 2005, pág. 1285, tomo 1, <http://laleydigital.es>; CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, *Actualidad Civil*, Quincena del 16 al 28 Feb. 2006, tomo 1, <http://laleydigital.es>.
 11. En línea, consultada el 21 de marzo de 2016. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-22950.
 12. La Disposición Final 4ª del RD 231/2008 prevé que el mismo entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE. Por tanto, este RD entró en vigor el 25 de agosto de 2008, salvo los artículos 25 y 27, que entraron en vigor el 26 de febrero de 2008.
 13. En este sentido vid., por ejemplo, art. 20 de la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (Ley 16/2006, de 28 de diciembre); art. 28.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios de Asturias (Ley 11/2002, de 2 de diciembre); art. 14 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (Ley

11/2005, de 15 de diciembre); el art. 49.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio).

En algunos casos incluso se atribuyen expresamente competencias mediadoras a organismos como las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) o a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Una clara muestra la encontramos en el art. 29 a) y b) de la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (Ley 16/2006, de 28 de diciembre); en el art. 17.4 d) de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (Ley 1/2006, de 7 de marzo); en el art. 16.2 c) del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (Ley 11/2005, de 15 de diciembre); en el art. 17 d) y f) de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Navarra (Ley Foral 7/2006, de 20 de junio).

14. Los arts. 53 a 58 bajo la rúbrica “Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios”, sólo se refieren al Sistema Arbitral de Consumo (arts. 57 y 58), pero omite cualquier referencia a la mediación de consumo.
15. Es importante señalar que el art. 2.2.c) de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles excluye expresamente de su ámbito de aplicación la mediación de consumo.
16. En la propia Exposición de Motivos se justifica la falta de regulación de la mediación de consumo “por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia”.
17. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>.
18. Apartado III.6 de la Exposición de Motivos.
19. El RD 231/2008 no define los términos de consumidor y usuario. Por ello, debemos acudir a los conceptos utilizados en la LGDCU. Según el art. 3 LGDCU “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Este concepto de consumidor incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen al margen de una actividad comercial o empresarial. Así, podrán acudir al arbitraje de consumo para reclamar sus derechos como consumidores y usuarios, cuando en una relación jurídica concreta adquieren un bien o servicio. Sin embargo, quedarían excluidos aquellos supuestos en los que adquieren bienes o servicios para emplearlos en su actividad comercial o empresarial.
20. Tampoco define el RD 231/2008 los términos de empresario o profesional, por lo que tendremos que acudir al concepto utilizado por la LGDCU, que en su art. 4 dispone que “se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

21. Vid. art. 5.1 del RD 231/2008 según el cual “las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros”.
22. Por ello GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., “Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 569 (Aranzadi Westlaw BIB 2003/186) afirma que lo aconsejable sería que “la parte consumidora o usuaria, por esencia más débil económicamente que la parte reclamada, no promueva prueba alguna a su instancia sin antes solicitar de manera expresa al órgano arbitral que, la que a ella le interese, la ordene aquél practicar de oficio”. En contra MARÍN LÓPEZ M. J., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, *La Ley*, núm. 6905, 17 de marzo de 2008, año XXIX, ref. D-83, <http://diariolaley.laley.es>, señala que “en este ámbito, se ha observado como en muchas ocasiones las partes comunican al colegio la posibilidad de practicar cierta prueba, y es el propio colegio quien la acuerda de oficio, con las consecuencias económicas que de ello se derivan (...) Parece razonable exigir al colegio arbitral que actúe con mayor contención, exigiendo de oficio la práctica de pruebas únicamente en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario. El nuevo RDAC parece asumir esta tesis, al establecer que el órgano arbitral podrá proponer de oficio las pruebas complementarias “que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia” (art. 45.1.I)”.
23. CATALÁN CHAMORRO, M. J., “Reflexiones críticas en torno al anteproyecto de Ley de Resolución alternativa de conflictos de consumo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto de 2015. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/46.-M%C2%AA.-Jos%C3%A9-Catal%C3%A1n-1.pdf>.
24. Coincidimos con JORDÁ CAPITÁN, E. R., “La resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español”, *La Ley mercantil*, n. 19, Sección contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Noviembre 2015, en que “tal circunstancia nos podría colocar en una reconversión hacia la privatización del servicio, lo que habría que contemplar como un paso atrás o un retroceso respecto de los posibles avances que se habrían logrado con el establecimiento del procedimiento arbitral de naturaleza gratuita”.
25. Sesión extraordinaria del pleno de 13 de mayo de 2015. En línea, consultado el 14 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic052015.pdf>.
26. El art. 57.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dispone que “la organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho Reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho”.

27. A diferencia del arbitraje de consumo, el arbitraje ordinario se resolverá en derecho salvo que las partes acuerden que se resuelva en equidad. Así, según el art. 34.1 LA “Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”.
28. DÍAZ ALABART, S., “El arbitraje de consumo y la nueva Ley...”, op. cit.
29. En este sentido, la STC 23 de noviembre de 1995 (RA 174/1995) señala que “es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes (...) y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)”. En este mismo sentido vid. STC de 16 de marzo de 1988 (RA 1988/43).
30. Así, en primer lugar, según el art. 24.1 RD, el convenio arbitral podrá consistir en una cláusula incorporada a un contrato o a un acuerdo independiente de las partes. Por ello en el mismo precepto se exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. En segundo lugar, si existe oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (OPASAC), el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la simple presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor y usuario (vid. art. 34 RD 231/2008) siempre que coincida con el ámbito de la oferta (art. 24.2 RD). En este caso la existencia de la OPASAC implica que el empresario previamente ha consentido someterse al arbitraje de consumo. Por ello, basta con el consumidor presente su solicitud, en la que manifiesta su voluntad de someter la resolución de la controversia al arbitraje de consumo, para que se entienda formalizado el convenio arbitral.
Por último, si no existiera OPASAC, una vez presentada y admitida a trámite la solicitud de arbitraje de consumo se dará traslado al reclamado para que en el plazo de quince días la acepte o rechace (art. 24.4 RD). Al igual que en el supuesto anterior, la presentación de la solicitud del consumidor implica su voluntad de resolver la controversia mediante el arbitraje de consumo. Por tanto, se considerará perfeccionado el convenio arbitral cuando el reclamado manifiesta su aceptación del arbitraje.
31. Coincidimos con ABELLÁN TOLOSA, L., “Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo XXI”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, AA.VV., Thomson-Civitas, Madrid, Navarra, 2007, pág. 86, en que “la consideración del laudo arbitral de consumo como título ejecutivo equivalente a la sentencia judicial firme es uno de los principales valores del Sistema Arbitral de Consumo”.
32. Según el art. 517.2 LEC “sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 2º. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación...”. Y, el art. 545.2

LEC prevé que “cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación”.

33. Sobre la acción de anulación del laudo vid. arts. 40 a 43 LA.
34. En este sentido la STC de 22 de marzo de 1991 (RA 62/1991) afirma que “no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje (...) es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia (...)”.
35. Vid. art. 43 LA.
36. Debemos tener en cuenta que sólo podrán ser objeto de mediación aquellos conflictos que puedan ser objeto de arbitraje de consumo. Obviamente, no todas las controversias pueden ser resueltas a través del arbitraje de consumo. Sobre esta cuestión vid. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: El Real Decreto 231/2008. Objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 193 y ss.
37. Es muy ilustrativo al respecto el preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles cuando señala en el apartado III que “La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir”.
38. BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007 (www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf), pág. 2.
39. Sobre la mediación facilitadora y la mediación evaluativa pueden verse: MAYER, B., “Facilitative Mediation”, en *Divorce and Family Mediation*, The Guilford Press, New York, 2004, págs. 29 y ss.; LOWRY, L. R., “Evaluative Mediation”, en *Divorce and Family Mediation*, The Guilford Press, New York, 2004, págs. 72 y ss.; RISKIN, L., “Decisionmaking in mediation: The new old grid and the new new grid system”, *79 Notre Dame L. Rev.* 1 (2003-2004), págs. 3 y ss.
40. Así se desprende con claridad de la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales

de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109 de 19.4.2001, págs. 56 y ss. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0310:ES:NOT>) que, en el considerando (16), señala que “antes de que las partes decidan si aceptan la solución al litigio que se les propone, éstas deberán disponer de un tiempo razonable para estudiar los detalles y posibles condiciones y términos del acuerdo” y, en el considerando (17), añade que “para garantizar que estos procedimientos son equitativos y flexibles y que los consumidores tienen la posibilidad de adoptar una decisión con conocimiento de causa, éstos deben recibir información clara y comprensible que les permita plantearse si aceptan la solución que se les propone, piden asesoramiento o estudian otras opciones”. De ahí que al regular el principio de equidad prevea que “antes de que el consumidor decida si acepta la solución que se propone para resolver el litigio deberá ser informado de forma clara y en un lenguaje comprensible de lo siguiente: a) puede aceptar o rechazar la solución propuesta; b) la solución propuesta puede ser menos beneficiosa que la que imponga un órgano judicial en aplicación de las normas legales; c) antes de aceptar o rechazar la solución propuesta tiene derecho a consultar a un asesor independiente; d) la utilización del procedimiento no impide que intente solucionar un litigio no resuelto ante otro mecanismo extrajudicial, como los cubiertos por la Recomendación 98/257/CE, o que solicite indemnización a través de su propio sistema judicial; e) el valor de la solución aceptada”.

En los mismos términos se manifiesta la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115 de 17.4.1998 (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi:cleplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=1998&nu_doc=198), al señalar en su considerando 18 que “conviene asignar a la institución competente un papel activo que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio; que este papel activo resulta aún más importante en la medida en que, en el marco de los procedimientos extrajudiciales, con frecuencia las partes actúan sin asesoramiento jurídico”.

A favor de esta tesis se pronuncian TOMILLO URBINA, J., “El futuro del arbitraje de consumo a partir del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 393; ORDEÑANA GEZURAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *La Ley*, número 7420, 9 de junio de 2010, <http://diariolaley.laley.es>, pág. 16; GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvención, mediación y acumulación de procedimientos”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, 2009, pág. 265; BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Madrid, 2005, pág. 405.

41. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.
42. BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de código ético...”, *op. cit.*, pág. 4.

43. La Directiva 2013/11/UE señala en su considerando (32) “la independencia y la integridad de las entidades de resolución alternativa son fundamentales para ganar la confianza de los ciudadanos de la Unión en unos mecanismos de resolución alternativa de litigios que les ofrezcan un resultado justo e independiente. La persona física o el órgano colegiado a cargo de la resolución alternativa de litigios deben gozar de total independencia con respecto a aquellos que pudieran tener algún interés en el resultado y no estar implicados en ningún conflicto de intereses que pueda impedirles adoptar una decisión de manera justa, imparcial e independiente”.

Referências

- ABELLÁN TOLOSA, L., “Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo XXI”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, AA.VV., Thomson-Civitas, Madrid, Navarra, 2007.
- BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007 (www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf).
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Madrid, 2005.
- CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, *Actualidad Civil*, Quincena del 16 al 28 Feb. 2006, tomo 1, <http://laleydigital.es>.
- CATALÁN CHAMORRO, M. J., “Reflexiones críticas en torno al anteproyecto de Ley de Resolución alternativa de conflictos de consumo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto de 2015. En línea, consultado el 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/46.-M%C2%AA.-Jos%C3%A9-Catal%C3%A1n-1.pdf>.
- DÍAZ ALABART, S., “El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje”, *Actualidad civil*, Quincena del 1 al 15 Jun. 2005, pág. 1285, tomo 1, <http://laleydigital.es>.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: El Real Decreto 231/2008. Objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2009.
- “El mediador: cualidades, requisitos y funciones”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 569 (Aranzadi Westlaw BIB 2003/186).
- GARCÍA MONTORO, L., ““Nuevo” modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015. (En línea, consultado el 14 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/793/654>).
- GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvención, mediación y acumulación de procedimientos”,

- en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, 2009.
- GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- JORDÁ CAPITÁN, E. R., “La resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español”, *La Ley mercantil*, n. 19, Sección contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Noviembre 2015, <http://laleydigital.laley.es/>.
- LOWRY, L. R., “Evaluative Mediation”, en *Divorce and Family Mediation*, The Guilford Press, New York, 2004.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, *La Ley*, núm. 6905, 17 de marzo de 2008, año XXIX, ref. D-83, <http://diariolaley.laley.es>.
- MAYER, B., “Facilitative Mediation”, en *Divorce and Family Mediation*, The Guilford Press, New York, 2004.
- MORENO BLESÁ, L., “La resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *Actualidad Civil*, núm. 6, junio 2015 (La Ley 4475/2015), <http://laleydigital.laley.es/>.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Sobre la búsqueda de la esencia (eficacia y calidad) de los mecanismos extrajudiciales para la solución del conflicto de consumo en la Unión Europea o sobre su nuevo marco normativo (La Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013)”, en *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *La Ley*, número 7420, 9 de junio de 2010, <http://diariolaley.laley.es>
- RISKIN, L., “Decisionmaking in mediation: The new old grid and the new new grid system”, 79 *Notre Dame L. Rev.* 1 (2003-2004).
- TOMILLO URBINA, J., “El futuro del arbitraje de consumo a partir del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

LE RÈGLEMENT EXTRA JUDICIAIRE DES LITIGES DE CONSOMMATION EN FRANCE

HENRI TEMPLE*

Co-fondateur et ancien Directeur du Centre du droit de la
consommation et du marché, université de Montpellier

EXCERTOS

“Dans le présent article les médiations ou conciliations désigneront les tentatives de régler amiablement, par l’entremise d’un tiers, un contentieux naissant”

“La loi impose désormais à la quasi totalité des secteurs de l’économie de consommation de proposer une possibilité explicite de soumettre le différend à une instance de médiation”

“Notre position provisoire est donc que rien n’empêchant l’arbitrage international en matière de consommation, il en va de même a fortiori pour la médiation”

L'auteur de ces lignes a été, en France, associé à la mise en œuvre avancée de techniques juridiques permettant à une entreprise de proposer à ses clients de traiter d'éventuels différends dans le cadre d'une médiation extra judiciaire. Une expérience, réussie et toujours active, en effet, a été réalisée sous sa direction à la fin des années 1990 dans le cadre d'un syndicat professionnel, la Fédération de la vente directe. Et même une norme AFNOR.

Il fallait en effet rétablir la confiance du public dans la vente à domicile, procédé commercial utile tant pour les vendeurs que pour des consommateurs (ruraux, âgés, malades, familles...).

L'afflux significatifs de réclamations de la part des clients de ce procédé de vente permit aussi de bien connaître la sociologie et la typologie des partenaires et surtout d'identifier rapidement les opérateurs peu scrupuleux qui ternissaient pas leurs manœuvres l'ensemble de la profession. Et donc de redorer son image, en les excluant du syndicat ou les faisant poursuivre en justice.

On ne traitera ici des MARD (mode alternatif des règlement des différends), que lorsqu'ils impliquent un tiers ou un organisme dévolu à ces MARD. Et nous ne parlerons pas des propositions, plus traditionnelles, que l'entreprise offre à ses clients de recourir à ses services internes (Bureau des réclamations, Après vente, Service consommateur, etc). En pareil cas, en effet, il est à craindre que l'entreprise, juge et partie, ne veuille pas tant aux intérêts du consommateur qu'aux siens propres... Mais nous n'aborderons pas, non plus, la phase de conciliation, souvent obligatoire, qui se déroule devant le juge préalablement à un procès: car il s'agit de la phase **pré-judiciaire** d'un différend; mais pas d'un procédé **extra** judiciaire stricto sensu...

Définitions

Dans le présent article les médiations ou conciliations désigneront les tentatives de régler amiablement, par l'entremise d'un tiers, un contentieux naissant. Il n'en résultera pas une décision obligatoire, les parties gardant leur liberté d'accepter ou non le recours à cette technique et de refuser d'en appliquer les recommandations. Car en

France il n'existe pas d'arbitrage en matière de consommation; sauf éventuellement en matière transfrontalière.

Le MARD est confié soit à un **conciliateur**, qui se contente de tenter un simple rapprochement des parties, soit à un **médiateur**, qui, lui, propose une solution fondée sur une analyse juridique.

Deux questions se posent: celle du caractère obligatoire du recours à la médiation; et celle du fonctionnement de la médiation.

I. Peut-on imposer un MARD au consommateur?

Une telle obligation ne pourrait naître que de la loi ou du contrat.

A. Imposition par la loi?

La loi impose désormais à la quasi totalité des secteurs de l'économie de consommation de proposer une possibilité explicite de soumettre le différend à une instance de médiation. Mais il ne s'agit:

- ni d'un passage obligé,
- ni, surtout, lorsque le consommateur y a recours, d'une obligation d'accepter la solution proposée.

Le droit européen s'est immiscé, à plusieurs reprises dans cette question et, comme toujours, avec beaucoup d'hésitations et de confusion. Après les premiers textes (recommandations) des années 90 (sur le déroulement des procédures de MARD), signalons la Directive du 21 mai 2008 mais surtout deux textes très récents: la Directive du 21 mai 2013 et le Règlement concernant les médiations en ligne (par internet). Le second système peut être consulté en se rendant sur le site de la Commission. Et le premier a fait l'objet de lois nouvelles incorporées dans le code français de la consommation. C'est à lui que nous lui réserverons nos observations (B).

Mais avant d'aborder les règles de médiation générales aux relations de consommation (très récentes), on rappellera les textes spéciaux par lesquels la loi faisait déjà obligation de recourir à des médiations.

a) Régimes spéciaux de médiations de consommation

Ils concernent les secteurs –il est vrai sensibles– de l'énergie, de la téléphonie, de la poste, de la banque et du crédit.

Depuis 2013, pour l'énergie on se référera aux articles L.122-1 du code de l'énergie: le "médiateur national de l'énergie est chargé de recommander des solutions aux litiges entre consommateurs et fournisseurs" (électricité ou gaz naturel).../... "nés de l'exécution d'un contrat". "Il est saisi directement et gratuitement par le consommateur".

Pour la téléphonie, depuis 2012, "tout fournisseur d'un service de communications électroniques... est tenu d'instituer un médiateur impartial et compétent... dont les modalités d'intervention doivent être facilement accessibles, rapides, transparentes" (article L.121-84-9 du code de la consommation)

La Poste a elle aussi droit à son texte spécial, un peu plus ancien (2007) et assez similaire aux précédents: le "médiateur est rattaché directement au président [de la Poste] et nommé par celui-ci... Il peut être saisi sans frais par les usagers dont les réclamations ont fait l'objet d'un rejet définitif... Il publie des recommandations et transmet chaque année un rapport au Président de la Poste, au ministre chargé des Postes et à l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes"(art. R.1-1-18 code des postes).

Le droit européen
s'est immiscé, à
plusieurs reprises
dans cette question
et, comme
toujours, avec
beaucoup
d'hésitations
et de confusion

Enfin, pour la banque et le crédit, depuis 2008, les articles L.316-1, puis L.312-1-3 (code monétaire et financier) imposent à "tout établissement de crédit [de désigner] un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats.../... Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité. Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. Celle-ci suspend la prescription pendant ce délai. Les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties. Cette procédure de médiation est gratuite. L'existence de la médiation et ses modalités d'accès doivent faire l'objet d'une mention portée sur la convention... ainsi que sur les relevés de compte. Le

compte rendu annuel d'activité établi par chaque médiateur est transmis au gouverneur de la Banque de France et au président du comité consultatif.../... de la médiation bancaire.../... présidé par le gouverneur de la Banque de France ou son représentant. Les autres membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie, selon la répartition suivante: une personnalité proposée par le collège de consommateurs et usagers du Conseil national de la consommation, une personnalité proposée par l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et deux personnalités choisies en raison de leur compétence”.

L'observateur attentif, depuis les origines (années 70), du droit de la consommation, sa conception *ex nihilo* en France, à l'Université de Montpellier, ne peut que déplorer l'incapacité des juristes du gouvernement (notamment ceux qui travaillent au Ministère de la justice) de mettre en place un système simple, efficace, équitable et unifié. Même si, à l'instigation de la Commission européenne, il existe désormais un système commun de médiation pour toutes les autres activités dont le consommateur est client, on doit se désoler que ces lois nouvelles (2015) viennent en réalité se combiner (et donc compliquer) avec la médiation offerte aux consommateurs par destextes spéciaux.

b) Régime commun de médiation de consommation

C'est une ordonnance du 20 août 2015 qui introduit, dans le code de la consommation, pour le mettre en conformité avec le règlement et la directive européens de 2013, des dispositions à spectre large sur la “médiation des litiges de consommation”. Outre une énième tentative, maladroitissime, de redéfinir le champ du sujet (les termes de “professionnel”, “litige national”, et même de contrat de vente”(!), l'ordonnance étend l'obligation de proposer une éventuelle voie de médiation à tous les champs de la consommation. Ainsi, par exemple, non seulement les avocats devaient proposer un contrat écrit à leur client, mais ils doivent, dès 2016, y incorporer une clause de médiation (alors que les professions de santé et d'enseignement y échappent).

Selon le nouvel article L.152-1 créé à cet effet, le professionnel doit garantir “au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation”... qu'il s'agisse de “son propre dispositif de médiation” ou du

“recours à tout autre médiateur... répondant aux exigences” légales (du code de la consommation).

Mais il ne s’agit que d’un “droit pour le consommateur de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l’oppose à un professionnel...” (art. L.152-1 code consommation).

Toutefois il importe de noter au passage la complexité cachée du système qu’il soit “général” ou “spécial”. En effet, le médiateur:

- “ne peut pas examiner le litige si le consommateur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite” (art. L.152-2, a), C.conso),

- mais, par ailleurs, le consommateur ne sera (comme tout autre demandeur en justice) recevable devant un Tribunal que s’il a, avant son action, effectué une tentative de solution non contentieuse, telle que la saisine d’un médiateur... En effet depuis un décret du 11 mars 2015 toute “assignation contient à **peine de nullité**, outre les mentions prescrites pour les actes d’huissier de justice:

.../... (sauf justification d’un motif légitime tenant à l’urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu’elle intéresse l’ordre public),
.../... **les diligences entreprises [par le demandeur] en vue de parvenir à une résolution amiable du litige”.**

Voilà désormais la phase préalable de médiation –qu’elle que soit sa nature– revêtue d’une grande importance. Un passage presque obligé...

B. Imposition par le contrat ?

Est-il possible d’aller plus loin que l’article 56 du code de procédure civil, et de rendre obligatoire le recours préalable à la médiation? Une telle solution rapprocherait la médiation de l’arbitrage. En effet une clause compromissoire oblige le juge à se déclarer incompétent (sauf le juge des mesures urgentes, en référé). Or, l’arbitrage est réservé aux relations entre professionnels – et donc interdite pour les contrats où l’une des parties est un consommateur.

D’ailleurs une clause qui obligerait le consommateur à une médiation préliminaire est considérée comme abusive, “grise” au sens du droit européen, et pointée comme telle à l’article R.132-2 du code la consommation, qui “présume abusive.../... la clause ayant pour

objet ou pour effet.../... de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice... notamment à passer exclusivement par un mode alternatif de règlements des litiges". Il faut nuancer sur ce point ce que nous écrivons dans notre ouvrage¹, et il subsiste des hypothèses où ces clauses peuvent être imposées au consommateur, notamment, comme nous l'écrivons dans notre ouvrage, lorsque le passage par la médiation n'est pas présentée comme un substitut exclusif à la justice mais comme un préalable obligatoire. La Cour de cassation, par exemple, a rendu un arrêt² qui reconnaît que de telles clauses fondent une fin de non recevoir. Toutefois, cet arrêt est antérieur à la redéfinition des clauses abusives, en 2009... Mais, en sens contraire, cet arrêt est antérieur aussi aux conditions préalables à une assignation, imposées en 2015...

Cependant l'ordonnance de 2015 semble avoir réglé la question; en effet désormais "est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir à une médiation préalablement à la saisine du juge (art. L. 152-4 code consommation)

Notre position provisoire est donc que rien n'empêchant l'arbitrage international en matière de consommation, il en va de même a fortiori pour la médiation. Et que, de plus, une médiation préalable peut être obligatoire, dès lors qu'elle rapide gratuite, répond aux critères légaux, et que son résultat n'est pas, lui, obligatoire.

II. Le système des MARD

On vient de voir dans quel cadre et dans quelles circonstances les MARD peuvent être mis en œuvre. Il reste à préciser quel en est le fonctionnement (A), la portée (B), et l'organisation générale du système (C).

A. Fonctionnement des MARD

Malheureusement il n'existe pas de véritable unité entre les fonctionnements disparates des divers systèmes de MARD. Certes le code de procédure civile soumet semble-t-il, à titre subsidiaire les médiations judiciaires à ses dispositions générales. Mais les articles 1528 et surtout 131-4 à 131-15 de ce code semblent porter surtout sur

la médiation autorisée en cours de litige par le juge, et non pas sur la médiation antérieure au procès.

Les conditions de compétence et de moralité pour être médiateur (art. 131-5) pourraient être appliquées à notre sujet, mais celles qui figurent dans le code de la consommation sont plus précises (articles L.153-1 et s.)

En réalité les médiations conventionnelles en matière de consommation semblent être *sui generis*.

L'article L.152-2 du code de la consommation ne nous donne que peu d'informations essentielles:

- le consommateur doit justifier avoir tenté de résoudre directement son litige auprès du professionnel,
- sa demande ne doit pas être infondée ou abusive,
- elle ne doit pas être déjà en cours d'étude par un autre médiateur ou un juge,
- elle doit être introduite dans un délai d'un an maximum après l'échec de sa réclamation préalable auprès du professionnel

Pour tout le reste chaque médiateur semble être libre de s'organiser à sa guise; cependant:

- le professionnel doit informer le consommateur des coordonnées du médiateur dont il dépend (art.156-1)
- le médiateur doit disposer d'un site internet (L.154-1)

B. Portée de l'intervention des MARD

Le consommateur est informé dans un délai de 3 semaines du rejet de sa demande de médiation.(L.152-2). Cependant le code de la consommation ne donne que peu d'informations sur un des aspects essentiels : la forme de la solution qu'il propose. Comme il n'est pas un amiable compositeur, son opinion doit être motivée en droit, et précise sur l'analyse et les solutions juridiques et concrètes qu'il propose.

S'agit-il d'un document écrit ? Les parties pourraient-elles alors:

- si elles sont d'accord faire constater et homologuer cet accord par un contrat, ce qui la transforme en transaction, ce qui est possible³? Ou par un juge, ce qui la transforme en arbitrage, ce qui semble impossible?
- demander l'exécution forcée?

– si elles ne sont pas d'accord, se servir de son contenu dans une instance à venir?

On voit bien que, même si les intentions semblent être louables, il est regrettable que pareil système, dont l'importance économique n'échappera à personne, n'ait pas été validé et amélioré par des juristes au fait des difficultés pratiques de la vie du droit.

Ni le décret d'application du 30 octobre 2015, ni celui du 9 décembre ne s'intéressent à cette question.

C. Organisation générale du système des MARD

En revanche l'organisation administrative des MARD fait l'objet d'un luxe de précisions qui contraste avec les carences dans la définition de leur cœur de métier...

On sait que les médiateurs seront, selon les cas, publics ou privés, et dans ce second cas, proposés par l'entreprise ou par son syndicat de branche. Singulières, internes ou externes, plurales et même paritaires, incluant des médiateurs désignés par des associations de consommateurs, ce qui nous semble être le système le plus à même à inspirer confiance, pour l'avoir pratiqué 10 ans durant.

L'ordonnance de 2015 énumère une foule de dispositions dont le but est visiblement de surveiller le fonctionnement et les résultats des médiations mises en place. On ne les détaillera pas mais on en rappellera simplement quelques unes.

Il est créé, auprès du Ministre chargé de l'économie, une Commission d'évaluation et se contrôle de la médiation de la consommation. (art.L.155-1).

Cette Commission (les Français en sont particulièrement friands) a pour mission de:

- mettre à jour les la liste des médiateurs, y compris les médiateurs publics,
- procéder à la notifications des médiateurs à la Commission européenne,
- contrôler la régularité et évaluer l'activité des médiateurs.

Les “médiateurs de la consommation”, quant à eux, doivent communiquer à cette Commission d'évaluation toutes informations à leur sujet et transmettre un rapport d'activité.

Il est bien trop tôt pour se faire une idée du succès ou des difficultés que rencontreront ces médiations nouvelles. Un virage a été néanmoins pris, sans doute définitif au sujet des différents de consommation. Ils sont destinés à échapper de plus en plus au juge.

Notas

- * Henri Temple. Co-fondateur et ancien Directeur du Centre du Droit de la consommation et du marché, université de Montpellier. Co-fondateur et ancien Directeur du Master 2 consommation et concurrence. Co-auteur de *Droit de la Consommation*, Dalloz, 9^e édition, 2015 (avec Jean Calais-Auloy). Avocat, expert international. Philosophe politiste.
- 1. Calais-Auloy et Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2015, n. 593.
- 2. Cass. Ch.mixte, 14 févr. 2003, D. 2003, note Ancel et Cottin.
Perrot, Mestre, Fages, Cadiet, Lagarde, Rev. Trim. Droit civ. 2003, obs. p. 182, 189, 294, 349.
- 3. Article 2004 du code civil. Cour de cassation 1^e Ch. civile, 10 avril 2013, D. 2013, 1663, note Perrier.

EL ARBITRAJE DE CONSUMO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: ESPAÑA, PORTUGAL Y ARGENTINA

MARÍA CONSTANZA GARCIA FAURE*
Máster Universitario en Derecho de los Negocios

EXCERTOS

“La nueva ley portuguesa, a diferencia del Anteproyecto español que no menciona ningún tipo de sistema ADR en concreto, es más clara al considerar como procesos RAL a la mediación, la conciliación y al arbitraje”

“Cabe destacar la obligación de los empresarios de informar al consumidor de las entidades RAL existentes para resolver sus conflictos”

“El artículo 7, establece como nota importante que las personas encargadas de las entidades RAL, deberán poseer conocimientos específicos en materia de resolución extrajudicial de litigios de consumo, como así también de derecho”

“El arbitraje de consumo, es un sistema de resolución extrajudicial de los conflictos entre las personas consumidoras o usuarias y las empresas o profesionales, que tiene la característica de ser vinculante y ejecutivo para ambas partes”

1. Introducción

Diversos factores, fueron los que llevaron a la búsqueda de nuevos sistemas para la resolución de controversias, distintos a la justicia tradicional. Entre ellos podríamos mencionar: el colapso producido en los tribunales –imposibilitando el acceso a la justicia de todos los ciudadanos–, el aumento de la conflictividad, la demora en obtener una solución, la desproporcionalidad entre el valor de la reclamación y el coste del procedimiento (generalmente en asuntos de consumo), los problemas de competencia, entre otros.

En la actualidad, vemos la importancia que han cobrado en el mundo, los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, o más comúnmente conocidos por sistemas ADR por sus siglas en inglés (Alternative Dispute Resolution), sobre todo en el ámbito de consumo y ello puede verse reflejado en la cantidad de leyes que se han dictado sobre la materia, en diferentes países y también a nivel europeo.

En este trabajo hablaremos precisamente, de uno de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, el arbitraje de consumo, que ha sido utilizado para resolver complejas controversias, como ha sido el caso de las participaciones preferentes en España que afectó a un gran número de personas¹. A su vez, España ha sido el país pionero en materia de arbitraje de consumo². Este sistema es muy utilizado también en Portugal, en el que es obligatorio en el caso de los servicios públicos esenciales. En Argentina, siguiendo el modelo español, se dictaron normativas para regular su funcionamiento y se instauró solo a nivel nacional, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por todo ello, es que se pretende comentar como se encuentra regulado en cada país, mencionar algunas cuestiones procedimentales particulares de este especial arbitraje, mostrar algunas diferencias, para finalizar con unas conclusiones.

Antes de ello creemos que es importante mencionar que los Sistemas de Resolución Alternativa de Litigios en materia de consumo, se han convertido en uno de los temas de mayor trascendencia para la Unión Europea, tan es así, que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de

litigios en materia de consumo y, el Reglamento (UE) n. 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Es por ello que a continuación describiremos brevemente alguna de sus novedades, ya que producirá algunos cambios en los sistemas ADR de los Estados miembros, por lo tanto en el sistema arbitral de consumo.

2. La Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) n. 524/2013

El 18 de junio de 2013, como acabamos de mencionar, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, DRAL) y al mismo tiempo se publica como complementario a esta, el Reglamento (UE) n. 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante, Reglamento ODR).

La finalidad de la DRAL, es lograr una alta protección de los consumidores y aumentar la confianza de ellos, en el mercado interior. Para ello, la DRAL deberá garantizar a los consumidores la posibilidad de presentar reclamaciones ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios. La DRAL fija una serie de requisitos y principios que deberán cumplir las entidades y procedimientos RAL (principio de imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad), impone obligaciones a los Estados miembros, a las empresas adheridas a entidades RAL y a la Comisión Europea. La Directiva será de aplicación a los litigios nacionales y transfronterizos, originados de las obligaciones contractuales que surgen de los contratos de compraventa, o de las prestaciones de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión.

El Reglamento ODR, tiene como principal cometido, la creación de una plataforma de resolución de litigios, a través de internet, en el ámbito de la Unión Europea. La misma, debe brindar a los consumidores y comerciantes, una ventanilla única para poder tramitar extrajudicialmente los litigios originados de transacciones en línea, tanto nacionales como transfronterizas. La plataforma, a su vez, debe contar con un modo sencillo y de rápido acceso, para ello contará con formularios electrónicos, disponibles en todos los idiomas oficiales

de la Unión, que podrán rellenar tanto los consumidores como comerciantes para efectuar su reclamo³. Los trámites realizados a través de la plataforma electrónica deben ser gratuitos. La Comisión además de encargarse del funcionamiento, mantenimiento, financiación y seguridad de la plataforma, deberá facilitar su acceso mediante sitios de internet, brindando información a los ciudadanos y a las empresas de la Unión. Para que la reclamación ante la plataforma de resolución de litigios en línea prospere, se debe cumplir con una serie de requisitos. Sobre ello, el artículo 9.3 del Reglamento ODR, nos informa que las partes deben ponerse de acuerdo sobre la entidad competente que resolverá el litigio, de lo contrario no se podrá continuar con el trámite. Incluso, se fija el plazo de 30 días desde la presentación de la reclamación, para que las partes lleguen a un acuerdo, cumplido dicho plazo sin lograr acuerdo, se entenderá por finalizado el trámite. También finaliza el trámite, si la entidad no acepta conocer el litigio. En cuanto al plazo de la resolución, el artículo 10.a del Reglamento ODR, se remite a lo dispuesto por la Directiva en su artículo 8.e, es decir de 90 días naturales. En la actualidad, la plataforma ya se encuentra en funcionamiento desde el 15 de febrero de este año⁴. Sin embargo no todos los Estados miembros han cumplido con el deber de notificar a la Comisión Europea las entidades de resolución alternativa de litigios acreditadas –es decir, aquellas que han pasado por un proceso de control de calidad ante la autoridad competente del Estado miembro y cumple con los requisitos fijados por la DRAL– para ser incorporadas en la plataforma.

Portugal, ya ha transpuesto la DRAL mediante la Lei 144/2015, de 23 de septiembre de 2015, y ha notificado como entidades de resolución alternativa de litigios (en adelante, entidades RAL), a los centros de arbitraje de conflictos de consumo, mientras que España aún no ha cumplido con el mandato europeo de transposición –el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo (Anteproyecto ADR)⁵, que pretende transponer la DRAL, no

El Reglamento ODR tiene como principal cometido la creación de una plataforma de resolución de litigios, a través de internet, en el ámbito de la Unión Europea

ha sido aprobado–, con fecha límite de 9 de julio de 2015, ni tampoco ha notificado a la Comisión las entidades RAL⁶.

2.1 Algunos de los cambios que trae aparejado su transposición por el ordenamiento jurídico portugués y español en el arbitraje de consumo

La nueva ley portuguesa, a diferencia del Anteproyecto español que no menciona ningún tipo de sistema ADR en concreto, es más clara al considerar como procesos RAL a la mediación, la conciliación y al arbitraje (art. 3.i de la Ley 144/2015).

Otro de los cambios a partir de la transposición, es que todas las entidades RAL existentes en Portugal deberán solicitar su inscripción en la Lista de Entidades RAL como requisito obligatorio para poder funcionar. No podrá haber entidades RAL sin acreditación, esto responde a un control total de calidad de los sistemas ADR en Portugal. En España, parece que sería posible que existan entidades que no estén acreditadas.

El artículo 24.1 de la Ley 144/2015 establece que los centros de arbitraje de conflictos de consumo contarán con un plazo de seis meses (es decir, hasta marzo de 2016) para adecuarse a las condiciones prescriptas por ley y solicitar a la autoridad nacional competente, en su caso la Dirección General del Consumidor, su inscripción en la lista de entidades RAL prevista en el artículo 17. A su vez, el artículo continúa diciendo que la no inscripción en la lista de entidades RAL impedirá a los centros de arbitraje ejercer sus actividades (art. 24.2).

Otra exigencia para los centros de arbitraje de consumo, será incorporarse a la nueva Red de Arbitraje de Consumo (viene a remplazar la anterior Red Nacional de Centros de Arbitrajes Institucionalizados) que crea la Ley 144/2015, con el objetivo de asegurar la coordinación, la utilización de sistemas comunes y la armonización de los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje de litigios de consumo, llevados a cabo por los centros de arbitraje (art. 4 Ley 144/2015). La red será controlada por la Dirección General del Consumidor.

En el artículo 6 la Ley 144/2015, establece las obligaciones que deberán cumplir las entidades RAL, como mantener un sitio de internet actualizado que informe a los consumidores sobre procedimientos RAL,

permitir al consumidor presentar reclamaciones en línea y de manera convencional, adherirse a la plataforma electrónica de resolución de litigios en línea creada por el Reglamento ODR, entre otras.

Cabe destacar la obligación de los empresarios de informar al consumidor de las entidades RAL existentes para resolver sus conflictos (art. 18 Ley 144/2015 y art. 35 del Anteproyecto español). El incumplimiento de esta obligación traerá consecuencias graves tanto en Portugal (art. 23 Ley 144/2015) como en España (art. 36 del Anteproyecto), como así lo dispuso la DRAL en su artículo 13.

El artículo 7, establece como nota importante que las personas encargadas de las entidades RAL, deberán poseer conocimientos específicos en materia de resolución extrajudicial de litigios de consumo, como así también de derecho. El anteproyecto español también establece lo mismo en el artículo 22 b), además impone la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervengan. Esta obligación no regirá para las Entidades Públicas o inscriptas a las Administraciones Públicas.

Con respecto al coste de los procedimientos RAL, la Ley 144/2015, establece en su artículo 10.3 que deberán ser gratuitos o estar sometidos al pago de una tasa de valor reducido, pero no indica límite alguno de la misma. Por el contrario, el Anteproyecto español indica en su artículo 11, que se podrá cobrar un coste simbólico de hasta 30 euros como máximo.

El anteproyecto ADR nombra como autoridad competente de carácter general y como único punto de contacto con la Comisión Europea, a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN). Por su parte, la Juntas Arbitrales de consumo, serán una de las entidades RAL acreditadas, que deberán previamente adaptarse a las exigencias previstas por ley, así lo determina la Disposición adicional segunda del Anteproyecto y la Disposición final quinta, que modifica el artículo 49.1 del Real Decreto 231/2008 de arbitraje de Consumo (RDAC), con el objeto de cumplir con el plazo de 90 días de resolución del conflicto, desde que se presenta la solicitud (el RDAC prevé un plazo de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral).

Por último, con el fin de ofrecer a los consumidores la posibilidad de presentar reclamaciones ante entidades que ofrezcan procedimientos RAL de alta calidad y a su vez garantizar la confianza de los mismos en estos sistemas, los procedimientos RAL deberán cumplir con una serie de principios, tales como: independencia e imparcialidad, transparencia, equidad, igualdad, eficacia y libertad. Estos principios ya habían sido establecidos por las Recomendaciones de 1998 y de 2001 de la Comisión⁷.

3. El arbitraje de consumo en España, Portugal y Argentina: concepto, características y regulación

El arbitraje de consumo, es un sistema de resolución extrajudicial de los conflictos entre las personas consumidoras o usuarias y las empresas o profesionales, que tiene la característica de ser vinculante y ejecutivo para ambas partes. Además, se distingue por ser un proceso de sometimiento voluntario para las partes, unidireccional (ya que solo puede ser solicitado a instancia del consumidor), gratuito o de bajo coste, informal, eficaz y de mayor rapidez que la justicia tradicional.

Tanto en España como, en Portugal y Argentina, se reconoció a nivel constitucional los derechos de los consumidores y usuarios y se indicó la necesidad de establecer sistemas eficaces para garantizar su protección⁸. Además, cada Estado cuenta con una ley específica de defensa del consumidor, en la que se prevé el arbitraje de consumo como mecanismo extrajudicial para resolver los conflictos de consumo⁹.

En España, el Sistema Arbitral de Consumo se encuentra regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDAC)¹⁰, que viene a reformar el anterior Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regulaba el sistema arbitral de consumo¹¹. El mismo contiene en su capítulo I, una serie de disposiciones generales relativas a su objeto, las materias objeto del arbitraje de consumo y la regulación aplicable. En el capítulo II, establece la organización del Sistema Arbitral de Consumo: Juntas Arbitrales de Consumo, Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y órganos arbitrales. En el capítulo III, regula sobre el convenio arbitral.

El capítulo IV, establece el procedimiento arbitral y finalmente el capítulo V, introduce como novedad, dos arbitrajes especiales: el arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo. Además, al arbitraje de consumo, en lo no previsto por el RDAC, le será de aplicación supletoria la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y para el arbitraje electrónico y los actos realizados a través de internet, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. La actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo, de carácter administrativo, se rige en lo no previsto por el RDAC, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 3 RDAC).

El legislador español define al arbitraje de consumo como: *“el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”* (artículo 1.2 RDAC).

Por otro lado, Portugal no contiene una ley específica de arbitraje de consumo sino que actualmente se encuentra regulado de modo general por la Ley 63/2011, de 14 de diciembre, de arbitraje voluntario¹². Cuenta con 62 artículos, distribuidos en nueve capítulos. El capítulo I, regula sobre el convenio arbitral, las medidas cautelares y también remite a las partes a lo dispuesto por los reglamentos de los Centros de Arbitraje de Conflictos de Consumo. En el Capítulo II, dedicado a los árbitros, establece los requisitos para ser árbitro, designación, recusación, honorarios, designación del árbitro sustituto, entre otros. El capítulo V, regula todo lo relativo al proceso de arbitraje. El capítulo VI, habla sobre la sentencia arbitral y la terminación del proceso. El capítulo VII, sobre la impugnación de la sentencia arbitral. El capítulo VIII, sobre la ejecución de la sentencia arbitral y por último el capítulo IX, regula lo relativo al arbitraje internacional. Además, desde el año 2011, se establece el arbitraje necesario en el ámbito de los servicios públicos esenciales en el artículo 15 de la Ley 23/96, tras la modificación efectuada por la Lei 6/2012, de 10 de marzo.

Argentina, al igual que España, cuenta con normativas específicas en materia de arbitraje de consumo: el Decreto 276/1998, del Sistema

Nacional de Arbitraje de Consumo¹³ (en adelante, Decreto del SNAC), emitido por el Poder Ejecutivo de la Nación y la Resolución 212/98, de la Secretaria de Industria, Comercio y Minería, que reglamenta su funcionamiento¹⁴ (en adelante, R 212/98), modificada por la Resolución 314/1998, de 12 de mayo. Dichas normativas, no han sido reformadas desde aquel entonces. El Decreto del SNAC, está compuesto por siete capítulos y 27 artículos, en los cuales se regula todas las cuestiones relativas al objeto, funciones del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, el tribunal arbitral, el procedimiento y la oferta pública de adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. La R 212/98, contiene 42 artículos y un anexo, donde regula sobre: el objeto, los registros y requisitos de los árbitros, el rechazo “*in limine*” de la solicitud de arbitraje, los proveedores no adheridos a la oferta pública, el arbitraje de amigables componedores, el arbitraje de derecho, el arbitraje especial para los casos de escasa cuantía, los recursos, el acuerdo arbitral y por último, sobre la exclusión o suspensión de los árbitros. Cabe decir, que Argentina es una República Federal, donde coexisten leyes de carácter nacional y leyes provinciales.

Actualmente, el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC) funciona solo a nivel nacional y tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁵. Además el SNAC, se rige en lo no previsto por las normativas específicas de arbitraje de Consumo, por las normas de procedimiento locales que regulen el juicio de amigables componedores o el arbitraje de derecho (artículo 17 del Decreto del SNAC), es decir por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

4. Materias objeto del arbitraje de consumo

En España, las cuestiones que pueden ser sometidas al arbitraje de consumo, están determinadas por el artículo 2 del RDAC, el cual establece que solo podrán ser objeto de arbitraje, los conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales, que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. A su vez, excluye del arbitraje de consumo, los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en los que existan indicios racionales de delito, además de la responsabilidad por daños y perjuicios

directamente derivados de ellos, en conformidad con lo previsto por el art. 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En Portugal, la materia objeto de arbitraje de consumo, son los conflictos derivados de las relaciones jurídicas de consumo, es decir aquellos que surjan de la prestación de bienes o servicios de los profesionales a los consumidores (art. 2 de la Ley 24/96, de 31 de julio, de Defesa do Consumidor). Se excluyen¹⁶, al igual que en España, los litigios en caso de intoxicación, lesión, muerte o cuando existan indicios de delito. También se excluye, la responsabilidad del productor derivada de productos defectuosos. A diferencia del ordenamiento español y argentino, en Portugal puede existir una limitación en razón del valor de la reclamación. Esta limitación va a depender del centro de arbitraje de consumo que lleve la causa¹⁷.

Por otro lado, Argentina en el Decreto del SNAC regula en su artículo 1, que el SNAC atenderá y resolverá con carácter vinculante y produciendo los mismos efectos de la cosa juzgada, para ambas partes, *“las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la ley 24240 y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo que definen la ley citada”*. Añade en su artículo 2 (como lo hacía el anterior RDAC español) las cuestiones que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo, tales como: las cuestiones sobre las haya recaído resolución judicial firme y definitiva, y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos; las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral; las cuestiones de las que deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor, y en las que exista presunción de la comisión de delito. Por último, las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación¹⁸.

En España solo podrán ser objeto de arbitraje, los conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales, que versen sobre materias de libre disposición de las partes

5. Organización del sistema arbitral de consumo: España, Portugal y Argentina

El sistema de arbitraje de consumo no se estructura de la misma forma en España, Portugal y Argentina. Sí se pueden diferenciar dos etapas, una destinada a la administración y gestión del arbitraje y la otra, al proceso arbitral.

En España, el sistema de arbitraje de consumo es de carácter público e institucional¹⁹. Principalmente, se estructura en las Juntas Arbitrales de Consumo (en adelante, JAC) y los Órganos arbitrales. Pero además, existen otros órganos que han sido introducidos por el RDAC, con el fin de lograr un funcionamiento integrado del Sistema Arbitral de Consumo y garantizar la seguridad de las partes, (según lo establece su Exposición de Motivos): la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (arts. 9 a 11 RDAC) y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (arts. 12 a 15 RDAC).

Las JAC, son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo, que ofrecen un servicio técnico, administrativo y de secretaria, tanto a las partes como a los árbitros, como se desprende del artículo 5 RDAC. Existen en la actualidad 72 JAC²⁰ distribuidas por todo el territorio español, una a nivel nacional – Junta Arbitral Nacional – y las demás, territoriales o sectoriales. Están compuestas por un presidente, un secretario y el personal de apoyo. En cuanto a la competencia de las JAC (art. 8 RDAC), se establece que la JAC competente para conocer de las solicitudes de arbitraje de los consumidores o usuarios, será la que ambas partes, de común acuerdo, sometan la resolución del conflicto. En caso de que no haya acuerdo, será competente la JAC en la que tenga su domicilio el consumidor. En este último caso, puede suceder que existan varias JAC, de las cuales conocerá del conflicto la de menor ámbito territorial. Si el empresario establece una limitación territorial en el ámbito de su oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, será competente la JAC a la que se haya adherido y si fuesen varias, aquella por la que opte el consumidor.

Los órganos arbitrales, son los encargados de la resolución del conflicto mediante el dictado de un laudo y son asistidos por un secretario. Pueden ser unipersonales o colegiados.

Por su parte, el sistema arbitral de consumo portugués se dice que es una institución privada a pesar de su constitución por el Consejo de Administración, Consejo Fiscal y la Asamblea General y, de recibir financiamiento, generalmente, de los Municipios, Ministerio de Economía e Innovación y del Ministerio de Justicia²¹. Se estructura básicamente en los Centros de Arbitraje de Conflictos de Consumo y el Tribunal Arbitral, generalmente compuesto por un juez designado por el Consejo Superior de la Magistratura²².

Portugal, también cuenta con un arbitraje a nivel nacional, el Centro Nacional de Información y Arbitraje de Conflictos de Consumo (CNIACC), que recibe reclamaciones de todo el país, solo a través de internet. Este centro, tiene competencia para resolver cualquier tipo de conflicto derivado de una relación jurídica de consumo, sin embargo, solo funciona en los casos en que no exista otro centro competente. Además, podemos distinguir los centros de arbitraje de consumo de competencia genérica (resuelve todo tipo de conflicto de consumo) y los de competencia específica (solo actúa en determinados conflictos de consumo). Al primer grupo, pertenecen los centros de: Algarve, Braga, Coimbra, Lisboa²³, Porto, Región autónoma de Madeira, y Vale do Ave. La competencia de estos centros, se encuentra limitada territorialmente, solo pueden actuar en el ámbito de su respectiva competencia regional, determinada en cada uno de los reglamentos²⁴. Esto es un grave problema, ya que nos encontramos en Portugal con varias regiones que no cuentan con un centro de arbitraje de consumo cercano al domicilio del consumidor. En el segundo grupo, con competencia territorial nacional, encontramos: el arbitraje de consumo del sector de automóviles (Centro de Arbitragem do Sector Automóvil – CASA) y el del sector de seguros (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros – CIMPAS).

Dichos centros de arbitraje ofrecen por un lado, un servicio de información y apoyo jurídico tanto a los consumidores como a los proveedores de bienes y servicios, de especial importancia, ya que gran parte de los conflictos se resuelven en esta etapa²⁵.

Por otro lado, intentan la resolución del conflicto mediante tres sistemas ADR: mediación, conciliación y arbitraje. Los centros están dirigidos generalmente por un director, que lleva la gestión técnica,

administrativa, financiera, de selección y formación del personal, gestión de las reclamaciones y en algunos casos, puede ser el que realice el intento de mediación o conciliación previa al juzgamiento de los árbitros²⁶, entre otras funciones.

Finalmente, en Argentina únicamente existe el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC), de ámbito nacional, con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ser esta capital de la nación. Es un sistema de carácter público e institucional. Se encuentra en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, dependiente de la Subsecretaría de Comercio Interior y esta a su vez, de la Secretaría de Comercio²⁷. La organización del SNAC se integra por: la Secretaría de Comercio (autoridad de aplicación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor), la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo y el tribunal arbitral, que puede ser conformado al igual que en España, por arbitro único (cuantía menor a 500 pesos argentinos) o por colegio arbitral (lo que sucede en la práctica).

Algunas de las funciones de la autoridad de aplicación son, disponer el funcionamiento de los tribunales arbitrales de consumo, encargarse de la financiación del SNAC, ejercer el control del SNAC y de su personal, entre otras, previstas en el artículo 4 del Decreto del SNAC.

A la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de consumo, le corresponden las funciones de superintendencia del SNAC. En su ámbito se recibirán las solicitudes de arbitraje y se realizarán todas las acciones tendientes a lograr la puesta en funcionamiento de procedimiento arbitral de consumo, como lo indica el artículo 2 de la R 212/1998. Se le otorga un amplio poder, quizás demasiado, ya que puede rechazar fundadamente las solicitudes de arbitraje que fuesen inconducentes o versaren sobre cuestiones excluidas de la materia objeto del SNAC (como las mencionadas en el art. 2 del Decreto del SNAC). Deberá notificar el rechazo, a la parte que lo solicitó y proceder al archivo de la misma (art.10 R/212). A diferencia del sistema español, el rechazo no podrá ser recurrido y dejará expedita las vías administrativa y judicial.

Como puede verse, un grave problema del SNAC es que solo se encuentra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin haberse

extendido a lo largo del territorio argentino²⁸, privando a los consumidores del resto del país, de contar con un sistema arbitral de tales características – eficaz, rápido y gratuito – cercano a su domicilio para dirimir los conflictos de consumo. A su vez, para poder resolver un conflicto mediante el SNAC, es necesario que las partes concurren de manera presencial a la audiencia arbitral, pudiendo ser representados. No se puede realizar por medios electrónicos como sucede en el caso de Portugal o España, lo que dificulta aún más la posibilidad de acceder al sistema para los consumidores argentinos que no viven en la capital. Así lo dispone el artículo 12 de la R 212/198, en su última parte: “Sin perjuicio de ello, las partes deberán concurrir personalmente en forma ineludible a las audiencias a las que se los convoque y demás actos que el Tribunal Arbitral de Consumo establezca”.

6. Convenio arbitral, ¿Es posible realizar un convenio arbitral con los consumidores antes del surgimiento del conflicto?

En España, el RDAC establece tres modos de formalizar el convenio arbitral:

- Mediante cláusula incorporada a un contrato o acuerdo independiente de las partes (24.1 RDAC).
- A través de la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo realizada por la empresa y la correspondiente solicitud del consumidor dentro de los límites de la misma (24.2 RDAC).
- Por la mera presentación de la solicitud arbitral del consumidor y su respectiva aceptación por parte de la empresa (art. 24.4 RDAC).

No obstante, mientras antes estaba permitido realizar convenios arbitrales con los consumidores antes del surgimiento del conflicto²⁹ – siempre que sean sometidos al arbitraje de consumo o a arbitrajes institucionales creados por ley para un sector específico-luego de la sanción de la DRAL, el legislador español se vio obligado a modificar el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³⁰, para adaptarse a las nuevas exigencias del artículo 10 de la DRAL³¹, el que

ahora establece: “*no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto*”.

Del mismo modo, en Portugal era posible celebrar el convenio arbitral ex ante del conflicto, según lo dispuesto por el artículo 1 y 5 de la Lei de Arbitragem voluntária. Sin embargo, con motivo de la DRAL, la Ley 144/2015 que la transpone, consagra en su art. 13, que las convenciones de arbitraje relativas a conflictos futuros, en el ámbito de una concreta relación jurídica contractual entre consumidores y prestadores de bienes y servicios, solo serán vinculantes para el agente económico, no pudiendo privar al consumidor de optar por la vía judicial. Esta postura ya se venía sosteniendo por la doctrina mayoritaria, a su vez que ya se encontraba determinado por el Decreto-lei 446/85, de 25 de octubre, sobre cláusulas contractuales generales, que en su artículo 21.h) prohíbe absolutamente las cláusulas que limiten de antemano la posibilidad de recurrir a la tutela judicial efectiva para situaciones litigiosas entre contratantes o prevean arbitrajes que no aseguren las garantías procesales prescriptas por ley³².

En el ordenamiento argentino, no encontramos una norma específica que regule sobre la validez o no de estos convenios, pero la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, se inclina por su negativa. Sobre ello, se ha dictado un reciente fallo³³ que declara la nulidad de la cláusula arbitral contenida en un boleto de compraventa de un inmueble. La Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, basó su decisión en el artículo 1651.c) del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que excluye del contrato de arbitraje las relaciones de consumo³⁴.

7. Algunas cuestiones del procedimiento arbitral de consumo

El procedimiento arbitral de consumo, tiene la característica de ser unidireccional, es decir que solo los consumidores podrán interponer una solicitud de arbitraje contra una empresa o profesional³⁵. Si la empresa se encuentra adherida al Sistema Arbitral de Consumo, mediante una oferta pública previa de adhesión, quedará formalizado el convenio arbitral, con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor. En el supuesto de que la empresa no se encuentre adherida al sistema arbitral, se le correrá traslado de la solicitud de arbitraje para su

aceptación. Si el empresario no contesta o no acepta, no se podrá realizar el arbitraje, ya que otra de las características de este medio extrajudicial de resolución de litigios es su voluntariedad. Una excepción a ello, es el arbitraje necesario de Portugal, en el que los prestadores de servicios públicos esenciales, están obligados a someterse al arbitraje de consumo, siempre que el consumidor así lo requiera.

7.1 La mediación en el procedimiento arbitral de consumo español

En España, una vez formalizado el convenio arbitral, el presidente de la junta arbitral competente deberá dictar un acuerdo expreso de iniciación del procedimiento, en el que constará, además de la admisión a trámite de la solicitud y el traslado al reclamante para que conteste y ofrezca las pruebas que estime pertinentes, la invitación a las partes para realizar una mediación previa, con la finalidad de que logren un acuerdo que ponga fin al conflicto por sí mismas (art. 37.3 RDAC).

La mediación de consumo, es entendida como un sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales, de carácter voluntario, en el que interviene un mediador – tercero profesional, imparcial, neutral e independiente – que los ayuda y orienta, para que logren un acuerdo satisfactorio que pongan fin al conflicto. Si bien son las partes las que por sí mismas deciden el acuerdo, el mediador es responsable de que este cumpla con normas de buena fe y que no sea contrario a derecho. Lo que se pretende con la mediación, es facilitar la comunicación entre las partes y contribuir a que éstas por sí mismas, encuentren la solución que mejor se adapte a sus necesidades y sea favorable para ambas. Se trata de un procedimiento sencillo, flexible y rápido.

La mediación ha sido introducida al procedimiento arbitral de consumo español, mediante el artículo 38 del RDAC³⁶, el cual establece en su primer apartado lo siguiente:

1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

Como puede verse, la mediación es voluntaria para las partes, pudiendo oponerse cualquiera de ellas a realizarla. En este sentido, el empresario que realice una oferta pública de adhesión al sistema arbitral, deberá determinar entre otras cosas, si acepta o no la mediación previa al conocimiento del conflicto por los árbitros y, en caso de guardar silencio sobre ello, se tendrá por aceptada (art. 25.1 RDAC).

Luego en su apartado segundo, indica que la mediación se registrará por la legislación que resulte de aplicación. Pero la realidad es que España no cuenta con una Ley de mediación en consumo. El legislador español se ha desentendido de su responsabilidad de legislar sobre esta materia aludiendo a que este método de resolución de litigios es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (CCAA)³⁷, y así lo expresa en la Exposición de Motivos del RDAC³⁸. Asimismo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁹ (en adelante, LMCM)⁴⁰, que podría haberse aprovechado para regular las pautas generales del procedimiento de mediación, excluye de su ámbito de aplicación, a la mediación de consumo (art. 2.2.d LMCM). Sobre ello, en su Exposición de Motivos establece: *“Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”*. Es decir que la mediación en las Juntas Arbitrales de Consumo, se está llevando a cabo sin una legislación uniforme que la reglamente. Además, en España existen otros organismos que prestan servicios de mediación (Servicios Provinciales de Consumo, Oficinas de Información al Consumidor, asociaciones de defensa del consumidor, etc.) siguiendo cada una su propio criterio, lo que genera una gran inseguridad jurídica.

Sobre el acuerdo de mediación, el artículo 38 solo establece que el secretario de la Junta Arbitral de Consumo, deberá dejar constancia de la fecha de inicio y fin de la mediación, como así también el resultado de la misma.

En el caso de que las partes logren un acuerdo a través de la mediación, se pondrá fin al conflicto y por lo tanto, al procedimiento arbitral. Es importante comentar que éste acuerdo es vinculante para las partes y están sometidas a su cumplimiento, pero si una de ellas no cumple voluntariamente, no tiene el carácter de título ejecutivo para ser

ejecutado forzosamente, lo que genera un problema a la hora de exigir su cumplimiento. Para alcanzar tal condición, las partes deberán elevar el acuerdo a escritura pública. Así lo establece el artículo 517.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁴¹, luego de la modificación efectuada por la Ley LMCM⁴²: *“Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”*. Esta es la gran diferencia con el acuerdo que se obtiene mediante conciliación frente a los órganos arbitrales, ya que aquí, de resultar el acuerdo, el árbitro dicta el laudo conciliatorio, el que si tiene fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo. Como puede verse, la validez del acuerdo de mediación en el arbitraje de consumo no está bien resuelto. Una solución podría ser que el acuerdo resultante de la mediación se incorpore al laudo arbitral, excepto que el órgano arbitral encuentre motivos para oponerse, gozando así de efecto de cosa juzgada y carácter ejecutivo, conforme lo dispuesto en el artículo 48.2 del RDAC⁴³.

En el caso de que las partes logren un acuerdo a través de la mediación, se pondrá fin al conflicto y por lo tanto, al procedimiento arbitral

Por último, la persona que actué como mediador deberá cumplir con los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad impuestos a los árbitros. Además, aquellas personas que hayan intervenido como mediadores, no podrán actuar como árbitros de la misma causa o cualquier otra que tenga relación con aquella (art. 22 RDAC).

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico portugués, no se realiza una mediación como la recientemente analizada. Lo que se realiza, es un intento de mediación o conciliación, previo al procedimiento arbitral, que será acorde a lo que establezca el reglamento de cada Centro de Arbitraje en particular. A modo de referencia, el reglamento del Centro de Información de Consumo y Arbitraje de Oporto, establece que la conciliación se llevará a cabo por el director ejecutivo del Centro de Arbitraje o por un asesor jurídico y, en el caso de alcanzar un acuerdo

entre las partes, se labrará acta que podrá ser homologado por el juez-árbitro, otorgando carácter de título ejecutivo⁴⁴.

En Argentina, las normativas de arbitraje de consumo no regulan una instancia de mediación previa al arbitraje. Solo existe la posibilidad de llegar a un acuerdo a través de la conciliación frente a los órganos arbitrales. Si las partes logran el acuerdo, se obtiene un laudo conciliatorio que será homologado por el tribunal arbitral, adquiriendo el carácter de título ejecutivo y vinculante. De hecho, es lo que sucede en la mayoría de los casos.

7.2 El arbitraje en derecho o en equidad

El RDAC establece como regla general, que el arbitraje se decidirá en equidad salvo que las partes opten expresamente por la solución en derecho (art. 33.1 RDAC). En este sentido, el empresario que emita una oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, deberá indicar si opta por el arbitraje en derecho o en equidad, y en el caso de guardar silencio, se entenderá que ha optado por la resolución en equidad (art. 25.1 RDAC). Si el empresario opta por el arbitraje en derecho, se le deberá comunicar sobre ello al consumidor, para que preste su conformidad y en caso de no estar de acuerdo, se tratará la reclamación como si fuese dirigida a una empresa no adherida (art. 33.1 RDAC).

Claro está, que los árbitros deberán decidir según su leal saber y entender, pero atendiendo a las disposiciones especiales que rigen en materia de consumo y las estipulaciones del contrato. La decisión siempre deberá ser motivada (33.2 RDAC).

En los arbitrajes que deba decidirse en derecho, el RDAC impone como obligación a los árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y las organizaciones empresariales o profesionales, que sean licenciados en derecho (art. 21.1 RDAC). Distinto es el caso del árbitro de la Administración, que deberá tener siempre la condición de licenciado en derecho, independientemente de cómo resuelva, si en equidad o en derecho (art. 17 RDAC).

El sistema arbitral de consumo argentino, siguiendo al modelo español, consagra la misma regla en el artículo 7 del Decreto del SNAC, es decir que los árbitros decidirán en equidad, salvo que las partes opten por el arbitraje en derecho y en este último caso, todos los árbitros que

conforman el tribunal arbitral de consumo deberán contar con título de abogado.

Por otro lado, en Portugal se establece la regla inversa, es decir que la solución será en derecho, salvo que las partes opten expresamente por la solución en equidad. Así lo establece la Lei da Arbitragem Voluntária en su artículo 39 y los Reglamentos de los Centros de Arbitraje de Conflictos de consumo⁴⁵.

7.3 Composición del órgano arbitral

El RDAC establece, la composición por árbitro único (figura no regulada en el anterior RDAC 636/1993) o por órganos arbitrales colegiados, en los artículos 19 y 20 respectivamente. Los árbitros serán asistidos por un secretario, que será el secretario de la Junta Arbitral de Consumo o el designado por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo.

El RDAC dispone que los órganos unipersonales o árbitros únicos intervendrán cuando: las partes así lo acuerden o cuando el presidente de la JAC así lo determine, en los casos que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje, con la salvedad de que las partes, podrán oponerse al nombramiento del árbitro único y en ese caso, se designará un tribunal arbitral colegiado. Otra particularidad, es que el árbitro unipersonal será nombrado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública, sin embargo, las partes podrán pedir, de común acuerdo, que se designe otro árbitro acreditado por razones de especialidad.

Por otro lado, los órganos colegiados, constituido por tres árbitros acreditados representantes de los diferentes sectores intervinientes, uno propuesto por la Administración, otro a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y el propuesto por las organizaciones empresariales o profesionales. Actúan en forma colegiada, en los casos que no corresponda el conocimiento del asunto por árbitro único, siendo el presidente el árbitro propuesto por la Administración pública. Sin embargo, las partes de mutuo acuerdo, podrán designar otro presidente, que no sea de la Administración, en razón de la especialidad de la cuestión o en caso que la reclamación se dirija contra una entidad pública relacionada con la Administración a la que esté adscripta la JAC.

En Argentina, también se encuentra regulada la composición tripartita del órgano arbitral (art. 5 Decreto del SNAC) y por árbitro único (art. 30 R/212), en este último caso será un “procedimiento especial” (arts. 28 a 35 R/212), solo para aquellas controversias cuyo monto sea inferior a 500 pesos argentinos. A diferencia del sistema español, las partes deberán delegar en la autoridad de aplicación (Secretaría de Comercio), el sorteo de árbitro único y aceptarán el árbitro que resulte sorteado entre los inscriptos en el Registro de Árbitros Institucionales. Los árbitros institucionales deberán contar con título de abogado y serán seleccionados entre los que desempeñen sus tareas en el ámbito de la Subsecretaría de Comercio Interior.

De manera diferente en Portugal, los Reglamentos de los Centros de Arbitraje de Consumo establecen que actuará un árbitro único en la resolución del conflicto. Por lo general, el árbitro del centro es un juez designado por el Consejo Superior de la Magistratura, pero también podrá ejercer como árbitro del centro, un profesor de derecho o un jurista de reconocido prestigio⁴⁶. Existe la posibilidad que se integre por un tribunal colegiado, si las partes así lo acuerdan, para los casos de arbitraje especializado: arbitraje de consumo del sector de automóviles (Centro de Arbitragem do Sector Automóvil – CASA) y del sector de seguros (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros – CIMPAS).

7.4 Gratuidad

Por regla general, tanto en España como en Argentina, el Sistema arbitral de Consumo es gratuito para los consumidores y empresarios, con la salvedad de las pruebas propuestas a instancia de parte, que deberán ser costeadas por la parte que la ofrezca. En relación a lo último, el artículo 45 del RDAC y en Argentina, el artículo 20 de la R/212, establecen como regla que las pruebas de oficio correrán por cuenta de la administración, las aportadas a instancia de parte deberán ser costeadas por las mismas y las comunes, por mitad. Además, en España el RDAC añade que si el órgano arbitral aprecia en el laudo mala fe o temeridad, podrá distribuir los gastos de manera distinta a la establecida, cuestión que en la práctica es muy difícil de comprobar. Sin embargo, no olvidemos que el Anteproyecto ADR español en el artículo 11 establece:

El procedimiento deberá ser, para los consumidores, gratuito o con un coste simbólico que no podrá superar la cuantía de 30€.

En Portugal, en un primer momento los centros de arbitraje de competencia genérica eran gratuitos hasta el valor de 5.000 euros. Pero recientemente, debido al creciente aumento de los procesos y la imposibilidad de hacer frente a los gastos por falta financiación, los centros de arbitraje comenzaron a cobrar tasas por la utilización de los servicios de información, mediación y arbitraje, sin embargo debido a que no existe una ley específica que regule el arbitraje de consumo o un Reglamento único, cada centro sigue sus propios criterios a la hora de establecer dichos costos⁴⁷. Cabe decir que el Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de Madeira, mantiene su gratuidad.

En los casos de arbitraje de competencia especializada, los costos se determinan de una manera diferente:

- Arbitraje de consumo en el sector de Automóviles: si las partes deciden someter el conflicto a arbitraje, deberán pagar cada una de ellas una determinada suma de dinero en función del valor de la causa. Si las partes optaren por la constitución de un tribunal colegiado, la suma a pagar se incrementará un 10%⁴⁸.

- Arbitraje de seguros: si las partes deciden someterse al arbitraje, deberán pagar el 3% del valor de la causa, con un mínimo de 60 euros y un máximo de 600 euros. En caso de realizarse una mediación previa al momento del juzgamiento por los árbitros y lograr un acuerdo, se le restituirá a cada parte, el 25% del valor del pago⁴⁹.

En todo caso, como sostiene la DRAL, los procedimientos de resolución alternativa de litigios deberán ser preferiblemente gratuitos para el consumidor o con un coste simbólico, con el objetivo principal de garantizar su acceso a estas vías y por lo tanto una efectiva protección de sus derechos.

7.5 La voluntariedad del proceso arbitral de consumo, con excepción del arbitraje necesario en el caso de los servicios públicos esenciales de Portugal

Una de las características del arbitraje, es que es un proceso voluntario en donde las partes son las que deciden someter el conflicto

ante un órgano arbitral. En el caso del arbitraje de consumo, tanto el consumidor como la empresa o profesional, deben estar de acuerdo en resolver sus diferencias mediante esta vía.

Recordemos que en España, el Tribunal Constitucional⁵⁰ se pronunció en contra del arbitraje de consumo obligatorio por sostener que atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE.

Sin entrar en detalle sobre la problemática de la voluntariedad del arbitraje, cuestión muy controvertida, queremos comentar que en Portugal el legislador ha optado por establecer el sistema arbitral obligatorio para el caso de los servicios públicos esenciales, una regulación muy acertada, ya que si los consumidores optan por este medio de resolución alternativa de litigios, podrán encontrar una solución mediante esta vía –con todas las ventajas que ello conlleva– y no se verá frustrada por la no aceptación por parte del sector empresarial.

Portugal cuenta con una ley específica, la Lei 23/96, de 26 de julio, sobre mecanismos destinados a proteger a los usuarios de servicios públicos esenciales, la cual tras ser modificada por la Lei 6/2011, de 10 de marzo, dispone en su artículo 15 lo siguiente:

Los litigios de consumo en el ámbito de los servicios públicos esenciales, estarán sujetos a arbitraje obligatorio, por opción expresa de los usuarios que sean personas físicas, siendo sometidos a la decisión de un tribunal arbitral que corresponda a los centros de arbitraje de conflictos de consumo legalmente autorizados.

Los servicios públicos esenciales en Portugal son: servicio de agua, energía eléctrica, gas natural, gas de petróleo, correo postal, comunicaciones electrónicas (teléfono fijo, móvil, internet y tv), recogida y tratamiento de aguas residuales y, recogida de residuos sólidos urbanos. De este modo, se garantiza al consumidor si así lo decide, en varios sectores de los conflictos de consumo, el acceso efectivo a un mecanismo eficaz, de bajo coste y rápido para resolver sus conflictos, del cual los empresarios no podrán eludirse.

Conclusión

Como puede observarse, el reconocimiento de los derechos de los consumidores en cuerpos normativos, no es suficiente. Es necesario la existencia de medios eficaces, transparentes, accesibles, justos, rápidos, en lo posible gratuitos, que hagan efectivos esos derechos.

Creemos que el arbitraje de consumo es uno de esos sistemas que cumple con las características enunciadas y que ha alcanzado gran desarrollo en España⁵¹, Portugal⁵² y en menor medida en Argentina⁵³ (ya que solo funciona en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), a pesar de contar con algunos problemas (voluntariedad del procedimiento, desconocimiento del sistema arbitral, falta de recursos económicos y de personal, entre otros), que con el tiempo esperamos que puedan ser resueltos.

Vemos necesario complementar el arbitraje de consumo, con otros medios consensuales de resolución de conflictos, como lo es la mediación. La experiencia ha demostrado que gran parte de los conflictos se resuelven mediante esta vía. Decimos esto porque la mediación es un medio sencillo y rápido que permite a las partes poner fin al conflicto por sí mismas, la posibilidad de mantener las relaciones contractuales en el futuro y mayores probabilidades de que el acuerdo se cumpla de manera voluntaria. Por ello creemos necesario la sanción de una ley específica en mediación de consumo que la regule, de la que carece España, Portugal y Argentina. Una ley de mediación específica en materia de consumo, ya que la relación consumidor y empresa no es igual a otra, sino que existe un desequilibrio inter partes que se debe compensar. Además, por necesidad de dar respuestas a temas específicos como la validez o no de una cláusula ex ante de mediación, valor del acuerdo, entre otras.

Por otro lado, Portugal necesita una ley específica de arbitraje de consumo, que regule de manera uniforme el procedimiento (ya vimos que cada centro de arbitraje se rige por sus propios reglamentos, siguiendo criterios diferentes), creando así una mayor seguridad jurídica. Cabe decir, que en estos momentos Portugal se encuentra a la espera de la aprobación de un Reglamento único para todos los centros de arbitraje. También es necesaria la creación de otros

centros de arbitraje en Portugal, ya que como hemos visto, los centros de competencia genérica existentes, solo tienen competencia para funcionar en el ámbito de su distrito o área metropolitana, dejando a los consumidores de otras regiones, sin centros de arbitraje para resolver sus conflictos próximos a sus domicilios, quedando solo la opción del Centro Nacional de Información y Arbitraje de Conflictos de Consumo en Lisboa (CNIACC), pero que solo funciona a través de internet.

Argentina necesita una reforma del Decreto 276/1998 que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y sus Resoluciones que regulan su funcionamiento, siendo las mismas del año 1998. A su vez, se necesita un impulso del sistema de arbitraje de consumo en el país. Extender el arbitraje en todo el territorio argentino y no solo a nivel nacional, con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, la importancia de incorporar la utilización de medios electrónicos para facilitar el acceso al sistema. En Portugal es posible realizar arbitrajes de consumo a través de videoconferencias y en España está regulado el arbitraje de consumo electrónico, aunque necesita desarrollarse aún más. A nivel europeo, también hemos visto que ya está en funcionamiento la plataforma ODR que es un gran avance en materia de protección de los consumidores, que permite resolver conflictos nacionales y transfronterizos, originados de transacciones en línea, a través de internet.

Sin duda, que para un buen funcionamiento y mejora del Sistema de Arbitraje de Consumo en general, se necesita que esté dotado de los recursos humanos, materiales y financieros adecuados, de una mayor confianza por parte del sector político, empresarial y de los mismos consumidores, mayor divulgación del sistema arbitral de consumo y de los medios RAL, la posibilidad de consultar los datos estadísticos del sistema arbitral al alcance de todos, además de brindar una información adecuada a las partes sobre el procedimiento arbitral y sus consecuencias (su carácter vinculante y ejecutivo).

Notas

- * María Constanza García Faure. Máster Universitario en Derecho de los Negocios. Doctoranda del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas Universidad de Granada, España.
- 1. Para mayor información sobre el particular arbitraje de preferentes, véase: LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la

fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n. 8182, 31 de octubre de 2013. Según los datos obtenidos de la Memoria del Instituto Nacional de Consumo de 2013, se tramitaron ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo (JNAC), alrededor de 145.000 expedientes con el objeto de resolver el problema de las participaciones preferentes emitidas por la entidad financiera Bankia. En agosto de 2013 la JNAC ya había dictado 8.000 laudos estimatorios, véase: <http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=2959>

2. A pesar de que el sistema de Arbitraje de consumo español se reguló por primera vez en 1993, el mismo ya se encontraba en funcionamiento desde 1986, fecha en la que se crearon las primeras Juntas Arbitrales de Consumo (Madrid, Valladolid y Badalona). Vid. El informe de las características esenciales del arbitraje de consumo, CECU, noviembre de 2007.
3. Una de las novedades, a diferencia de lo dispuesto por la DRAL, es que los comerciantes también podrán efectuar su reclamo, ello se desprende del artículo 4.1, letra j y k del Reglamento, siempre y cuando: “...la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa” (artículo 2.2 Reglamento ODR). La página web de la plataforma indica, que solo podrán iniciarse reclamaciones contra los consumidores en: Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia.
4. Para acceder a la plataforma europea de resolución de litigios en línea, siga el siguiente enlace: <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show>
5. Para su consulta diríjase: <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>
6. En el sitio web, se informa que tanto en España como en Alemania, Croacia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia y Rumanía, no se han notificado organismos de resolución de litigios, por lo que el consumidor no podrá utilizar la plataforma para resolver los conflictos contra empresas de esos países.
7. Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, DO L 115, de 17 de abril de 1998 y Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DO L 109 de 19 de abril de 2001.
8. Véase: artículo 51 de la Constitución Española, artículo 60 y 209.2 de la Constitución Portuguesa y artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina.
9. En la actualidad, arts. 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; art 14 de la Lei, 24/1996 de 31 de julio, de defesa do consumidor y art. 59 de la Ley 24.240 de defensa del consumidor de Argentina de 1993.
10. BOE, 25 de febrero de 2008, n. 48.

11. BOE, 21 de mayo de 1993, n. 121.
12. Lei n. 63/2011, de 14 de Dezembro, (versão actualizada), Lei da Arbitragem Voluntária. Derogala anterior Lei 31/86, de 29 de agosto, da Arbitragem Voluntária. En el mismo año se publica el Decreto-Lei n. 425/86, de 27 de diciembre, que reglamenta la creación de los centros de arbitraje institucionalizados.
13. BO, 13 de marzo de 1998.
14. BO, 31 de marzo de 1998.
15. Algunas provincias argentinas han dictado leyes en materia de arbitraje de consumo, sin embargo, el sistema arbitral de consumo no se encuentra en funcionamiento en ninguna de ellas. Podemos mencionar: Ley n. 4532 de 1998, de la provincia de Chaco, de creación del Sistema Provincial de Arbitraje de Consumo; Ley n. 8835, de 28 de marzo de 2000, Carta del Ciudadano de la Provincia de Córdoba, regula sobre el Sistema Provincial de Arbitraje de Consumo (SIPAC) en los artículos 39 a 49; Ley n. 5294, de 23 de enero de 2002, de la provincia de Jujuy, del Sistema Provincial de Arbitraje de Consumo; Ley n. 7363, de 25 de mayo de 2005, de la Provincia de Mendoza, Tribunales Arbitrales de Consumo; Ley n. 2963, de 23 de enero de 2009, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sistema Arbitral de Consumo. Véase: LAQUIDARA, J.L., “El arbitraje de consumo en Argentina. Un análisis positivo a tres lustros de su vigencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S. UNLP, n. 13, Octubre 2015, p. 112-127.
16. Véase FROTA, M., “Arbitraje de consumo en el derecho portugués”, *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada* (Dirs. Fernando E. de la Rosa y Guillermo Orozco Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 312.
17. A modo de ejemplo, el centro de arbitraje de Lisboa mantiene como valor límite para efectuar la reclamación la suma de 5.000 euros.
18. En realidad, ni el Decreto del SNAC ni las resoluciones que implementaron su funcionamiento, establecen un monto fijo mínimo o máximo para reclamar ante el SNAC. Es decir el consumidor argentino, tiene derecho a reclamar por cualquier suma dinero por más ínfima que se considere.
19. Funciona en el ámbito de las Administraciones Públicas y el Estado es el que mantiene económicamente a este organismo.
20. Una Junta Arbitral a nivel nacional, 18 Juntas Arbitrales Autonómicas, 10 provinciales, 3 de mancomunidades de municipios y 40 municipales, conforme al sitio web de AECOSAN: <http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/detalle/organos.shtml>
21. Vid., FROTA, M., “Arbitraje de consumo en el derecho portugués”, *op.cit.*, p. 308-309.
22. Sin embargo, también existe la posibilidad de que el encargado de la resolución del conflicto sea un árbitro designado por el centro. A modo de referencia, el Reglamento de Braga así lo prevé en su artículo 13.1: “O Tribunal Arbitral é constituído por um único Árbitro, designado para o processo pelo Centro de Arbitragem”.

23. El primer Centro de Arbitraje de conflictos de consumo, fue creado en 1989, en la ciudad de Lisboa.
24. A modo de referencia véase, art. 2 del Reglamento de Algarve, art. 3 del Reglamento de Braga, entre otros.
25. Como dato estadístico, el Centro de Información de Consumo y Arbitraje de Porto, ha recibido desde mayo de 1995 a diciembre de 2014, 62.681 asuntos, de los cuales el 79,49 % se resolvieron a través de la información brindada a las partes, es decir 52.211 casos. Puede verse en: <http://www.cicap.pt/cicap/estatisticas/>
26. Como lo prevé el artículo 11.1 del Reglamento de Oporto: *“Como preliminar, realizará o director-executivo ou um seu assessor jurídico uma tentativa de concertação, para que se convocarão as partes”*.
27. Puede consultarse el organigrama del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo en: www.consumidor.gob.ar
28. La Ley 26.361 (B.O 7 de abril de 2008) con el objetivo de extender el arbitraje de consumo en las demás provincias argentinas – aunque sin dar resultado –, agregó en el artículo 59 de la Ley 24.240 de defensa del consumidor, lo siguiente: *“Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”*.
29. *“Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos”* (antiguo art. 57.4 TRLGDCU).
30. Modificación hecha por el artículo único n. nueve, de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. BOE, 28 de marzo de 2014, n. 76.
31. El Derecho europeo ya venía sosteniendo esta postura en la Directiva 93/13 CE, letra q.
32. *“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”* (art. 21.h, Decreto-Lei 446/85).
33. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Blanco Rodríguez, M. de las Mercedes contra Madero Urbana S.A”, 16 de diciembre de 2015.
34. *“Controversias excluidas. Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local”* (art. 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

35. Cabe decir, que en el Centro de Arbitraje del Sector de Automóviles – CASA –, además de los consumidores, las empresas también podrán presentar reclamaciones, conforme lo previsto en el artículo 9 de su Reglamento.
36. Así mismo, el RDAC hace referencia a la mediación en otros artículos, véase: art. 6. f y k, art.22.1, art.25.1, art. 37. a y b, art. 41.2 y art. 49.
37. Las CCAA en materia de mediación en consumo, han asumido su competencia exclusiva, aunque solo se han limitado a reconocerla en sus estatutos, sin reglamentarla. La mayoría de las CCAA expresan en sus estatutos, que se debe garantizar el recurso de la mediación, impulsando su uso y conocimiento. Véase, el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares art. 30.47, el Estatuto de Autonomía para Andalucía art. 150.2 y art. 58.2.4ª, entre otros. Cabe destacar que Cataluña, ha dictado el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo.
38. *“Se aclaran, en consecuencia, cuestiones tales como las materias que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, la regulación aplicable a la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo y a los órganos a los que se encomienda la resolución del conflicto, la admisibilidad de la reconvencción en el arbitraje de consumo y el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia”* (Exposición de Motivos del RDAC).
39. BOE n. 162, de 07 de junio de 2012.
40. La LMCM se dicta con el objeto de transponer al derecho español, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva excluye expresamente la mediación en el ámbito de consumo en su considerando n. 11.
41. BOE n. 7, de 8 de enero de 2000.
42. La LMCM modifica el artículo 517.2 a través de su Disposición Final tercera, n. 15. Con tal modificación refuerza la confianza y eficacia de la mediación.
43. Sobre la validez del acuerdo de mediación en el arbitraje de consumo, véase: OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M.A., *“La mediación de consumo”*, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirs. Guillermo Orozco Pardo y José Luis Monereo Pérez), Tecnos, Madrid, 2015, p. 254-255.
44. Así lo establece en su art. 11: *“1. Como preliminar, realizará o director-executivo ou um seu assessor jurídico uma tentativa de concertação, para que se convocarão as partes. 2. Conseguida a composição, lavrar-se-á acta que, homologada pelo juiz-árbitro, constituirá título executivo. 3. Se a tentativa se frustrar, mas existir convenção de arbitragem, anterior ou posterior, iniciar-se-á a fase de arbitragem após notificação das partes. 4. O processo instruir-se-á com os elementos necessários: a identificação das partes, a indicação sumária do objecto da lide, fundamentos da pretensão e meios de prova – as documentais anexar-se-ão aos autos”*. El Reglamento de Braga regula en su artículo 9 el intento de mediación y en el artículo 11 regula la conciliación, que en este caso puede ser realizada por un árbitro, director del centro o jurista responsable.

45. A modo de referencia, el Reglamento de Oporto lo establece en su artículo 15: “O juiz-árbitro julga segundo o direito constituído, salvo se as partes, na convenção de arbitragem, o autorizarem a fazê-lo segundo a equidade”. El Reglamento de Braga, en su artículo 14.3.
46. A modo de ejemplo, véase el artículo 8.2 del Reglamento del Centro de Oporto.
47. A modo de referencia en el centro de arbitraje de Lisboa, el servicio de información y asesoramiento es gratuito, el servicio de mediación tiene un coste de 10 euros. En el arbitraje, la tasa dependerá del valor de la reclamación: hasta 200€ sin costo; de 200,01€ a 1.000,00€, tendrá un costo de 20€; de 1.000,01€ hasta 2.000,00 €, el costo será de 30€ y de 2.000,01€ hasta 5.000,00€, el costo será de 40. Las tasas pueden consultarse en el siguiente enlace: http://www.centroarbitragemlisboa.pt/sections/directo/noticias/taxa-de-utilizacao-dos1762/downloadFile/attachedFile_f0/Taxa_de_utilizacao.pdf?nocache=1427914109.03. Por otro lado el reglamento del centro de Algarve establece en su Reglamento otras tasas, ver artículo 20 y la tabla 1: http://www.consumidoronline.pt/uploads/listas_aderentes/pdf/Regulamento_Actualizado_1.pdf
48. El monto a pagar, dependiendo del valor de la reclamación, se encuentra determinado en la página del Centro de Arbitraje del Sector de Automóviles: <http://www.arbitragemauto.pt/quer-apresentar-uma-reclamacao/custos>.
49. Puede consultar la información en la página del Centro de Información, Mediación, Proveeduría y Arbitraje de Seguros (CIMPAS) en el siguiente enlace: <https://www.cimpas.pt/index.html>
50. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995.
51. Según los datos de la última memoria del Sistema Arbitral de Consumo publicada por el Instituto Nacional de Consumo (en la actualidad, AECOSAN) de 2007, todas las Juntas Arbitrales de Consumo existentes en España recibieron un total de 61.759 solicitudes de arbitraje, aumentando un 9,35% respecto al año 2006, que recibió un total de 56.476 solicitudes. De esas solicitudes, el 32,27% se resolvieron a través de laudos (se dictaron 18.653 laudos), el 20,64 % por mediación, el 27,99% fueron archivadas por no ser aceptadas por las empresas (ya que el arbitraje es voluntario para ambas partes) y el resto, han sido inadmitidas, trasladadas o archivadas por otros motivos.
52. En Portugal, a modo de referencia el Centro de Información de Consumo y Arbitraje de Oporto recibió desde mayo de 1995 a diciembre de 2014, 62.681 casos, 10.358 se resolvieron por mediación y 3.001 por tribunal arbitral. Puede consultarse en: <http://www.cicap.pt/cicap/estatisticas/>.
53. Según el Secretario del SNAC, desde 1998 hasta octubre de 2012 se tramitaron 32.500 causas, más de 8.8000 han sido resueltas a través de laudos, un 20% se han desistido por acuerdos previos a la audiencia arbitral u otros motivos y un 53% se han trasladado a las Direcciones de Defensa del Consumidor de las provincias, véase: http://www.lawyerpress.com/news/2013_11/0811_13_007.html

Referências

- CAIVANO, R.J., “El arbitraje de consumo en la Argentina”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- DE LA ROSA, F.E y OROZCO PARDO, G. (Dir.); GARRIDO CARRILLO, F. (Coord.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DE LA ROSA, F.E, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FROTA, M., “Arbitraje de consumo en el derecho portugués”, *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada* (Dir. Fernando E. de la Rosa y Guillermo Orozco Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 312.
- LAQUIDARA, J.L., “El arbitraje de consumo en Argentina. Un análisis positivo a tres lustros de su vigencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S. UNLP, n. 13, Octubre 2015, p. 112-127.
- MARQUES CEBOLA, C., “Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: Panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. II, n. 6, junio 2012.
- MARQUES CEBOLA, C., “Resolução extrajudicial de conflitos de consumo em Portugal: novas possibilidades, velhos dilemas”, *Juristas do mundo. Serie excelência Jurídica – volumen IV. Publicação oficial do XIII Encontro Internacional de Juristas*, Porto, 2016.
- OROZCO PARDO, G., MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.); GONZALEZ DE PATTO, R.M, LOZANO MARTÍN (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- PASSINHAS, S., “Alterações recentes no Âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade* (coord. Antonio Pinto Monteiro), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 de novembro de 2015.
- STIGLITZ, G, *La defensa del consumidor en Argentina*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- WAJNTRAUB, J.H., “Tribunales arbitrales de consumo”, *Justicia del consumidor. Nuevo Régimen de la Ley 26.993* (Dir. Javier H.Wajntraub), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO OU ARBITRAGEM COMO MEIOS CONSENSUAIS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

JEAN CARLOS LIMA*

Ph.D. em Direito Internacional

Doutor em Ciências Jurídicas, pós-doutor em Direito com ênfase
em negociação e mediação de conflitos

RESUMO

Este trabalho visa a apresentar alguns pontos considerados relevantes e de muita pertinência com relação à possibilidade da aplicação dos institutos da mediação e arbitragem como meios consensuais extrajudiciais eficientes e eficazes na resolução de conflitos na relação de consumo. Faz-se uma análise percuciente e acurada das vantagens e desvantagens do uso desses institutos por intermédio de pesquisa bibliográfica. Por fim, revela-se como podem ser usados os institutos em comento.

ABSTRACT

This article aims to introduce some relevant and extremely pertinent topics in relation to the possibility of application of ADR tools such as mediation and legal arbitration as consensual extrajudicial efficient and effective means to conflict resolution on the consumer relation. We made a percussive and accurate analysis on advantages and disadvantages on the use of these institutes based on bibliographic research.

1. Introdução

O mundo atual está buscando freneticamente meios alternativos adequados de resolução de conflitos extrajudiciais. Essa busca ocorre porque com o aumento populacional e a facilidade em obter informações tornou-se mais fácil lutar pelos direitos de cada um.

Evidentemente, por muitas vezes há exagero nessa luta pelo direito. Por certo, todo cidadão que tiver o seu direito violado ou vilipendiado deve procurar pela sua reparação – desde que não exceda o direito plausível. Contudo, não é isso que se tem visto na sociedade moderna. Tem-se experimentado uma avalanche de processos na esfera judicial por causa da “síndrome do mero aborrecimento”.

Nessa esteira, vê-se claramente uma banalização do direito de agir em juízo, causando uma superlotação nos tribunais de justiça com processos judiciais desnecessários. Claro que aquele que se sentir lesado em seu direito deve incessantemente rogar por justiça. Segundo preleciona Ihering,

todo aquele que ao ver seu direito torpemente desprezado e pisoteado, não sente em jogo apenas o objeto desse direito, mas também sua própria pessoa, aquele que numa situação dessas não se sente impelido a afirmar a si mesmo e ao seu bom direito, será um caso perdido, e não tenho o menor interesse em convencer um indivíduo desse tipo.

Com fulcro no tema em comento, em especial pela busca da restauração de um direito, há um ator no mundo jurídico chamado “consumidor”, que visto como hipossuficiente à luz do direito do consumidor, revela-se peça principal para criação de meios alternativos que auxiliem a justiça comum e ao mesmo tempo que sejam céleres, eficientes e eficazes para atender às necessidades daquele que compra bens ou utiliza da prestação de serviços: o consumidor.

Pelas razões enunciadas, a sociedade organizada criou mecanismos para resolução de conflitos que fossem adequados para cada disputa existente entre consumidor e fornecedor de serviço ou produto. Entre esses meios, os que se apresentaram mais usados foram: conciliação, mediação e arbitragem, muito embora existam outros instrumentos de pacificação de conflitos sociais.

2. O que é ADR?

É uma sigla da língua inglesa usada para designar *Alternative Dispute Resolution*, que em português quer dizer “Resolução Alternativa de Disputa” RAD, também conhecida como Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, representada pela sigla MASC.

No começo dos anos 1980, um advogado muito renomado nos Estados Unidos da América, chamado James Henry, desenvolveu o dispositivo do sistema *Alternative Dispute Resolution* – ADR, iniciando em 1979 com a sua empresa a *Center Public Resources*, uma associação sem fins lucrativos formada por quatrocentos juristas das mais variadas áreas do saber e das ciências jurídicas.

O *Alternative Dispute Resolution* nasceu da necessidade de acelerar as formas de resolução de disputas extrajudiciais, bem como para diminuir o número de demandas que iam, e ainda vão, para o Poder Judiciário. Porém, tendo como objetivo principal promover a paz social e o bem-estar entre os indivíduos de uma sociedade e a restituição dos laços afetivos.

Ainda pode-se dizer que uma das razões para o desenvolvimento dos ADRs é de ordem prática e conjuntural: os ADRs dão uma resposta às dificuldades de acesso à justiça com que se depara um número elevado de países. Essas dificuldades explicam-se pelo aumento dos litígios apresentados aos tribunais e pela crescente morosidade e o aumento dos custos dos processos. A quantidade, a complexidade e a tecnicidade dos textos legislativos contribuem, além disso, para tornar mais difícil o acesso à justiça.

Enquanto existe o aumento das custas judiciais e o acúmulo de serviço nos tribunais e nas cortes, os indivíduos e as empresas buscam uma resolução alternativa de disputa para resolver suas controvérsias e seus conflitos.

Os meios alternativos de resolução de disputas apresentam uma enorme variedade de técnicas, métodos e processos para solução de disputas, sobretudo, na esfera extrajudicial.

Para Helen Bendix, editor chefe da *American Bar Association* da cidade de Los Angeles, EUA, todos os procedimentos usados pelo ADR têm suas próprias características e geralmente permitem às pessoas envolvidas resolverem suas disputas de forma confidencial,

estabelecerem prazos e regras de procedimentos para regerem o processo, elegerem quem vai orientar e dirigir os trabalhos de forma neutra e minimizarem os ânimos da contenda, os custos e a possibilidade de manterem uma relação amigável após a resolução do conflito.

O crescente uso dessas técnicas, a economia de tempo e dinheiro, a ciência do tratamento e a obtenção de resultados satisfatórios têm consagrado os ADRs. No mundo inteiro este processo está ganhando força com aplicação de novas formas, fazendo mudar os paradigmas sociais de uma “cultura de confrontação” para uma “cultura de cooperação”.

Importa lembrar que os meios alternativos de resolução de disputas têm suas restrições quando da sua efetiva aplicação. Há situações em que não é possível fazer a autocomposição, tendo em vista alguns impedimentos de ordem psicológica e de autonomia da vontade. Vejamos abaixo algumas situações em que não é aplicável, digo, não é recomendável o uso dos meios alternativos de resolução de disputas:

- quando as pessoas envolvidas exigem de forma imperiosa o meio judicial;
- se as pessoas em contenda não acreditam nos meios alternativos de resolução de disputas;
- no caso de um dos envolvidos querer manter todos os direitos da disputa, ou seja, quando um não quer permitir o ganha-ganha na resolução do conflito;
- em face da existência da necessidade de uma resolução pública, para servir de exemplo para que não haja outras contendas do gênero.

3. Historiografia da mediação

Muitas pessoas acreditam que a mediação é um método de resolução de conflitos da modernidade, porém esta vem de muito tempo.

Os fenícios e os gregos que reconheciam o mediador como “proxanetas” faziam uso da mediação no comércio, e os romanos reconheceram a sua aplicação por lei. A civilização romana já admitia o uso da mediação. Chamavam os mediadores por uma variedade de nomes, a saber, *internunciatus*, *médium*, *intercessor*, *philantropus*, *interpolator*,

conciliador, interlocutor, *interpretes* e mediador. Frequentemente os romanos usavam a mediação para solucionar os seus conflitos e introduziram-na em sua lei que iniciou com o *Digesto* de Justiniano de 530-533.

O mestre Confúcio já ensinava que a melhor forma de resolver um conflito era por meio do acordo em vez da coação. Nas comunidades do Japão e da África os membros mais respeitados ajudavam as pessoas a resolverem os seus conflitos.

O processo de mediação, também, foi largamente empregado em diversos seguimentos religiosos. No Judaísmo foi de grande importância. A cultura Islâmica tem uma longa tradição no uso da mediação e da conciliação como forma preferencial de resolução de disputa. Durante a idade média, o clero cristão costumeiramente mediava os conflitos.

Mediação é um meio alternativo de resolução de disputa

A palavra mediação é de origem da língua latina – vem do verbo “*mediare*” que significa etimologicamente “dividir em partes iguais”.

Os estudiosos da mediação ao redor do mundo veem este meio alternativo de resolução de disputas, geralmente, segundo a sua ótica, baseados em suas experiências pessoais ou alicerçados pelos resultados obtidos por intermédio de pesquisas de campo e experimentos.

Mediação é um meio alternativo de resolução de disputa, preferencialmente privado, em que duas ou mais pessoas que estão vivendo um conflito buscam uma pessoa neutra e imparcial, de sua confiança, capaz perante a legislação de seu país, e que, sobretudo, seja qualificada profissionalmente para facilitar a comunicação entre elas.

Para Worchel e Lundgren: “*La mediación implica con frecuencia la actuación de una tercera parte como simplificador en el proceso de negociación.*”¹

Nas palavras de Duffy: “*Es la intervención en un conflicto de una tercera parte neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver su disputas.*”²

Ainda sobre mediação, assevera Malhadas:

Em síntese, a mediação surge como método mais adequado para a abordagem de conflitos, em que os elementos de natureza emocional envolvidos podem e devem ser considerados na busca das melhores alternativas pelas partes, que assumem a responsabilidade pelo acordo.

Segundo o professor de mediação irlandês Frank Hanna:

A mediação é um processo conduzido por uma pessoa neutra e inteiramente independente cujo trabalho consiste em assistir as pessoas envolvidas a encontrarem um denominador comum para suas desavenças e ajudar a estas pessoas a entenderem os seus reais interesses, e para dirimir opiniões desnecessárias e difíceis assumidas por elas.

Em tempo, é importante trazer à baila que há um consenso entre os doutrinadores de que a mediação é um ato voluntário, no qual as pessoas que a buscam têm total liberdade e controle sobre o processo.

4. Mediação versus conciliação

São inúmeros os debates concernentes à diferença entre mediação e conciliação. Até hoje há muita divergência e ainda não se chegou a um consenso.

Os dois processos guardam entre si similaridades. Tanto na conciliação como na mediação existe a presença de um terceiro imparcial que não tem poderes para decidir a solução do conflito.

A principal diferença entre a mediação e a conciliação é o fato de os conciliadores possuírem conhecimento jurídico. O conciliador pode fazer sugestões para as partes (assim são chamadas as pessoas envolvidas que participam da sessão de conciliação judicial) chegarem a um acordo, ao mesmo tempo pode aconselhar sobre como obter uma solução para a disputa. Os conciliadores podem, também, usar suas estratégias para encorajar as partes a alcançarem um acordo, até mesmo por meio do fatídico “convencimento”, ou muitas vezes por intermédio da opressão e da coação moral, condutas que eu repudio.

Uma característica marcante no Brasil é que os conciliadores geralmente atuam na justiça comum, devem ter formação jurídica para que em certas situações possam oferecer informações legais às partes.

Verônica Cezar-Ferreira ensina:

A conciliação é intermediada por um terceiro imparcial e é mais indicada quando aplicada a conflitos que não envolvem relacionamento que se precisa ou se pretende continuar, como de família ou de sócios comerciais.

O processo é puramente de facilitação da comunicação das pessoas que estão em conflito: o mediador não tem o papel de conselheiro. Ao invés disso, o mediador procura ajudar os mediados a desenvolverem uma compreensão do conflito, e trabalha, sobretudo, para construir uma resolução prática e duradoura em que o foco é a solução da disputa sem mágoas e que o acordo seja na base do “ganha-ganha”. A diferença mais acentuada entre a conciliação e a mediação é que na mediação a terceira pessoa deve ser além de imparcial, neutra, e o processo é voluntário.

Vale lembrar os ensinamentos de Cohn e Neyhart sobre mediação e o seu valor. Os autores fazem uma advertência muito pertinente quando dizem que, para que *“la mediación se utilice ampliamente, el público en general necesita ser instruido acerca de ella y de su valor. Convencer a la gente de que la mediación es importante y debe utilizarse no es una tarea fácil.”*

Para Folger e Bush a mediação é um processo que permite que as partes em conflito ajam com maior grau de autodeterminação e responsividade em relação aos outros, ao mesmo tempo em que exploram soluções para questões específicas.

Os dois processos, conciliação e mediação, servem para identificar o porquê do conflito e criar opções de solução que possam contribuir para as partes em disputa chegarem a uma resolução satisfatória mútua. Ambos os métodos oferecem procedimentos flexíveis pautados na igualdade das partes e baseados em princípios, enquanto a disputa na justiça comum, normalmente, é favorável à parte com maior poder de argumentação e, por vezes, com maior poder econômico.

5. Mediação na atualidade

A mediação ocorre quando duas ou mais pessoas envolvidas em uma disputa recorrem a uma terceira pessoa, qualificada profissionalmente, neutra e imparcial, para orientá-los a chegarem, voluntariamente, igualmente e sozinhos a um entendimento. Este entendimento denomina-se resolução do conflito ou acordo, no qual elas, as pessoas que estão vivendo o conflito, têm total controle sobre o processo para pôr fim à disputa. É considerada uma técnica ou método multidisciplinar, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução aceitável e amigável para ambos.

A mediação tem desempenhado um importante papel na sociedade organizada em relação à resolução pacífica de conflito e é usada em praticamente todos os tipos de disputas de interesse.

Sobre a evolução da mediação nos dias de hoje Debora Kolb assinala: “Uma das razões da crescente popularidade da mediação é que muitas pessoas creem que ela promete ser um método, mais satisfatório e harmonioso, mais eficiente e quem sabe menos demorado para que a sociedade aborde os seus conflitos.”

6. Características e benefícios da mediação

Todo meio alternativo de resolução de disputa tem as suas características, até mesmo para se diferenciar de cada procedimento no momento de sua aplicação.

A mediação traz em seu conteúdo algumas especificidades, conforme demonstramos a seguir:

- procedimento próprio – técnicas próprias e organização lógica de suas etapas;
- voluntariedade dos disputantes – construção em conjunto da melhor solução para a disputa; não rivalidade;
- controle dos mediandos sobre o processo – são os mediandos que orientam o andamento do processo;
- informalidade e simplicidade – não existe a formalidade que há no procedimento judicial;

- confidencialidade – é a principal característica, pois os temas só ficam entre os participantes e o mediador;
- autoridade dos mediandos – poder de decisão sobre as questões em disputa;
- consensual – não há decisão imposta aos mediandos;
- baixo custo – as despesas com uma mediação são bem menores do que despesas processuais da justiça comum;
- celeridade – na justiça os conflitos podem levar anos para serem resolvidos;
- autocomposição – os mediandos são responsáveis por chegarem ao acordo, sem que haja opinião de qualquer pessoa;
- não obrigatoriedade de chegar a um acordo – os mediandos não são obrigados a entrar em acordo;
- diminuição de desgaste emocional – pela celeridade e a possibilidade da resolução pacífica há uma minimização das emoções;
- favorece acordos em que todos ganham;
- preserva a integridade física, moral, social, econômica e sociológica dos mediandos.

7. Vantagens e desvantagens da mediação

Como vimos, as características e benefícios da mediação estão plenamente estabelecidos. Entretanto, cabe lembrar de que nem tudo é feito de benefícios.

Pode-se perguntar: quais são as desvantagens da mediação? Cooley faz um quadro bastante interessante em relação às vantagens e as desvantagens dos processos de mediação, arbitragem e julgamento por tribunal. Reproduziremos a seguir este quadro, porém vamos demonstrar apenas os casos concernentes à mediação e o julgamento por tribunal da justiça estatal.

Como vantagens no julgamento por tribunal pode-se elencar os seguintes elementos:

- (i) foro público;
- (ii) as partes neutras são responsabilizáveis;
- (iii) já está institucionalizado (o juiz é escolhido pelo Estado);

- (iv) há regras quanto à prova;
- (v) tem efeito inibidor;
- (vi) anuncia e aplica normas públicas;
- (vii) independência;
- (viii) as decisões são recorríveis, entre outras.

Nessa toada, pode-se enumerar como vantagens no processo de mediação:

- (i) privacidade;
- (ii) os mediandos controlam o foro;
- (iii) os mediandos escolhem o mediador por ser uma pessoa de confiança das partes;
- (iv) reflete as preocupações e as prioridades das disputas;
- (v) flexível;
- (vi) o processo ensina aos contendores;
- (vii) alto grau de cumprimento das decisões e apresenta-se com um baixo custo.

Já no quesito desvantagens tem-se, no julgamento por tribunal:

- (i) não há controle sobre a escolha dos juízes;
- (ii) falta de especialização substantiva ou técnica em muitos casos;
- (iii) exige advogados;
- (iv) é demorado;
- (v) polariza, perturba a vida das partes;
- (vi) gama limitada de medidas corretivas (recursos);
- (vii) na sua maioria é muito caro.

Na esteira da mediação tem-se por desvantagens:

- (i) o mediador não tem poder para impor acertos ou acordos;
- (ii) não tem força para obrigar a participar;
- (iii) uma parte poderosa pode influenciar o resultado;
- (iv) falta-lhe o caráter obrigatório do cumprimento das decisões;
- (v) não aplica ou desenvolve normas ou padrões públicos;
- (vi) não há salvaguardas de devido processo.

O maior mérito do processo de mediação é a igualdade que existe entre as partes, o que nos remete aos ensinamentos de Hobbes, quando afirma: *“São iguais os que podem fazer coisas iguais um ao outro; e os que podem fazer coisas maiores (matar), podem fazer coisas iguais. Todos os homens são, portanto, iguais entre si por natureza.”*

A mediação é regida pelo princípio da confidencialidade, uma vez que as informações são de conhecimento apenas dos mediandos e do mediador. Nesse diapasão é de todo oportuno prelecionar que este é o elemento que mais atrai as pessoas para usar a mediação. *The Green Book* que versa sobre os Meios Alternativos de Resolução de Litígios em Matéria Civil e Comercial, assinado em Bruxelas, em 19 de abril de 2002, no art. 79, disciplina a matéria de confidencialidade na mediação, conforme está descrito no texto abaixo:

79. Na maior parte dos casos, as partes que recorrem aos ADR fazem questão em que as informações trocadas no processo, oralmente ou por escrito, e por vezes mesmo os próprios resultados do processo, se mantenham confidenciais. A confidencialidade parece ser a garantia do sucesso dos ADR porque contribui para assegurar a abertura das partes e sinceridade das comunicações durante o processo. Além disso, é conveniente impedir o desvio dos ADR e permitir que a parte que produziu um documento ou apresentou uma prova durante o processo possa utilizá-los no processo que poderá seguir em caso de fracasso do processo de ADR. A confidencialidade impõe-se tanto às partes como aos terceiros.

Primeiramente vale salientar que a confidencialidade deve ser de obrigação dos mediandos, uma vez que são eles os mais interessados em manter sigilo sobre o que foi falado na sessão de mediação. Já prevendo essa obrigação, o Livro Verde também disciplina o assunto. Vejamos os textos a seguir:

Art. 80. A obrigação de confidencialidade compromete em primeiro lugar às partes. As informações que tiverem sido trocadas entre as partes durante o processo não deverão ser aceitas como meios de prova em um processo judicial ou arbitral posterior, podendo, porém, ser previsto um determinado número de exceções. Deste modo, as partes podem decidir de comum acordo que a totalidade ou parte do processo não seja confidencial. Uma parte pode divulgar tal ou tal aspecto do processo de ADR se a tal for obrigada por força de um direito aplicável. Por último, uma parte pode divulgar o acordo pondo termo ao deferido entre as partes se tal for necessário para a aplicação ou a execução deste acordo.

Art. 81. A obrigação de confidencialidade compete, sobretudo, ao terceiro. Sempre que em contatos bilaterais (procedimento designado “caucus”) uma das partes comunica ao terceiro determinadas informações, e este não poderá revelar essas informações à outra parte. Além disso, esta obrigação de confidencialidade permite definir melhor o papel do terceiro durante o processo a fim de garantir a sua equidade. Sempre que o terceiro for obrigado a tomar parte ativa na busca de uma solução para litígio, deverá necessariamente respeitar o princípio do debate contraditório e utilizar o poder de ouvir separadamente as partes com a única finalidade de permitir o acordo. A possibilidade de ouvir confidencialmente uma ou outra parte deverá ser excluída se o terceiro tiver que tomar uma decisão ou formular uma recomendação no final do processo de ADR. A recomendação da Comissão de 04 de abril de 2001, acima referida (no *caput* deste), prevê, no capítulo “Equidade” que se em qualquer fase a terceira parte sugerir soluções para a solução do litígio, cada parte deverá desfrutar da possibilidade de expressar a sua opinião e tecer comentários relativamente a qualquer argumento, informação ou prova apresentado pela outra parte.

Art. 82. Em princípio, o terceiro não poderá ser citado como testemunha, nem intervir como árbitro no âmbito do mesmo litígio se o ADR tiver falhado, dado que o mesmo terceiro pôde durante o processo ter acesso a informações que um árbitro não teria necessariamente podido obter. A obrigação de confidencialidade do terceiro pode, porém, ser excluída se as partes no processo de ADR autorizarem que o mesmo revele determinadas informações protegidas se o terceiro, sujeito por razões profissionais ao sigilo, for obrigado a revelar determinadas informações, por força do direito aplicável.

Cumprе ressaltar que no processo de mediação em que alguém cede o seu direito para o outro, isso não quer dizer que este perdeu o seu direito, mas houve um consenso. Ainda citando Hobbes: *“Para ter transferência de direito, não basta apenas a vontade do que cede: também é necessária a vontade do que recebe.”*

8. Historiografia da arbitragem

Conta a mitologia que um grande casamento ocorreu no Olimpo, e todos os deuses compareceram, mas apenas uma deusa, Éris, não foi convidada. Mesmo sem ser convidada, Éris chegou à festa na hora exata quando todos os convidados sentavam-se à mesa para saborear o banquete dos deuses. Então, Éris realizou sua vingança pela desconsideração. Atirou uma maçã de ouro na qual estava gravada a seguinte frase “para a mais bela”, e as mais belas deusas, Pallas Athena (conhecida apenas por Athenas), Hera (Juno para os romanos) e Vênus (Afrodite para os gregos), reivindicaram para si a maçã de ouro. Portanto, estava criado o primeiro conflito, uma disputa entre as deusas para saber quem era realmente a mais bela.

Então, de forma autônoma, elegeram Júpiter para decidir com quem ficaria o prêmio; sendo assim, temos o primeiro árbitro. Porém, Júpiter não aceitou a incumbência e a transferiu para um mortal, que era conhecido por saber apreciar a beleza feminina, digo, as mulheres bonitas. Este homem chamava-se Páris, que era pastor de ovelhas e ao mesmo tempo príncipe de Tróia, por ser filho de Príamo, rei de Tróia. É interessante que nessa época já se podia vislumbrar a intenção perversa do ser humano em querer corromper o outro, pois cada deusa, buscando subornar Páris para ser eleita, prometeu-lhe riquezas e vitórias. Contudo, Vênus foi a mais experta e garantiu-lhe que se casaria com uma mulher linda chamada Helena. Sem pensar duas vezes, Páris elegeu Vênus (Afrodite) como a mais bela das três deusas, despertando assim a ira de Athena e Hera, que enviaram os exércitos gregos para destruir Tróia.

Também, com o uso do instituto da arbitragem podemos citar as práticas da arbitragem comercial entre gregos e fenícios, bem como o juiz itinerante ateniense Peisistratus.

Cabe, aqui, lembrar dos cinco juízes de Esparta que determinaram a posse da ilha de Salamis para Athenas e não para Megara, e Themístocles, quando o fez para Leucas na desavença entre Corinto e Corcyra. Todos esses acontecimentos marcaram o uso do instituto da arbitragem na esfera internacional, em tempos muito antes da globalização. Um dos mais famosos particulares que desempenharam a

função de árbitro foi Quintiliano, gramático que fora muito solicitado para resolver controvérsias como árbitro.

A arbitragem sempre fez parte da história da humanidade por ser uma forma de resolução de conflitos que reúne alguns elementos básicos para pôr fim a uma contenda: simplicidade, ciência e imparcialidade. Sempre levou em consideração a opinião do povo, respeitando os costumes de cada etnia.

Efetivamente, diante de todos os fatos demonstrados, não se pode dizer que a arbitragem é um instituto novo e que precisa de tempo para se consagrar e trazer confiança e segurança à sociedade. Há muito tempo foi usada como forma autônoma de resolução pacífica de disputa entre nações, instituições e pessoas. Certamente, não obstante o fato de ser uma forma autônoma de resolução de conflitos, esta não corre à revelia do Estado.

O instituto da arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antigas na história do direito. Foi uma das primeiras na solução de conflitos sem o recurso da força e da violência.

É sabido que a justiça privada autônoma foi utilizada na Babilônia 3.000 anos a.C., na Grécia e em Roma. É no direito romano que se pode ver as origens genuínas da arbitragem.

O juízo arbitral mereceu disposição expressa no *Digesto* (Liv. IV Tít. 8; Cód. Liv. II, Tít. 55) sob a epígrafe “De receptis”, bem como no direito justiniano em idade pós-clássica com o Pacto de Compromisso, sendo este de muita influência e valor, pois com a assunção do compromisso encerrava a disputa, conforme constava no *digesto* 4.8.1, escrito em língua latina, da seguinte forma: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad niendas lites pertinet* (tradução livre: um compromisso é igual a um julgamento da corte e estabelece o fim de uma disputa).

Naquele período, o poder do juiz ordinário emanava do papa, e o dos árbitros das partes que os constituíam como tal. Ou seja, existiam os juízes e os árbitros.

A arbitragem
reúne alguns
elementos básicos
para pôr fim a
uma contenda:
simplicidade,
ciência e
imparcialidade

O juízo arbitral é tão importante que Platão, em *De legibus*, nos livros 6 e 12, cita-o usando as expressões a seguir e que demonstram claramente o seu valor para o mestre:

Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo.

Antigamente, antes da existência do Estado, os homens resolviam as suas disputas usando a força. A tutela dos seus direitos era garantida por atos de violência, coação, intimidação, imposição. Tais atos receberam o nome, à época, de “autotutela” (autodefesa), pois a justiça era feita pelas próprias mãos.

A tutela dos direitos é originária dos povos primitivos, do instinto humano de preservação e da concepção individualista do justo e injusto, do certo e do errado.

Com o passar dos tempos e com a evolução social, o homem começou a transferir o direito de sua defesa a terceiro. Os árbitros tinham a missão de decidir a qual das partes envolvidas em uma disputa pertencia o melhor direito, surgindo, então, o instituto da arbitragem em sociedade. Já não mais existia a lei do “dente por dente, olho por olho, mão por mão”.

A arbitragem desenvolveu-se da seguinte forma:

- autotutela (autodefesa) – forma de resolução de disputa em que a defesa é feita pela própria parte, por meio da força individual ou de um grupo.

- autocomposição facultativa – também denominada de “arbitramento facultativo”, era usada pelos indivíduos quando se viam diante de uma controvérsia. Estes procuravam fazer um acordo com a parte estipulando uma indenização e, em alguns casos, iam em busca de pessoas idôneas e de confiança de ambas para auxiliá-la.

- arbitramento obrigatório – caracterizado pela determinação do Estado, o qual impunha a sentença quando as partes não indicavam árbitros de sua escolha para dirimir as controvérsias. O Estado passa, num determinado instante, a assegurar a execução forçada da sentença caso o devedor não cumprisse o que foi acordado.

– justiça pública – caracterizada pela solução de conflitos por meio do poder estatal, inclusive com execução forçada da sentença, se necessário.

As Leis das XII Tábuas, em 455 a.C., fizeram com que o processo se tornasse bipartido, como se segue:

– *Primeira fase: in iure* (pela lei) – ocorria perante um tribunal, com a presença de um pretor (juiz), fixando-se os pontos de controvérsias.

– *Segunda fase: apud iudicem* (juiz popular) – ocorria na presença de um cidadão privado, idôneo, que analisava as controvérsias da disputa.

A prática de solução de controvérsias era um procedimento usado pelo privado e, somente com a expansão do Império Romano, passou-se a conhecer a jurisdição pública estatal.

Portanto, conclui-se que a arbitragem, como jurisdição privada, teve sua origem muito antes da jurisdição estatal.

A solução de conflitos de interesses pela arbitragem sempre, de alguma forma, esteve presente na sociedade humana, fosse pelo processo *legis actiones* (ações das leis) ou pelo processo *per formulas* (processo formulário), que desde 754 a.C. já era adotado em Roma.

Na Grécia, entretanto, o costume era que as funções do árbitro se dividissem em duas fases, para que no futuro não houvesse dúvidas de que tudo foi feito para se alcançar um acordo, e que no caso da necessidade de proferir uma sentença, esta fosse justa. Tais fases são:

a. *Tentativa de conciliação* – processo em que o árbitro procurava resolver o litígio com a aproximação das partes e a composição deste; e

b. *Arbitral* – em que a sentença era proferida.

Arbitragem é um processo alternativo de resolução de disputa em que um ou mais terceiros, imparciais, escolhidos voluntariamente e de comum acordo pelas partes envolvidas em um conflito de interesse, põem fim a disputa por meio de uma sentença arbitral com valor de título executivo judicial, da qual não cabe recurso, no caso do Brasil.

Marcada por seu caráter de heteronímia, compete salientar que a arbitragem nunca poderá, nem tampouco deverá, ser confundida com o processo de mediação ou conciliação, muito embora sejam os dois resolvidos pela intermediação. Na arbitragem, há um árbitro ou juiz arbitral, legitimado pelas partes, que decide qual é a melhor solução

para a disputa, e não são as partes que chegam ao acordo por si só, exceto quando o caso versa sobre a homologação de um acordo pelo juízo arbitral.

A United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional Comercial), órgão criado em 1966, pela Resolução 2.205 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo fim é contribuir para o desenvolvimento e a uniformização do direito internacional privado, constituiu dois instrumentos de grande valia para inserção e promoção do direito arbitral em todo o mundo:

- 1) *The Model Law* (a Lei Modelo), que serve como inspiração para as demais leis sobre arbitragem, e o
- 2) Regulamento Modelo de Arbitragem, que serve e funciona como uma norma padrão para criação de regulamentos de outras entidades de arbitragem na área de direito arbitral internacional.

Está cravado na Lei Modelo da UNCITRAL, especificamente no artigo 2, que versa sobre de definições e regras de interpretação que *“arbitragem é qualquer arbitragem, seja ou não administrada por uma instituição arbitral permanente”*.

Para a American Arbitration Association (Associação Americana de Arbitragem), um dos maiores institutos de arbitragem no mundo, *“arbitragem é a submissão de uma disputa a uma ou mais pessoas imparciais para proferir uma decisão final e obrigatória denominada de sentença”*.

No entendimento de Cooley e Lubet (2003, p. 2), *“arbitragem pode ser definida como um processo em que uma ou mais pessoas neutras (uma terceira parte desinteressada/imparcial) toma uma decisão após ouvir argumentos e revisar evidências”*.

Steven Bennett (2002, p. 4) descreve arbitragem como sendo *“um meio alternativo de resolução de disputas que inclui uma série de procedimentos para solução privada do conflito”*.

É de grande valia trazer à baila o entendimento de Garcez (2007, p. 29) ao asseverar:

Arbitragem é uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que possam ser valoradas economicamente, em que as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – árbitro ou os árbitros –, as quais têm poderes para assim decidir pelas partes, por delegação expressa destas, por meio de uma convenção privada, sem terem sido investidos nessas funções pelo Estado.

9. Vantagens da arbitragem

Existem várias razões pelas quais se pode dizer que a arbitragem tem muitas vantagens. Para fins de conhecimento, e até mesmo de estudos, passa-se a enumerar a seguir as vantagens da arbitragem, em comparação ao processo na justiça comum, isto é, no poder judiciário estatal. Os pontos elencados consistem em apenas uma amostra, podendo ser acrescentados outros que o leitor entenda ser vantagem no processo de arbitragem:

- Solução mais célere; todavia, podem existir exceções dependendo do número de pessoas envolvidas na disputa, número de árbitros, de advogados e das estratégias para pôr fim ao conflito.
- Baixo custo; no entanto, podem existir exceções dependendo do número de pessoas envolvidas na disputa, número de árbitros, de advogados e das estratégias para por fim ao conflito.
- Não se aplicam as regras de exclusões de prova; tudo pode vir como prova, o tanto quanto se faça necessário.
- Não há audiência pública.
- Confidencialidade do processo, bem como a confidencialidade do árbitro e das partes.
- Do ponto de vista de defesa, há menos exposições às punições danosas e não há júri.
- Menos formalidade.
- Menos adversarial do que a justiça comum.
- O árbitro é uma pessoa de confiança das partes.

10. Desvantagens da arbitragem

Nem tudo é feito de vantagens! Como em qualquer ato humano as desvantagens existem e devem ser consideradas como elementos importantes que servem de parâmetro para escolha da arbitragem em comparação à justiça estatal.

São elas:

- A parte que perder não pode recorrer da sentença do árbitro.
- Pode não ser nem tão célere nem tão barata, principalmente quando há um tribunal arbitral formado por vários árbitros.
- A decisão do árbitro pode ser baseada apenas no princípio da equidade e da justiça, sem levar em consideração a lei e as evidências.
- A falta de qualificação do árbitro em alguns casos, a não ser que o compromisso arbitral determine pessoa qualificada para julgar o caso.

11. Mediação na relação de consumo

É sabido que na relação de consumo existe a característica da hipossuficiência por parte do consumidor. Essa hipossuficiência está relacionada à incapacidade deste concernente ao conhecimento técnico do produto adquirido ou do serviço prestado, e está preconizada no inciso I do art. 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)

I – *reconhecimento da vulnerabilidade* do consumidor no mercado de consumo; (grifo meu)

Contudo, cumpre ressaltar que o fato de o consumidor, em sua maioria, não ter conhecimento técnico específico não impossibilita a busca da resolução da disputa por meio da mediação de conflitos ou outro meio de resolução extrajudicial, seja ele autônomo ou heterônomo. Ainda nessa esteira, pergunta-se: Quem é consumidor? Segundo Comparato, citado por Jorge Pinheiro:

Es aquel que no disponen del control sobre los bienes de producción y, por consiguiente, se deben someter al poder de los titulares de estos, luego consumidor, es pues, de modo general, aquel que se somete al poder de control de los titulares de los bienes de producción, esto es, a los empresarios.

Com fulcro no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”.

Ademais, cumpre trazer a lume que o uso do instituto da mediação de conflitos não quer dizer a renúncia de um direito, mas antes de tudo a prevalência do direito à autonomia da vontade preconizada pela Escola Francesa, por meio do seu criador, Charles Dumoulin.

A mediação de conflitos, conforme já comentado em parágrafos anteriores, é uma forma de empoderamento da sociedade de poder escolher a forma pela qual deseja resolver o conflito que está vivenciando. Portanto, não seria demais aplicar essa autonomia para uso do instituto na relação de consumo, até porque nessa relação reside um interesse de continuidade.

Nessa toada, é oportuno mencionar a orientação abraçada pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro – NCPCB, Lei 13.105/15, no parágrafo 3º do art. 165, com relação à aplicação da mediação de conflitos:

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que *houver vínculo anterior entre as partes*, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifo meu)

Resta nítido que na relação de consumo, em sua maioria, há um vínculo anterior, seja de forma direta ou indireta, o que significa que neste caso não seria aconselhável o uso do instituto da conciliação, pois esta deve ser empregada, preferencialmente, para situações em que não houve um vínculo anterior conforme dicção do parágrafo 2º do diploma retromencionado, *in verbis*:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que *não houver vínculo anterior* entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (grifo meu)

12. A obrigatoriedade da mediação

Muito se tem falado que o processo de mediação deve ser obrigatório. Ora, não é cabível que um procedimento voluntário e totalmente voltado para autonomia da vontade das partes seja imposto. Não se deve, nem se pode, obrigar uma pessoa a entrar em acordo com outra pessoa. Deve-se orientar, demonstrar as vantagens em resolver conflitos de forma consensual, mas não obrigar.

Nesse diapasão, é de todo oportuno trazer à baila a Lei 9.099/90, que versa sobre os juizados especiais cíveis e criminais brasileiros, que veio com o objetivo de desafogar o Judiciário, apresentando a conciliação como um procedimento obrigatório. Não houve cumprimento do que preconiza a lei, pois os autores responsáveis por fazer dar certo não desempenharam os seus papéis como deveriam. O que se vê é uma lei sem nenhuma função e desacreditada, sobretudo no que se refere ao instituto da conciliação.

13. Arbitragem na relação de consumo

Este tema ainda está muito controverso e polêmico, uma vez que tem suscitado diversos debates – prefiro chamar debate, ao invés de discussão, pois o que se tem observado é que vários estudiosos querem,

por meio de argumentos sólidos mas não válidos, impor seus pontos de vista, suas percepções.

Notadamente, a resolução de conflitos na relação de consumo por meio da arbitragem gera muito *frenesie*, principalmente em países onde não há respeito pela dignidade da pessoa humana, e que esta apenas reside no papel, mas não na prática. Escudado no que foi dissertado ao longo desse trabalho, não se olvida da fragilidade do consumidor na aquisição de um produto ou de um serviço, contudo não se pode deixar de lembrar que a autonomia da vontade é soberana, e não se pode tolher a decisão de um cidadão sobre aquilo que quer fazer com relação à resolução de seus conflitos, mesmo aqueles advindos da relação consumerista.

No Brasil, a Lei de Arbitragem, Lei 9.307/96, estabelece que no contrato de adesão, este entendido como o contrato no qual o aderente não tem o direito de fazê-lo em conjunto com o contratante, deve haver a inserção da *convenção arbitral*, que é a convenção pela qual as partes, nesse caso o consumidor e o fornecedor de serviço ou produto, decidem que qualquer litígio emanado da relação contratual assumida por eles deverá e será resolvida por meio do juízo arbitral por mais privilegiado que seja outro, conforme dicção do art. 3º, *litteris*:

As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

No caso da inserção dessa convenção de arbitragem no contrato de adesão, esta apenas será válida se, e só se, o consumidor tiver a iniciativa de inseri-la, conforme se depreende do § 2º do art. 3º do diploma legal em comento:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, *desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.*

Além de se estabelecer como se dá a inserção da convenção arbitral no contrato de adesão, ainda determina como esta deve ser feita, conforme se lê dos grifos no parágrafo 2º, retromencionado.

Ainda como forma de assegurar esse direito, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e nula de pleno direito a cláusula contratual que traga em seu escopo a obrigatoriedade da arbitragem para resolução de conflitos na relação de consumo conforme preconizado no inciso VII do art. 51 desse código, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Contudo, *a contrario sensu*, se o consumidor tomar a decisão de inserir a cláusula compromissória, esta será permitida, desde que esteja em consonância com os ditames da lei.

Resta nítido, mais uma vez, que o legislador afirma ser a autonomia da vontade o bem maior na relação de consumo, outorgando ao consumidor o poder, o empoderamento, de decidir como quer resolver os seus conflitos.

No Brasil tentou o legislador estabelecer essa autonomia da vontade por meio da lei, quando da reforma da Lei de Arbitragem, que se deu por meio da Lei 13.129/15. No entanto, foi vetado o disposto que previa a arbitragem nos contratos de adesão, mesmo que não houvesse o consentimento do consumidor. Acredita-se que esse fato ocorreu tendo em vista a hipossuficiência da parte consumidora.

14. Considerações finais

Com vistas ao contexto da resolução de conflitos extrajudiciais, bem como judiciais, examinou-se a importância e a carência dos meios alternativos de resolução de conflitos – ADRs, para que o consumidor exerça o seu direito de autonomia da vontade, com meios que sejam dotados de procedimentos que garantam voluntariedade, confidencialidade, imparcialidade ou neutralidade, especialização

técnica, baixo custo, empoderamento, informalidade, quando necessária, sendo, portanto, os institutos da mediação e da arbitragem meios consensuais adequados para atender as necessidades da sociedade quando da busca pela resolução de suas disputas.

Restou nítido que tanto a mediação como a arbitragem são instrumentos alternativos eficientes e eficazes pelas suas vantagens.

Os institutos em comento possuem características confiáveis, que prezam pela celeridade, sigilo e baixo custo na resolução dos litígios, cujo objetivo é empoderar a sociedade, também podendo servir, secundariamente, para auxiliar no desentupimento de processos no Poder Judiciário.

Ficou demonstrado, também, que o instituto da mediação de conflitos desempenha o papel, a depender do modelo aplicado, de pacificador social, implantando dessa forma a cultura da paz social no contexto da sociedade.

Cumpra salientar, ainda, que nem a mediação nem tampouco a arbitragem têm como fim alijar o Poder Judiciário da apreciação à lesão de um direito do cidadão. Muito pelo contrário, têm em seu bojo o firme propósito de garantir mais justiça e celeridade na resolução dos conflitos na relação do direito do consumidor, outorgando-lhe o poder de decidir de que forma quer dirimir as suas disputas.

Por derradeiro, importa compreender que os institutos da mediação e da arbitragem são instrumentos valiosos para pacificação social, necessitando apenas mais divulgação no seio da sociedade sobre as suas vantagens. Não basta somente divulgar os benefícios dos institutos em tela; há que, sobretudo, criar programas de reengenharia de educação da sociedade com o fim de desacelerar a cultura do litígio, reprogramando a mente humana para busca da cultura da harmonia social na resolução de suas desavenças.

Notas

- * Jean Carlos Lima. Ph.D. em Direito Internacional, Doutor em Ciências Jurídicas, pós-doutor em Direito com Ênfase em negociação e mediação de conflitos. Professor titular do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO – campus Recife. Professor da Trinity College, Seychells. Presidente do IBRAMAC – Instituto Brasileiro de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Vice-presidente da Global Mediators Netwoking. Membro do Comitê Científico da Revista ADR NEWS e da Revista PeaceMaker.

1. WORCHEL, Stephen y Lundgren, Sharon. La Naturaleza y la Resolución Del Conicto. In *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós, 1996.
2. DUFFY, Karen Grover. Introducción a los programas de Medicación Comunitaria: Pasado, presente y futuro. In *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 38.

Referências

- BUSH, Robert. A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation: the transformative approach to conflict*. rev. San Francisco: Jossey-Boss, 2005.
- Código de Processo Civil e normas correlatas* [livro eletrônico]. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- COHN, Ellen S, Neyhart Mae Lynn. Factores que in uyen en la aceptación pública de la mediación. In *La Mediación y sus contextos de aplicación*.
- COOLEY, John W. *Advocacia na mediação*. Trad. René Locan. Brasília: UNB, 2002.
- DUFFY, Karen Grover. Introducción a los programas de Medicación Comunitaria: Pasado, presente y futuro. In *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós, 1996.
- ENCINA, Gregório Billikopf. *Helping People Resolving Differences*. Empowering Stakeholders. University Of Califórnia.
- JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KARAMBAYYA, Rekha; BRETT, Jeanne M. El tercero Gerente. Estrategias, proceso y consecuencias de la intervención. In: *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*. Org. Joseph P. Folger e Tricia S. Jones. Tradução de Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- LIMA, Jean Carlos. *Curso de arbitragem: teoria e prática*. O Manual do Árbitro. Com a teoria dos jogos de John von Neumann. 5. ed. Adsumus: Recife, 2016.
- _____. Jean Carlos. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. 5. ed. Adsumus: Recife, 2016.
- PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. *Protección del consumidor en Argentina y Brasil*. Buenos Aires. Editorial JAMP, 2005.
- WORCHEL, Stephen; LUNDGREN, Sharon. La Naturaleza y la Resolución Del Con icto. In *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

REGULAMENTO DE EXECUÇÃO (UE) 2015/1051 DA COMISSÃO

DE 1º DE JULHO DE 2015

EXCERTOS

“A fim de assegurar o bom funcionamento da plataforma de RLL, é necessário estabelecer a forma como a parte requerida deve ser informada de que foi apresentada uma queixa através da plataforma RLL”

“O formulário eletrónico de queixa a apresentar à plataforma de RLL deve estar acessível aos consumidores e comerciantes em todas as línguas oficiais das instituições da União”

“As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL devem comunicar à mesma, sem demora após a conclusão do litígio, a data de conclusão do procedimento de RAL, bem como o respetivo resultado”

“Os pontos de contacto de RLL devem proporcionar, o melhor que puderem, apoio no âmbito da resolução de litígios relacionados com queixas apresentadas através da plataforma de RLL”

REGULAMENTO DE EXECUÇÃO (UE) 2015/1051
DA COMISSÃO
de 1º de julho de 2015

relativo às modalidades do exercício das funções da plataforma de resolução de litígios em linha, do formulário eletrónico de queixa e da cooperação entre os pontos de contacto previstas no Regulamento (UE) n. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução de litígios de consumo em linha

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

Tendo em conta o Regulamento (UE) n. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)⁽¹⁾, nomeadamente o artigo 5º, n. 7, o artigo 7º, n. 7, e o artigo 8º, n. 4,

Após consulta da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados,

Considerando o seguinte:

(1) O Regulamento (UE) n. 524/2013 prevê a criação de uma plataforma de resolução de litígios em linha à escala da União (plataforma de RLL). Esta plataforma deve ter a forma de um sítio web interativo e multilíngue, constituindo um ponto de entrada único para os consumidores e os comerciantes que pretendam resolver extrajudicialmente litígios relativos a obrigações contratuais decorrentes de contratos de venda e prestação de serviços celebrados em linha.

(2) O artigo 8º, n. 1, do Regulamento (UE) n. 524/2013 prevê que o formulário eletrónico de queixa seja de fácil utilização. Por conseguinte, os autores de queixas devem ter a possibilidade de preencher um projeto de formulário eletrónico de queixa antes de apresentarem a queixa. Importa assegurar que os projetos que não sejam apresentados pelo autor da queixa sejam automaticamente apagados da plataforma de RLL após um período de tempo adequado.

(3) A fim de assegurar o bom funcionamento da plataforma de RLL, é necessário estabelecer a forma como a parte requerida deve ser informada de que foi apresentada uma queixa através da plataforma RLL, bem como quais as informações do formulário eletrónico que devem ser utilizadas para facilitar a identificação das entidades de resolução alternativa de litígios competentes (entidades de RAL).

(4) Para o mesmo efeito e a fim de assegurar uma aplicação coerente do Regulamento (UE) n. 524/2013, é necessário clarificar em que momento as entidades de RAL devem fornecer informações relativas à resolução de um litígio à plataforma de RLL.

(5) É necessário estabelecer a data de conclusão de certos tipos de litígios relativamente aos quais a queixa não possa ser tratada, a fim de garantir que os dados pessoais relacionados com esses litígios possam ser apagados o mais tardar seis meses após essa data. Nestes incluem-se litígios em que as partes não cheguem a acordo sobre uma entidade de RAL devido à falta de resposta da parte requerida ou em que uma entidade de RAL recuse tratar um litígio.

(6) As autoridades nacionais competentes devem notificar à Comissão e atualizar a lista das entidades nacionais de RAL de modo uniforme, a fim de racionalizar o registo destas entidades na plataforma de RLL, em conformidade com o Regulamento (UE) n. 524/2013.

(7) É conveniente determinar em que momento as partes num litígio tratado através da plataforma de RLL podem transmitir o seu ponto de vista sobre o funcionamento da plataforma e sobre a entidade de RAL que tratou o litígio.

(8) O Regulamento (UE) n. 524/2013 prevê a designação de um ponto de contacto de RLL em cada Estado-Membro para prestar assistência às partes num litígio e às entidades de RAL que tratem um litígio através da plataforma de RLL. A fim de facilitar a cooperação entre os pontos de contacto de RLL, é conveniente definir um conjunto de princípios comuns subjacentes a essa cooperação.

(9) As medidas previstas no presente regulamento estão em conformidade com o parecer do comité de resolução de litígios em linha instituído ao abrigo do artigo 16º, n. 1, do Regulamento (UE) n. 524/2013,

ADOTOU O PRESENTE REGULAMENTO:

Artigo 1º

Objeto

O presente regulamento estabelece as modalidades de execução relativas:

- a) Ao formulário eletrónico de queixa;
- b) Ao exercício das funções da plataforma de RLL;
- c) À cooperação entre os pontos de contacto de RLL.

Artigo 2º

Formulário eletrónico de queixa

O formulário eletrónico de queixa a apresentar à plataforma de RLL deve estar acessível aos consumidores e comerciantes em todas as línguas oficiais

das instituições da União. O autor da queixa deve ter a possibilidade de guardar um projeto do formulário eletrónico de queixa na plataforma de RLL. O autor da queixa deve ter a possibilidade de aceder ao projeto e de o editar antes de apresentar a versão final do formulário eletrónico de queixa totalmente preenchido. Os projetos de formulário eletrónico de queixa que não estejam totalmente preenchidos e não sejam apresentados devem ser automaticamente apagados da plataforma de RLL seis meses após a sua criação.

Artigo 3º

Informação da parte requerida

Após receção do formulário eletrónico de queixa totalmente preenchido, a plataforma de RLL deve enviar uma mensagem eletrónica normalizada para o endereço eletrónico da parte requerida que foi indicado no formulário pelo autor da queixa, informando-a de que foi apresentada uma queixa contra si e dando acesso às informações referidas no artigo 9º, n. 3, do Regulamento (UE) n. 524/2013.

Artigo 4º

Identificação da entidade de resolução alternativa de litígios (RAL)

1. No caso de não ser identificada uma entidade de RAL competente no formulário eletrónico de queixa, a plataforma de RLL deve apresentar à parte requerida uma lista indicativa de entidades de RAL, a fim de facilitar a identificação da entidade de RAL competente. Esta lista deve basear-se nos seguintes critérios:

- a) Os endereços geográficos das partes no litígio, como indicados no formulário eletrónico de queixa, em conformidade com o anexo do Regulamento (UE) n. 524/2013 e;
- b) O domínio a que o litígio diz respeito.

2. As partes devem ter acesso, em qualquer momento, à lista de todas as entidades de RAL registadas na plataforma de RLL, em conformidade com o artigo 5º, n. 6, do Regulamento (UE) n. 524/2013. As partes podem recorrer a uma ferramenta de pesquisa, disponível na plataforma de RLL, para identificar, entre as entidades de RAL registadas na plataforma, a entidade de RAL competente para tratar o litígio.

Artigo 5º

Informações a fornecer pelas entidades de RAL

1. As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL e que tenham aceitado tratar um litígio devem, sem demora após receção do processo completo de queixa relativo a esse litígio, comunicar à plataforma de RLL a data de receção do mesmo e o objeto do litígio.

2. A data de receção do processo completo de queixa marca o início do período de 90 dias referido no artigo 8º, alínea e), da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁽²⁾.

3. As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL e que se recusem a tratar um litígio devem comunicar a recusa à plataforma de RLL sem demora após terem tomado essa decisão, em conformidade com o artigo 5º, n. 4, da Diretiva 2013/11/UE.

4. As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL devem comunicar à mesma, sem demora após a conclusão do litígio, a data de conclusão do procedimento de RAL, bem como o respetivo resultado. Tal inclui a situação em que ambas ou uma das partes se retira do procedimento, em conformidade com o artigo 9º, n. 2, alínea a), da Diretiva 2013/11/UE.

Artigo 6º

Conclusão de certos litígios e apagamento de dados pessoais

1. Os litígios apresentados através da plataforma de RLL não são tratados, em especial quando:

- a) A parte requerida declarar não estar disposta a recorrer a uma entidade de RAL;
- b) As partes não chegarem a acordo sobre uma entidade de RAL para tratar o litígio no prazo de 30 dias após a apresentação do formulário eletrónico de queixa;

c) A entidade de RAL acordada pelas partes se recusar a tratar o litígio, e são considerados concluídos. A data da ocorrência de qualquer um dos eventos referidos nas alíneas a) a c) é a data de conclusão do litígio.

2. Os dados pessoais relativos aos litígios referidos no n. 1, alíneas a) a c), devem ser apagados da plataforma o mais tardar seis meses após a sua conclusão.

Artigo 7º

Notificação eletrónica da lista de entidades de RAL

1. Para notificarem a lista de entidades de RAL referidas no artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2013/11/UE, as autoridades competentes definidas no artigo 4º, n. 1, alínea i), da Diretiva 2013/11/UE devem utilizar um formulário eletrónico normalizado disponibilizado pela Comissão.

2. O formulário eletrónico normalizado preenchido deve incluir as informações referidas no artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2013/11/UE, bem como as informações sobre a duração média da tramitação do procedimento de RAL, tal como previsto no artigo 9º, n. 5, alínea d), do Regulamento (UE) n. 524/2013 e no artigo 19º, n. 1, alínea e), da Diretiva 2013/11/UE.

Artigo 8º

Sistema de retorno de informação

A plataforma de RLL dá às partes num litígio a possibilidade de exprimirem os seus pontos de vista, nos termos do artigo 5º, n. 4, alínea g), do Regulamento (UE) n. 524/2013, após a conclusão do procedimento de RAL e durante os seis meses subsequentes.

Artigo 9º

Cooperação entre pontos de contacto de RLL

1. Os pontos de contacto de RLL devem proporcionar, o melhor que puderem, apoio no âmbito da resolução de litígios relacionados com queixas apresentadas através da plataforma de RLL, como previsto no artigo 7º, n. 2, do Regulamento (UE) n. 524/2013.

2. Os conselheiros de RLL devem, sem demora, prestar auxílio e proceder ao intercâmbio de informações com conselheiros dos outros pontos de contacto de RLL, a fim de facilitarem o desempenho das suas funções referidas no artigo 7º, n. 2, do Regulamento (UE) n. 524/2013.

3. Qualquer conselheiro de RLL que tenha acesso a informações relativas a um litígio, incluindo dados pessoais, deve conceder acesso a essas informações aos conselheiros dos outros pontos de contacto de RLL, desde que tal seja necessário para o desempenho das funções referidas no artigo 7º, n. 2, do Regulamento (UE) n. 524/2013.

Artigo 10º

Entrada em vigor

O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas, em 1 de julho de 2015.

Pela Comissão
O Presidente
Jean-Claude JUNCKER

(1) JO L 165 de 18.6.2013, p. 1.

(2) Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) (JO L 165 de 18.6.2013, p. 63).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

**Sentença do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo
do Porto (30.05.2015)**

Juiz-árbitro: Paulo Duarte

**Sentença do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo
do Porto (16.03.2015)**

Juiz-árbitro: Paulo Duarte

EXCERTOS

Do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo do Porto (30.05.2015)

“Trata-se de um caso típico de uma acção de simples apreciação negativa em que o demandado pede que o autor seja condenado ao cumprimento da obrigação cuja inexistência este pretende ver declarada”

“O direito do distribuidor de energia eléctrica ao recebimento da tarifa de uso da rede não é um efeito (nem depende) da prática de um qualquer facto ilícito; é, diversamente, um dos principais efeitos jurídico-obrigacionais do contrato de uso de rede”

“O proprietário da energia que circula na rede é o comercializador (ou, eventualmente, o produtor)”

Do Tribunal Arbitral de Conflitos de Consumo do Porto (16.03.2015)

“Numa primeira leitura da enumeração legal das taxas que estão ao alcance do poder tributário das autarquias locais, salta logo à vista a ausência de uma qualquer menção à possibilidade de cobrança de uma prestação pecuniária correspondente aos custos de instalação dos ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais”

“Impor a um particular, ainda que se trate do proprietário do prédio a ligar ao sistema público de saneamento, a exigência de pagar totalmente a despesa de construção do ramal de ligação é, pois, impor-lhe a exigência de financiar, especifica e individualizadamente, um elemento integrante de uma infra-estrutura pública, que serve, em geral, toda a comunidade municipal”

SENTENÇA DO TRIBUNAL ARBITRAL DE CONFLITOS DE CONSUMO DO PORTO

Processo n. «««

Requerente: «««

Requeridas: «««

1. Relatório

1.1 A requerente, referindo que a requerida lhe solicita o “pagamento adicional” da quantia de € 425,40, que corresponderia a “alegados acertos de consumo”, referentes ao período entre 27/12/2011 e 18/08/2013, devido a alegada manipulação do contador, que estaria “sem chantes”, pede, impugnando o “quantitativo” exigido e invocando, de todo o modo, a prescrição da dívida de que a requerida se arroga sujeito activo, que se declare a inexistência desta.

1.2 São os seguintes os factos essenciais alegados pelo requerente:

a) a requerente celebrou com a «««.SA, em 2011, contrato de fornecimento de energia eléctrica, para o imóvel situado na Rua «««;

b) desde essa altura, até à data de apresentação do requerimento inicial, a requerente tem procedido ao pagamento integral das facturas emitidas pela «««;

c) com data de 19/09/2013, a requerida enviou uma carta à requerente, na qual lhe exige o “pagamento adicional de € 425,40, referente a “alegados acertos de consumo”, referentes ao período entre 27/12/2011 e 18/08/2013.

1.3 A requerida apresentou contestação escrita. Alega que, por oca-

sião de vistoria técnica, realizada em 19/08/2013, verificou que o contador “estava desselado na tampa superior de relojoaria e na tampa de bornes”, estando ainda “aberto o condutor de fase”, isto é “desconectado do contador”. Por causa disso, acrescenta a requerida, o contador apresentava a mesma leitura havia pelo menos 12 meses, não havendo “medição nem registo de consumos”: entre 26/12/2011 e 18/09/2013, “a leitura dos consumos” manteve-se inalterada, em 40 043KWh.

Depois de afirmar a sua pretensão ao pagamento do valor correspondente aos “encargos de uso de rede”, termina a requerida, pedindo, em reconvenção, que a requerente seja condenada a pagar-lhe a quantia de € 425,40, acrescida de juros de mora.

2. O objecto do litígio

O objecto do litígio (ou o *thema decidendum*)¹ corporiza-se na questão de saber se assiste ou não à requerida o direito de crédito que invoca contra o requerente. Trata-se de um caso típico de uma acção de simples apreciação negativa em que o demandado pede que o autor seja condenado ao cumprimento da obrigação cuja inexistência este pretende ver declarada.

3. Admissibilidade do pedido reconvenicional

Segundo o n. 4 do art. 33º da Lei da Arbitragem Voluntária (aplicável à arbitragem necessária por força do art. 1085º do CPC), “o demandado pode

deduzir reconvenção, desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem”.

No caso dos autos, não há convenção de arbitragem, fundando-se a competência do tribunal arbitral na norma legal que impõe a “necessidade” da arbitragem. Sendo assim, a reconvenção é admissível “desde que o seu objecto seja abrangido” pela norma que determina a arbitragem. Trata-se de aplicar, no âmbito da arbitragem necessária, o mesmo “pensamento normativo” que subjaz à arbitragem voluntária: o critério determinante da admissibilidade da reconvenção é o da inclusão do seu objecto (o objecto do litígio subjacente à demanda reconvenicional) no âmbito da competência do tribunal arbitral (o qual deve ser apurado por via da interpretação da norma atributiva dessa competência – seja a “norma contratual” estabelecida na convenção arbitral, no caso da arbitragem voluntária, seja a “norma legal” que imponha a arbitragem, no caso em que esta é necessária).

Segundo o n. 1 do art. 15º da Lei n. 23/96, de 26/07/96, “*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*”.

De acordo com o preceito, o âmbito material da competência do “tribunal arbitral necessário” circuns-

creve-se aos litígios que satisfaçam, cumulativa e sucessivamente, três critérios identificadores: deve, em primeiro lugar, tratar-se de litígios referentes a “*serviços públicos essenciais*”; importa, em segundo lugar, que sejam *litígios de “consumo”*; e é indispensável, por fim, que a submissão do litígio à jurisdição arbitral resulte de uma opção expressa do utente “*pessoa singular*”.

No caso dos autos, não há nenhuma dúvida de que o objecto do litígio inerente ao pedido reconvenicional satisfaz estes três critérios. Mais do que isso, pode mesmo dizer-se, dada a estrutura processual da acção (acção de simples apreciação negativa) que o objecto do litígio pressuposto no pedido principal é exactamente o mesmo que é inerente ao pedido reconvenicional: o direito que a requerente nega (o direito de crédito cuja inexistência quer ver reconhecida) é aquele que a requerida afirma.

A reconvenção é, portanto, admissível².

4. As questões de direito a solucionar

Considerando o objecto do litígio, o pedido deduzido pela requerente e a contestação da requerida, há duas questões a resolver, subsidiariamente ordenadas: a questão de saber se, admitindo a sua existência, se extinguiu, pelo decurso do tempo (prescrição ou caducidade), o direito que a requerida invoca; a questão de saber se se verificam os respectivos pressupostos constitutivos.

5. Fundamentos da sentença

5.1 Os factos

5.1.1 Factos admitidos por acordo

Com relevo para a decisão da causa, consideram-se admitidos por acordo os seguintes factos:

a) a requerida exerce, em regime de concessão de serviço público, a actividade de distribuição de energia eléctrica em alta, em média e em baixa tensão (artigos 1.º do requerimento inicial e da contestação);

b) a requerente celebrou com a «», em Dezembro de 2011, contrato de fornecimento de energia eléctrica, para o imóvel situado na Rua «» (artigos 2.º do requerimento inicial e 24 da contestação);

c) até à data de apresentação do requerimento inicial, o requerente tem procedido ao pagamento integral das facturas emitidas pela «» – facto alegado pelo requerente (artigo 4.º do requerimento inicial) e não impugnado pela requerida.

5.1.2 Factos provados

Julgo provados os seguintes factos:

a) em 19/08/2013, o contador instalado no imóvel situado na Rua «», estava desselado na tampa superior de relojoaria e na tampa de bornes, estando ainda aberto o condutor de fase, isto é desconectado do contador – facto que julgo provado com base no documento de fls 28 e nos depoimentos prestados por «» e «» (funcionários da empresa «» subcontratada pela requerida), que realizaram a vistoria e elaboraram o auto correspondente

(documento de fls. 36), mostrando conhecimento pormenorizado e circunstanciado dos aspectos essenciais de tal diligência;

b) entre 26/12/2011 e 18/08/2013, o contador instalado no imóvel situado na Rua «», registou, sem qualquer alteração, o valor de 40 043KWh – facto que julgo provado com base nos documentos de fls. 7 a 10 e 39;

c) com data de 19/09/2013, a requerida enviou uma carta à requerente, que a recebeu, na qual lhe exige o pagamento € 425,40, valor que atribui aos “prejuízos apurados”, em relação a “uma acção ilícita destinada a falsear o funcionamento normal do equipamento de contagem” – facto que julgo provado com base nos documentos de fls. 4 e 5;

d) o último período de facturação em que houve diferença entre o consumo de energia eléctrica no prédio referido em b) e o valor registado no contador terminou em 18/08/2013 – facto que julgo provado com base nos documentos de fls. 7 a 10;

e) a requerente pagou, até ao fim de Setembro de 2013, a factura referente ao período de consumo de energia eléctrica terminado em 18/08/2013 – sendo obrigatória a periodicidade mensal da facturação (art. 9.º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais) e sabendo-se, da experiência quotidiana, que as facturas se vencem, em regra, dentro do mês seguinte à sua emissão e que, por outro lado, a requerente pagou todas as facturas emitidas pelo comercializador (ver lista dos factos admitidos por acordo), pode concluir-

-se (arts. 349º e 351º do Código Civil) que a requerente pagou a factura relativa àquele período de consumo até do fim de Outubro de 2013.

5.1.3 Factos não provados

a) Julgo não provado o facto de ter sido a requerente a desselar o contador de energia eléctrica – facto cuja alegação, pela requerida, parece estar implícita na afirmação de que, segundo o art. 1º/2 do Decreto-Lei n. 328/90, de 22 de Outubro, a “prática fraudulenta” de violação do contador se “presume imputável ao consumidor” (artigo 63 da contestação). A requerida, de resto, não indicou nenhum meio de prova que tivesse tal facto por objecto. É certo que o legislador estabelece a presunção invocada pela requerida. Como acontece com qualquer presunção (art. 349º do Código Civil), a prova inferencial (por meio, precisamente, da inferência, do desconhecido a partir do conhecido, em que consiste a presunção) do facto presumido depende da prova do facto indiciário. Segundo a estrutura da norma do art. 1º/2 do Decreto-Lei n. 328/90, o facto indiciário consiste na detecção do “procedimento fraudulento (...) no **recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia eléctrica**”. A requerida, em bom rigor, não alegou este facto, não tendo, por isso mesmo, desenvolvido nenhuma actividade probatória destinada a demonstrá-lo. Não estando, por conseguinte, provado o facto indiciário, não pode julgar-se, por via presuntiva, provado o facto legalmente presumido.

b) Julgo não provado o facto, alegado pela requerida, de a requerente, enquanto moradora e utilizadora da habitação (Rua «««), ter usufruído e beneficiado da energia eléctrica “retirada da rede”.

Os depoimentos da representante da requerente («««) e da testemunha ««« (filha da requerente) – depoimentos consistentes e espontâneos (e coincidentes) – permitem concluir que a requerente não habitava (nem habita) no referido prédio da Rua «««. Segundo ambos os relatos, a testemunha «««, tendo-se constituído fiadora do proprietário do imóvel em causa («««), para garantia de empréstimo bancário destinado à sua aquisição, acabou por ter de substituí-lo no cumprimento das obrigações perante o banco financiador. Coincidem também ambos os depoimentos na confirmação de que a justificação de ter sido a requerente a celebrar o contrato de fornecimento de energia eléctrica relativo ao imóvel situado na Rua «««, reside no facto de esta ter entretanto beneficiado de “uma promessa de venda com procuração” outorgada pelo devedor afiançado pela filha (o tal «««). Deste modo, crendo nos mesmos depoimentos, a requerente pôde arrendar (sem que haja “contrato escrito”) o imóvel à mãe da representante da requerente («««, entretanto falecida), que então vivia com um outro filho («««, irmão da representante da requerente, pessoa muito doente), assim gerando um rendimento para financiar o “pagamento da fiança” ao banco.

Independentemente da prova (que, nalguns casos teria de ser documental) de todos os factos mencionados pelas depoentes, a narração factual comum a ambos os depoimentos permite, no que interessa aos autos (em que tais factos apenas relevam instrumental-probatoriamente), captar uma “situação de vida” em que avulta o facto de não ser a requerente a habitar o imóvel onde se encontrava o contador violado, mas (agora apenas) o irmão da representante dela³.

5.2 Resolução das questões de direito

5.2.1 A questão da prescrição

5.2.1.1 Dentro do universo das excepções, mas distinguindo-se dos factos impeditivos, modificativos e extintivos, destacam-se os chamados “factos preclusivos” (de que são exemplos paradigmáticos a prescrição e a caducidade), “cujo efeito é o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando averiguar da sua existência (...)”. Invocada a caducidade, o direito a ela sujeito não pode mais ser exercido, o que torna inútil a discussão sobre a sua existência anterior” e determina a “prioridade lógica” do seu conhecimento na sentença⁴.

Importa, pois, começar pela apreciação da questão da prescrição suscitada pelo requerente, que invoca o n. 1 do art. 10º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n. 23/96, de 26 de Julho).

Na norma do art. 10º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, o legislador prevê dois mecanismos extintivos

dos direitos de crédito do prestador do serviço (ou do fornecedor do bem – como sucede no caso da electricidade): a prescrição; e a caducidade.

São diversos os âmbitos de aplicação de cada uma daquelas hipóteses extintivas: a *prescrição* refere-se ao crédito (dir-se-ia *originário*) que tem por objecto o preço correspondente ao serviço prestado ou ao bem fornecido; a *caducidade* refere-se ao crédito (dir-se-ia *derivado* ou *secundário*) que tem por objecto a *diferença* entre o *valor já pago* pelo utente e o valor correspondente ao serviço realmente usado ou à quantidade do bem realmente consumido – situação que ocorre, tipicamente (mas não exclusivamente – o legislador usa a expressão “qualquer motivo” para, com largueza, identificar as hipóteses originadoras do “crédito à diferença”), quando a facturação se baseia em estimativas de consumo ou quando a medição registada pelo contador, devido a avaria ou a violação da sua integridade, não reflecte a quantidade do consumo real.

Por serem diversos os âmbitos de aplicação de cada uma daquelas hipóteses extintivas, são distintos, também, os momentos iniciais (*dies a quo*) de contagem dos prazos que ambas pressupõem: enquanto que o prazo de *prescrição* começa a contar a partir da prestação do serviço (ou fornecimento do bem), o prazo de caducidade inicia-se no momento do “pagamento inicial” (art. 10º/4 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais).

No caso dos autos, o crédito de que a requerida se arroga titular (cuja

inexistência a requerente pretende que seja declarada) tem por objecto os “encargos de uso de redes associados à quantidade de energia eléctrica ilicitamente consumida em virtude da manipulação do contador”, cuja expressão pecuniária corresponde à diferença entre, por um lado, os montantes anteriormente pagos pela requerente, correspondentes aos “encargos de uso das redes” [no caso, terá pago o equivalente a zero – ver alínea b) do ponto 5.1.2.], ao comercializador, que emitia as suas facturas com base nas leituras do contador viciado, e, por outro lado, os que teria pago se se considerasse a quantidade de energia realmente consumida.

É seguro, portanto, que o crédito invocado pela requerida não está sujeito a prescrição.

Está sujeito, isso sim, a caducidade (questão de que se tratará no ponto seguinte). É certo que não se trata de uma diferença relativa ao “preço” da energia eléctrica consumida propriamente dito (a chamada “tarifa de energia”); trata-se, diversamente, de uma diferença que tem por objecto a tarifa de uso da rede de distribuição (arts. 27º e 74º do Regulamento Tarifário).

Creio, todavia, que o art. 10º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais (que abrange todos os “serviços essenciais”, e não apenas o fornecimento de electricidade) se aplica a todas as diferenças susceptíveis de se reflectirem na factura a pagar pelo consumidor; ou, pelo menos, a todas as diferenças que, não tendo por objecto as quantidades consumidas, variam em função

delas (como sucede com as diferenças relativas à tarifa de uso das redes de distribuição). A razão de ser da solução legislativa é, precisamente, a de sujeitar a um prazo de caducidade curto o direito à diferença em relação aos montantes liquidados nas facturas apresentadas aos consumidores – pois que são esses montantes que são pagos (e o pagamento do valor facturado é, como se viu já, o *dies a quo* do prazo de caducidade). O facto de o legislador se referir ao “consumo efectuado” explica-se pelo facto de, em regra, ser essa a grandeza que determina o montante facturado. No caso da energia eléctrica, o funcionamento do princípio da aditividade tarifária (art. 20º/12 do Regulamento Tarifário) acaba por determinar que a factura apresentada ao consumidor final possa reflectir, para além do preço da energia consumida, em sentido próprio, o valor das chamadas “tarifas de acesso”, que incluem as tarifas de uso das redes e a “tarifa de uso global do sistema” (art. 22º do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico).

5.2.1.2 Não estando sujeito a prescrição (mas a caducidade), o crédito da requerida não cabe, naturalmente, na previsão do art. 498º do Código Civil. A idêntica conclusão se chegaria mesmo que o legislador não adoptasse, expressamente, a solução da caducidade. A violação da integridade do contador, constituindo a lesão de um bem objecto de um direito absoluto (o direito de propriedade), localiza-se no núcleo central da “situação de responsabilidade” delitual prevista na

primeira parte do art. 483º/1 do Código Civil. A propriedade, assim como os direitos absolutos de aproveitamento económico exclusivo e os direitos de personalidade, estão, como é sabido, no cerne da protecção delitual-civil (a chamada responsabilidade civil “extra-contratual”). As despesas necessárias à remoção da lesão infligida a um bem delitualmente protegido constituem, decerto, danos cujo ressarcimento é imposto pela norma do art. 483º/1 do Código Civil.

O mesmo não pode dizer-se do direito (“original”) ao recebimento do valor “real” da tarifa de uso da rede de distribuição de electricidade, calculado com base na quantidade de energia realmente consumida, que se projecta no direito (“derivado”) à diferença entre, por um lado, o montante recebido e, por outro lado, o montante efectivamente a receber, em conformidade com o consumo real de electricidade. O facto constitutivo deste direito não é a prática de um qualquer facto ilícito (muito menos, a violação da integridade do contador). O facto radicalmente constitutivo deste *direito* (o direito à tarifa de acesso calculada com base no consumo real de energia) é o contrato de uso da rede que liga o distribuidor ao comercializador (art. 70º do Regulamento das Relações Comerciais) – dependendo a *quantificação da prestação* do consumo real de energia. O direito à tarifa de uso da rede consiste, precisamente, num dos efeitos jurídicos principais deste contrato⁵.

Insiste-se: o direito do distribuidor de energia eléctrica ao recebimen-

to da tarifa de uso da rede não é um efeito (nem depende) da prática de um qualquer facto ilícito; é, diversamente, um dos principais efeitos jurídico-obrigacionais do contrato de uso de rede.

Isto mesmo é, aliás, confirmado por duas proposições normativas do Decreto-Lei n. 328/90, de 22/10. Em primeiro lugar, a que se colhe no seu art. 1º/1, segundo a qual “qualquer procedimento fraudulento susceptível de falsear (...) a potência tomada (...) [c]onstitui violação do contrato de fornecimento”⁶. O não pagamento integral do preço da “potência tomada” (que é um dos factores determinantes na fixação da tarifa de uso da rede, nos termos dos arts. 27º e 74º do Regulamento Tarifário) é, pois, segundo o próprio legislador, tratado como incumprimento de uma obrigação contratual – e não como violação dos “deveres delituais genéricos” (geradora da obrigação indemnizatória estatuída no art. 483º do Código Civil). Em segundo lugar, a proposição que se encontra no n. 2 do art. 3º, que atribui ao fornecedor de electricidade o direito ao valor correspondente ao consumo “irregularmente feito” mesmo “quando o consumidor não seja o autor do procedimento fraudulento ou por ele responsável”. O facto de o legislador não fazer depender tal direito (do fornecedor) da verificação dos pressupostos gerais nucleares da obrigação de indemnizar (a prática de facto ilícito e culposo) mostra que o consumidor, quando paga o valor do consumo real (e o valor das tarifas de acesso às redes

que dele dependem), cumpre o seu dever principal de prestação, e não uma qualquer obrigação de indemnizar (muito menos uma obrigação extracontratual de indemnizar).

Poderia, porventura, argumentar-se que a viciação do contador, sendo susceptível de afectar a fidedignidade da contagem da energia eléctrica consumida, dificulta o (ou agrava os encargos do)⁷ exercício do direito à tarifa de uso da rede de distribuição, sobretudo na medida em que obriga à realização de estimativas de consumo. Todavia, e admitindo, em abstracto, a sua ressarcibilidade, não se trata de dano⁸ que caiba na previsão do art. 483º do Código Civil, que se cinge à violação de direitos absolutos, deixando de fora os direitos de crédito (como é, manifestamente, o caso do direito ao “proveito” em que consiste a tarifa de uso da rede)⁹.

5.2.1.3 Sem prejuízo do que se refere nos pontos anteriores, importa realçar que, a admitir-se a qualificação jurídica defendida pela requerida – a admitir-se, portanto, que o seu invocado crédito teria natureza indemnizatória delitual (extracontratual) –, sempre a sua pretensão esbarraria, concretamente (e em face dos factos julgados não provados), na ausência de um dos pressupostos constitutivos essenciais da “situação de responsabilidade delitual” recortada no n.1 do art. 483º do Código Civil: a prática, pela requerente, de um facto que pudesse ser causa (mesmo apenas causa *sine qua non*) do dano alegado – fosse ele a violação da integridade da violação do contador

ou o furto ou “consumo ilícito de electricidade”.

Pode, contudo, ir-se um pouco mais além na argumentação: mesmo que, admitindo a qualificação normativa defendida pela requerida, se pudesse imputar à requerente a prática de um “evento lesivo”, a sua pretensão enfrentaria dificuldades insuperáveis quanto aos requisitos do *dano* e da *ilicitude*.

Desde logo (no plano do *dano*), a requerida nunca seria titular do direito ao ressarcimento de um dano consistente no valor da energia eléctrica “apropriada” ou “furtada” (ou consumida sem ser medida pelo contador), uma vez que não é (nem pode ser) a “proprietária” da energia apropriada: o proprietário da energia que circula na rede é o comercializador (ou, eventualmente, o produtor).

Note-se, por outro lado (agora no plano da *ilicitude*), que, justamente porque há um contrato de uso da rede de distribuição que vincula a requerida ao comercializador, não é ilícito o uso da rede para a circulação da energia eléctrica que chega à instalação de consumo: tal contrato (de estrutura locativa) tem justamente o efeito de legitimar o uso da rede gerida e explorada pela requerida¹⁰. A falta de fidedignidade dos registos do contador, resultante da sua viciação, apenas implica, quanto à requerida (que, insiste-se, não é proprietária da electricidade que “corre” na rede), a correcção do valor da tarifa de uso da rede – a correcção, afinal, do valor da prestação a que, contratualmente, tem direito^{11 12}.

5.2.2 A questão da caducidade

5.2.2.1 Como se disse no ponto anterior, o crédito invocado pela requerida está sujeito à caducidade prevista no art. 10º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais. A requerente, literalmente, não invocou a “caducidade” do crédito da requerida, referindo-se, antes, nominalmente, à prescrição. Creio, todavia, que isso não retira ao tribunal arbitral o poder de conhecer da questão da caducidade. Por duas razões. Em primeiro lugar, porque, tendo a requerente, substancialmente, alegado a extinção do crédito da requerida por força do decurso do tempo, a questão de saber se se trata de prescrição (e, dentro do reino desta, a questão de determinar a específica hipótese normativa prescritiva) ou de caducidade é um problema de qualificação jurídica – um problema, portanto, em que o tribunal “não está sujeito às alegações das partes” (*iura novit curia*), nos termos do art. 5º/3 do CPC¹³. Em segundo lugar, porque, na hipótese de que se trata, a caducidade sempre seria de conhecimento oficioso. É o que resulta da conjugação do disposto no art. 333º/1 do Código Civil com o estabelecido no art. 13º/1 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais.

5.2.2.2 Está assente (ver lista dos factos julgados provados) que o requerente pagou, até ao fim de Setembro de 2013, a factura referente ao período de consumo terminado em 18/08/2013. Os autos mostram, por outro lado, que a contestação/reconvenção entrou no secretariado do tribunal arbitral em 02/02/2015. Considerando que

o *dies a quo* do prazo da caducidade prevista no art. 10º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais corresponde ao pagamento efectuado pelo utente, e que o pagamento é feito mensalmente, reportando-se ao período de facturação antecedente, o crédito à diferença em relação a todos os pagamentos feitos até ao fim de Setembro de 2013 caducou no fim de Março de 2014 (seis meses após).¹⁴

5.2.3 O sujeito passivo da obrigação de pagar a tarifa de uso da rede de distribuição não é o consumidor: é o comercializador

Sem prejuízo da procedência da excepção de caducidade, importa, em registo de *obiter dictum*, salientar que há uma outra dimensão jurídico-normativa do caso que determina, quanto ao segmento dele relativo à tarifa do uso de rede, a procedência do pedido da requerente, e a simétrica improcedência do pedido reconvenicional da requerida: de acordo com o quadro jurídico em vigor, o sujeito passivo da obrigação de pagar a tarifa de uso da rede de distribuição não é o consumidor; é, diversamente, o comercializador (sem prejuízo da possibilidade da sua repercussão económica na tarifa de venda da energia eléctrica).

A exacta compreensão do que se acaba de dizer, assim como dos vínculos que connexionam as partes, aconselha algum desenvolvimento sobre dois pontos: (i) a caracterização da rede de relações jurídicas em que se entrecruzam, de acordo com o quadro jurídico em vigor, as actividades dos sujeitos que se movimentam no sector eléctrico

co, *produzindo, transportando, distribuindo, comercializando e consumindo* electricidade, (como se a *rede* dos cabos por onde transita a corrente eléctrica, articulada em torno de ligações e interligações, se projectasse numa rede de vínculos jurídicos); (ii) a referência ao *princípio da separação* entre as várias actividades do sector eléctrico.

I. O *produtor* relaciona-se com o *operador da rede de transporte*, com o *comercializador* e até com o *consumidor* final. O operador da rede de transporte, para além da relação que estabelece, a montante, com o produtor (cuja produção recebe), relaciona-se, a jusante, com os *operadores das redes de distribuição*. O operador da rede de distribuição em AT e MT, para além do vínculo que o conecta com o transportador, relaciona-se com os operadores das redes de distribuição em BT. Estes, por seu turno, relacionam-se juridicamente com os *comercializadores* e até com o *consumidor* final. O *comercializador*, por fim, acha-se envolvido em relações jurídicas com o distribuidor, o produtor e o consumidor.

Tendo em consideração o seu *objecto* principal, as relações jurídicas de que são sujeitos os vários intervenientes no sector eléctrico reconduzem-se a uma de duas modalidades: trata-se de relações jurídicas que têm por objecto ora o *uso das redes* (de par, acessoriamente, com a *prestação de serviços* de gestão e conservação da rede de cujo uso se trata), ora a própria *electricidade*. Na primeira modalidade, integram-se, sobretudo, as relações jurídicas em que um dos sujeitos é um

dos operadores de rede (relações que podem ter, do outro lado, outro operador de rede, um produtor, um comercializador ou um consumidor). À segunda modalidade reconduzem-se as relações entre quem compra e entre quem vende (ou revende) a electricidade.

A *fonte* das relações jurídicas que assim se estabelecem entre os vários sujeitos que agem no mercado da electricidade é, em regra, o *contrato*. No caso das relações que têm por objecto o *uso* das redes, os contratos de que procedem serão de *tipo locativo* (com a “mistura” de elementos próprios do tipo da *prestação de serviços*)¹⁵. São de locação, portanto, os contratos celebrados entre os comercializadores e os operadores de rede, assim como os que entre estes se estabelecem. No caso das relações cujo objecto se concretiza na própria electricidade¹⁶, os contratos que estão na sua origem assimilam as notas típicas da compra e venda. São de compra e venda, por conseguinte, os contratos celebrados entre o produtor de electricidade e o comercializador, e entre este e o consumidor final¹⁷.

Porventura “numa base ficcionada e de grande artificialismo”¹⁸, a *comercialização*¹⁹ é autonomizada e separada, enquanto elo distinto da “cadeia de valor”, das actividades fundamentais de produção, transporte e distribuição. Tratando-se de um nível específico da “cadeia de valor”, *jurídica e economicamente diferenciada* dos restantes “elos”, a comercialização não constitui, todavia, uma etapa real do percurso físico que leva a electricidade

das instalações de produção ao local de consumo. Este, em regra, está ligado à rede de distribuição²⁰, e não a qualquer instalação de “armazenamento” daquele que a vende ao cliente final. A electricidade, ao contrário do que acontece com outros bens essenciais (como a água ou os combustíveis), não é susceptível de armazenamento em quantidades suficientes para abastecimento público, sendo simultâneos os momentos da produção e do consumo (*Gleichzeitigkeit von Einspeisung und Entnahme der Elektrizität*)²¹.

O contrato de uso de rede celebrado entre o comercializador e o operador de rede é, verdadeiramente, um contrato a favor de terceiro (art. 443º/1 do Código Civil), sendo o terceiro o consumidor de electricidade. É a qualificação mais ajustada ao que resulta, creio, do disposto no art. 10º/1 do Regulamento da Qualidade do Serviço do Setor Eléctrico (RQSSE), segundo o qual “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”²². Trata-se, porém, de um contrato a favor de terceiro que incorpora um elemento específico e diferenciador, que o afasta do figurino geral do instituto: o promissário (no caso, a primeira requerida) responde (em termos semelhantes àqueles em que o comitente responde perante o comissário) pelo cumprimento das obrigações do promitente (no caso, a segunda requerida). É precisamente esta a solução adoptada no art. 9º/1

do RQSSE: “Os comercializadores e os comercializadores de último recurso respondem pelos diversos aspetos da qualidade de serviço junto dos clientes com quem celebrem um contrato de fornecimento, sem prejuízo da responsabilidade dos operadores das redes com quem estabeleceram contratos de uso das redes e do direito de regresso sobre estes, nos termos estabelecidos no RARI, no RRC, no Artigo 58º, Artigo 59º e no Artigo 60º”.

II. Tradicionalmente (desde logo ao tempo da entrada em vigor do Decreto-Lei n. 328/90), a comercialização estava associada à distribuição de energia eléctrica, em correspondência com a realidade infra-estrutural da ligação da rede de distribuição (sobretudo da rede em baixa tensão) aos locais de consumo. A situação alterou-se com a privatização e liberalização do mercado da electricidade, que obrigou à introdução de regras que, visando eliminar os fenómenos de *verticalização económica*, impõem (de modo a garantir a ausência de discriminação no acesso às redes, que constitui condição *sine qua non* de um regime verdadeiramente concorrencial) a *separação* (*unbundling*; *Entflechtung*; *de-cloisonnement*) entre certas actividades e certos operadores, em termos de “proibição de acumulação de missões a desempenhar pelo mesmo sujeito económico”.

Na verdade, o legislador, no art. 25º/1 do Decreto-Lei n. 29/2006, institui um regime de estrita “separação jurídica e patrimonial” (*full ownership unbundling*)²³ entre a actividade

de transporte de electricidade e as actividades de produção e de comercialização, impedindo a sua concentração *vertical* sob o domínio de um mesmo sujeito operador.

No que diz respeito à actividade de distribuição de energia eléctrica, o legislador, ainda assim, não é tão severo, ficando-se pela exigência da sua “separação jurídica” (*legal unbundling*). Com efeito, nos termos do art. 36º/1 do Decreto-Lei n. 29/2006, “o operador de rede de distribuição é independente, no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões de outras actividades não relacionadas com a distribuição” – acrescentando o art. 43º que “a actividade de comercialização de electricidade é separada juridicamente das restantes actividades”.

É, assim, claro que, segundo a actual arquitectura normativa do SEN, o distribuidor de electricidade não pode vendê-la – actividade que apenas é permitida (mais: que lhes está reservada) aos produtores e aos comercializadores. É exactamente por isso, também, que o art. 20º do Regulamento Tarifário do SEN, aprovado pela ERSE, restringe os “proveitos permitidos” ao distribuidor aos que são obtidos através da tarifa de uso das redes de distribuição, excluindo qualquer remuneração pela comercialização de energia eléctrica – actividade cujo exercício lhe está vedado.

III. No caso, a pretensão da requerida, ainda que esta a apresente com outra qualificação normativa (direito a indemnização pela prática de facto ilícito) tem por objecto a tarifa de uso

da rede de distribuição. Ora, a tarifa de uso da rede de distribuição é objecto de um crédito (emergente do contrato de uso de rede celebrado com o comercializador) cujo sujeito passivo não é o consumidor: é, sim, o comercializador (pois que, justamente, é este que celebra, com o distribuidor, sujeito activo do crédito, o contrato de uso da rede). É precisamente esta a solução que, de qualquer modo, resulta do disposto no art. 44º/3 do Decreto-Lei n. 29/2006: ***“Os comercializadores de electricidade relacionam-se comercialmente com os operadores das redes às quais estão ligadas as instalações dos seus clientes, assumindo a responsabilidade pelo pagamento das tarifas de uso das redes e outros serviços, bem como pela prestação das garantias contratuais legalmente estabelecidas”*** (norma que constitui manifestação do princípio da *aditividade tarifária*).

Em suma, a requerente nunca seria devedora da *tarifa de uso da rede*, mas apenas da *tarifa de venda da electricidade*, que, segundo o princípio da aditividade tarifária (ligado ao princípio de separação de actividades em que assenta a arquitectura normativa do sistema eléctrico), pode repercutir economicamente, entre outros custos, a tarifa de uso da rede de distribuição²⁴.

6. Decisão

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos:

a) julgo a acção totalmente procedente, declarando que a requerente não deve à requerida a quantia de € 425,40;

b) julgo totalmente improcedente a reconvenção, absolvendo a requerente do pedido da requerida.

Notifique-se
Porto, 30 de Maio de 2015,

O Juiz-árbitro
(Paulo Duarte)

Notas

1 Sobre as noções de “litígio”, material e formal, “questões”, “*thema decidendum*”, “questões fundamentais” e “questões instrumentais”, ver João de Castro Mendes, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, 1961, pp 131 e ss.

2 Admissível, num duplo sentido: (i) no sentido em que cabe na esfera da jurisdição arbitral (trata-se, aqui, da noção de “admissibilidade jurídico-arbitral” da reconvenção, que é objecto das considerações do texto); (ii) no “sentido jurídico-processual geral”, na medida em que a conexão entre o pedido principal e o pedido reconvenicional assegura a possibilidade da sua dedução [art. 266º/2-a) do CPC].

3 Só, de resto, esta peculiar (e quase romanesca – mas, em tempos de crise, a realidade, como diria O. Wilde, é a verdadeira ficção) situação de vida permite compreender que a requerente seja representada, no processo arbitral, pela irmã do actual “arrendatário”. Esta circunstância (dada a sua raridade) é, creio, um fortíssimo sinal da credibilidade dos depoimentos invocados no texto.

4 José Lebre de Freitas/Montalvão Machado/Rui Pinto, *CPC Anotado*, Volume 2º, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2008, p. 333-334, e José Lebre de Freitas, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra Editora, 1989, p. 402.

5 Ver, *infra*, ponto 5.2.3.

6 As considerações desenvolvidas *infra* no ponto 5.2.1.5. do texto permitem compreender por que razão o legislador, então em 1990, pressupunha que o operador da rede de distribuição era sujeito do contrato de fornecimento de energia eléctrica celebrado com o consumidor – algo que, no quadro do direito hoje vigente, deixou de ser admissível.

7 E apenas de maior dificuldade ou onerosidade se pode falar, uma vez que, como se sabe, o cumprimento das obrigações pecuniárias é sempre possível (pois o dinheiro é um *genus que nunquam perit*).

8 Sendo certo que tal dano não se confundiria, nunca, com o próprio direito que, então, seria violado – o direito (de crédito) à tarifa de uso de rede.

9 É esta a tendência doutrinal e jurisprudencial largamente dominante no direito português, que rejeita a responsabilidade de terceiros pelo incumprimento das obrigações – que rejeita, portanto, a chamada “eficácia externa das obrigações” (ou a “doutrina do terceiro cúmplice”). Ainda assim, importa aqui sublinhar que nem a doutrina da eficácia externa das obrigações admite que o credor (no caso, a requerida) possa exigir de um terceiro (no caso, a requerente) o cumprimento da obrigação, que apenas é exigível ao devedor (no caso, o comercializador). Tal doutrina apenas admite (de resto, em condições extremamente exigentes) que o credor possa exigir do “terceiro cúmplice” os danos resultantes do incumprimento (mas não, repete-se, o próprio cumprimento). Sobre a questão, em geral, da eficácia externa das obrigações, pode ver-se Mário Júlio de Almeida Costa, 12.ª Ed., Almedina, 2011, p. 92 e ss.

10 O uso da rede apenas seria ilícito se não houvesse, de todo, contrato de uso de rede ou, pelo menos, quanto à requerente, contrato de fornecimento de energia eléctrica.

11 Convém acentuar este ponto: a requerida tem o direito de exigir ao comercia-

lizador (assim como, porventura, por força da actuação do princípio da aditividade tarifária, tem o dever de pagar aos operadores que se situam a montante na rede de transporte e distribuição) a tarifa de uso da rede correspondente à quantidade real (ainda que estimada) de energia por ele vendida à requerente. A requerida não deixa de ter esse direito pelo facto de o consumo real não ser registado no contador. Tal facto, por outras palavras, não transforma um direito de crédito, de fonte contratual, numa pretensão indemnizatória delitual. E não transforma, portanto, um crédito sujeito a caducidade num crédito sujeito a prescrição. O específico dano que resulta da viciação do contador não é a extinção, em face do comercializador, do direito à tarifa de uso; é a própria lesão da integridade do contador e os custos da sua reparação ou substituição – é exactamente este o regime consagrado no Decreto-Lei 328/90, de 22 de Outubro.

12 O entendimento em que assenta a sentença não constitui, creio, nenhum incentivo a práticas fraudulentas de viciação dos contadores de electricidade.

Em primeiro lugar, não vai nele implicada ou envolvida a ideia de que o consumidor não tem de pagar a energia realmente consumida e os custos associados aos seus transporte, distribuição e comercialização, mas apenas aquela que seja falsamente registada por equipamentos de medição viciados. Não é esse, repete-se, o meu entendimento. O que digo (ver, no texto, o ponto 5.2.3.) é que o consumidor deve pagar ao comercializador a “*tarifa de venda da electricidade*, que incorpora e repercute, entre outros, todos os custos inerentes à produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade – comercializador que, por seu turno, deve pagar ao distribuidor (na “relação interna” que com ele mantém) os proveitos que lhe cabem, como contrapartida do uso da rede.

Creio, em segundo lugar, que a solução perfilhada na sentença, para além de respeitar a lógica interna do princípio da aditividade tarifária, é a única que, em bom rigor, promove a eficiência alocativa no sector eléctrico e evita “fugas ou perdas de valor”. Na verdade, quando a viciação dos contadores determina a necessidade de corrigir, por estimativa, a determinação da energia realmente consumida, só através do correspondente acerto da factura apresentada pelo comercializador ao consumidor se torna possível considerar (repercutindo-os no acerto) todos os custos adicionais (na medida do consumo real adicional) ocorridos nos vários elos da cadeia de valor do sector. De outro modo, de duas uma: ou o consumidor apenas suporta os custos adicionais da distribuição (na medida em que só o operador de distribuição o demande); ou cada um dos operadores, cada um de per si, terá de accionar o consumidor para obter a sua parte.

Parece-me, em terceiro lugar, que as eventuais consequências sancionatórias de quaisquer práticas fraudulentas de manipulação dos equipamentos de medição (sejam elas criminais ou outras) não alteram a natureza nem os sujeitos das relações obrigacionais primárias que se estabelecem entre os diferentes sujeitos do SEN ao longo da cadeia de produção, transporte, distribuição, comercialização e consumo de energia eléctrica.

Considero, enfim, que qualquer outra solução geraria assimetrias e quebras valorativas que, em última análise, redundariam no tratamento desigual do que é valorativamente idêntico. Seria o que sucederia se, em relação ao consumidor, o crédito (objectivamente, o mesmo crédito) relativo à tarifa de uso da rede de distribuição fosse ora sujeito a caducidade de 6 meses (se repercutido num “acerto” exigido pelo comercializador) ora sujeito a prescrição de 3 anos (se isoladamente exigido pelo distribuidor, sob o *nomen* de “indemnização”).

13 No sentido de que a amplitude dos poderes de cognição do juiz, em matéria de qualificação jurídica, vale tanto para a causa de pedir como para as excepções, ver o acórdão do STJ de 09/07/2014, proferido no processo n. 7347/04.5TBMTS.P2.S1.

14 Considerando que tem por objecto a diferença entre o montante pago e o montante que deveria ter sido pago, por referência ao correspondente período de facturação, e que o *dies a quo* do prazo de caducidade corresponde à data do pagamento, o direito do fornecedor desdobra-se, em bom rigor, ao menos para o efeito da aplicação da norma que prevê a caducidade, em tantos créditos quantos os pagamentos realizados pelo consumidor.

15 São, pois, carecidas de rigor terminológico as expressões legislativas “venda do acesso à rede”, “compra e venda do acesso à rede” e “compra dos serviços de gestão global da rede” que proliferam no Regulamento das Relações Comerciais do Sector Eléctrico (RRCSE). Mais apropriadas (ainda que contraditórias com as expressões “venda do acesso à rede”, “compra e venda do acesso à rede”) são as referências aos “*contratos de uso das redes*” constantes dos arts. 70º e 81º do RRCSE, a propósito das relações entre os comercializadores e os operadores de rede. Do que se trata, no caso das relações jurídicas que têm por objecto o uso das redes, é de um contrato em que uma das partes (o operador de rede) se obriga a proporcionar à outra o gozo das infraestruturas que tem a seu cargo para o fim de nelas fazer transitar a electricidade e de nelas criar pontos de ligação (de recepção e de entrega de electricidade). Por conseguinte, é de *locação* (num *misto* com ingredientes de *prestação de serviços*) que se trata, e não de compra e venda. Quando haja, entre o adquirente da electricidade e o correspondente vendedor, a interposição de mais do que um operador

de rede (por exemplo, quando o consumidor compre electricidade que, para chegar às suas instalações, tenha de passar pela rede de transporte e por várias redes de distribuição), parece que o operador de rede a montante *cede* ao operador a jusante a sua *posição contratual* locativa, o qual, por sua vez, a cede ao operador de rede que se lhe segue e este ao comercializador, que, enfim, a transmite ao consumidor final (parece ser a esta cadeia de transmissões do direito de uso da rede a que se refere a expressão legislativa “compra e venda do acesso à rede”). Assim, por exemplo, o comercializador adquirente de electricidade que transite, antes de chegar às instalações do consumidor, por três redes diversas (transporte, distribuição em AT e distribuição em BT) celebra com o distribuidor imediatamente ligado ao consumidor não só um contrato de locação da rede, mas também um acordo de cessão da posição que este adquirira na relação com o operador de rede anterior e da posição que este, por seu turno, adquirira do operador antecedente. Esta sucessão de transmissões do direito de uso da rede articula-se, de resto, com o princípio da *aditividade tarifária*.

16 Considerando a electricidade como uma coisa “corpórea imaterial”, ver *Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2007, p. 220*.

17 A este respeito (e ao invés do que sucede, como vimos, com as relações jurídicas que têm por objecto o uso das redes), os textos legais são apropriados e expressivos, servindo-se de termos como “compra” e “venda” de electricidade ou “contrato de fornecimento de energia eléctrica”.

18 Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações, Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, p. 99.

19 Actividade que o legislador, no art. 42º/2 do Decreto-Lei n. 29/2006, define como

aquela que “consiste na compra e venda de electricidade, para comercialização a clientes finais ou outros agentes, através da celebração de contratos bilaterais ou da participação em mercados organizados”.

20 Embora o legislador admita o estabelecimento de “linhas directas” entre as instalações de produção e os locais de consumo [art. 3º-w) do Decreto-Lei n. 29/2006 e art. 19º do Decreto-lei n. 172/2006], assim como o fenómeno da “produção distribuída”, consistente na “produção de electricidade em centrais ligadas à rede de distribuição” [art. 3º-dd) do Decreto-Lei n. 29/2006].

21 Jan Dinand, Egon Reuter, *Die Netz AG als Zentraler Netzbetreiber in Deutschland*, – *Zur Verbesserung des Wettbewerbs im Strommarkt*, Springer, 2006, p. 3.

22 O facto de o legislador impor directamente ao operador de rede a obrigação de

qualidade técnica mostra que este não é um mero auxiliar (art. 800º do Código Civil) no cumprimento das obrigações do comercializador – diversamente, é também ele um verdadeiro e próprio devedor.

23 Suzana Tavares da Silva, *Direito da Energia*, p. 91.

24 Uma vez que a requerida é, em face do comercializador, credora do valor da tarifa de uso da rede correspondente ao consumo real de energia eléctrica, não há lugar, por força do princípio da subsidiariedade consagrado no art. 474º do Código Civil, à aplicação do instituto (invocado pela requerida) do enriquecimento sem causa (mesmo que se verificassem os seus “pressupostos positivos”) – reconhecendo esse direito de crédito (cujo devedor é o comercializador), “(...) a lei facultada ao empobrecido outro meio de ser indenizado ou restituído” (art. 474º).

SENTENÇA DO TRIBUNAL ARBITRAL DE CONFLITOS DE CONSUMO DO PORTO

Processo n. «««

Requerente: «««

Requerida: «««

1. Relatório

1.1 O requerente, alegando que a requerida lhes exige, para execução do ramal de ligação da sua residência ao sistema público de abastecimento e drenagem de águas residuais, a quantia de € 1 556,77, e defendendo que se trata de “custos de um acto cuja responsabilidade é da requerida enquanto entidade gestora do serviço de exploração dos sistemas públi-

cos”, pede: a título principal, que a requerida seja condenada a executar a ligação do sistema de distribuição e drenagem de águas residuais da sua habitação ao sistema pública, sem custos; e, a título subsidiário, que se declare que não é (o requerente) devedor da quantia de € 1 556,77.

1.2 Durante a audiência de julgamento, o requerente revelou, por um lado, que a ligação da sua residência à rede pública de abastecimento e de saneamento de águas residuais fora já efectuada havia cerca de dois anos, e, por outro lado, que, quanto à quantia de € 1 556,77, a sua discordância se limitava à parte dela que se referia ao alegado custo do ramal de ligação do saneamento das águas residuais,

no montante de € 810,68, não pondo em causa nem a tarifa de ligação (no montante de € 446,72), nem a tarifa da primeira vistoria (no montante de € 9,27).

1.3 São os seguintes os factos essenciais alegados pelo requerente:

a) o requerente é consumidor dos serviços prestados pela requerida, à qual se acha ligado pelo contrato n. «««;

b) por carta datada de 19/06/2014, a requerida informou o requerente que este teria de pagar “um orçamento no valor global de € 1 556,77, a título de execução do ramal de ligação dos sistema predial de águas da sua habitação ao sistema público”;

c) o sistema predial de distribuição de água e de drenagem de águas residuais foi instalado na habitação do requerente há mais de 20 anos, encontrando-se em perfeito estado de conservação;

d) a ligação do sistema predial da habitação do requerente ao sistema público tem uma extensão máxima de 5 metros.

1.3 A requerida apresentou contestação oral, onde se limitou a dizer que tem direito às “verbas” solicitadas ao requerente porque estão previstas no tarifário em vigor.

2. O objecto do litígio

Considerando a redução do pedido ocorrida já na audiência de julgamento (ver, supra, ponto 1.2.) – tendo o requerente abandonado o pedido principal e diminuído o pe-

dido subsidiário –, o objecto do litígio (ou o *thema decidendum*)¹ consiste na questão de saber se assiste ou não à requerida o direito a exigir do requerente o valor de € 810,68, relativo ao ramal de ligação do saneamento das águas residuais. Não deve surpreender o facto de o objecto do litígio se centrar no direito invocado pela requerida. Na verdade, do que se trata nos autos, uma vez reduzido o pedido do requerente, é de uma acção de apreciação negativa, pretendendo o requerente que se declare que não é devedor, à requerida, daquela quantia².

3. As questões de direito a solucionar

Considerando o objecto do litígio e o pedido deduzido pelo requerente, há uma questão nuclear que importa solucionar: a questão de saber a quem incumbe suportar os custos de construção do ramal de ligação entre os sistemas prediais de saneamento e os sistemas públicos de saneamento de águas residuais.

4. Fundamentos da sentença

4.1 Quanto aos factos

4.1.1 Factos provados

Com relevo para a decisão da causa (isto é, para a resolução do objecto do litígio e das questões em que se decompõe), julgo provados os factos seguintes:

a) a requerida presta ao requerente, em execução de contrato que o tem por objecto, identificado pelo n. «««, o serviço de saneamento de

águas residuais provenientes da sua residência – facto que julgo provado com base no documento de fls. 6;

b) por carta datada de 11/06/2014, a requerida interpelou o requerente para pagar a quantia global de € 1 556,77, decomposta em três parcelas: € 810,68 (acrescida de IVA), referente ao custo do ramal de ligação do sistema público de saneamento das águas residuais à residência dos requerentes; € 446,72 (acrescida de IVA), correspondente à tarifa de ligação; € 9,27 (acrescida de IVA), correspondente à tarifa da primeira vistoria – facto que julgo provado com base no documento de fls. 6;

c) a execução do ramal ligação referido na alínea anterior ao sistema predial da habitação do requerente foi concluída, há mais de dois anos, pela requerida, inserindo-se no seu plano de investimentos – facto que julgo provado com base nas declarações prestadas pelo requerente e pelo depoimento da testemunha ««««;

d) entre a rede pública de saneamento de águas residuais e o limite da residência do requerente não vai uma distância superior a 10 metros – facto que, não tendo sido impugnado pela requerida (apesar de alegado pelo requerente) foi confirmado, de modo fidedigno, pelo requerente, nas declarações que prestou.

4.2 Resolução da questão de direito

4.2.1 Por me parecer a mais conforme aos actuais dados jurídico-normativos relevantes, creio que a resposta correcta à questão de saber

a quem deve ser alocado o custo de construção dos ramais de ligação (entre os sistemas prediais e os sistemas públicos) é esta: não cabe ao utilizador suportá-lo individualmente, através de uma prestação monetária específica, independentemente da sua catalogação jurídico-tributária ou financeira, seja a de *taxa*, de *tarifa*, a de *preço* ou qualquer outra. É a solução que, no meu entendimento, se ajusta melhor às *opções normativas* do direito financeiro das autarquias locais (abrangendo na referência quer o Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais – RFAL – quer o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais – RGTAL) e do Regime Jurídico dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, de Saneamento de Águas Residuais e de Gestão de Resíduos Urbanos. Vejamos, de perto, em cada um destes domínios legislativos, a que *opções normativas* me refiro.

4.2.1.1 A Lei n. 42/98, de 06 de Agosto (antiga Lei das Finanças Locais) incluía expressamente no elenco das receitas municipais admissíveis as “tarifas por instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação aos sistemas públicos de distribuição de água e de drenagem de águas residuais” (art. 20º/2). Estas *tarifas* eram previstas a par (e para além) dos “preços e tarifas” relativos às “actividades de exploração de sistemas públicos de distribuição de água e de drenagem de águas residuais” (art. 20º/1). O que significa, por-

tanto, que, na perspectiva do próprio legislador, o alcance do conceito de “actividades de exploração” daqueles sistemas públicos não compreendia as tarefas de “instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação”. Daí que o legislador, depois de se referir, no n. 1 do art. 20º, aos “preços e tarifas” susceptíveis de constituir contrapartida da realização das primeiras, precisasse, logo a seguir, no n. 2 do mesmo preceito, e depois de um esclarecedor “ainda”, de acrescentar que os Municípios podiam cobrar “tarifas” pela execução das segundas³.

Da LFL que se lhe seguiu (Lei n. 2/2007, de 15 de Janeiro) desapareceu, entretanto, a referência aos ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos de distribuição de água e saneamento de águas residuais. Mais concretamente, na norma do art. 16º (onde, em lugar de “tarifas e preços”, se passou a falar de “preços e demais instrumentos de remuneração”⁴) – que, de vista da sua estrutura e função regulativas, correspondia ao preceito do art. 20º da anterior LFL – não constava agora nenhuma menção às operações de instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação – as quais, como se viu já, não eram abrangidas pela extensão do conceito (que o legislador mantinha no n. 3 do art. 16º da nova LFL) de “actividades de exploração de sistemas municipais de abastecimento público de água e saneamento de águas residuais”.

A solução consagrada no art. 16º da Lei n. 2/2007 não foi, entretanto, afectada pelo actual RFAL (estabelecido na Lei n. 73/2013, de 03 de Setembro), que a mantém na norma do seu art. 21º.

A diferença dos textos normativos que a comparação diacrónica assim nos revela é eloquente, denotando inequivocamente a opção legislativa pela eliminação da admissibilidade da cobrança de uma prestação específica destinada a custear a instalação, renovação ou substituição dos ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos.

4.2.1.2 Segundo o art. 6º do RGTAL (aprovado pela Lei n. 53-E/2006, de 29 de Dezembro), “as *taxas municipais incidem sobre utilidades prestadas aos particulares ou geradas pela actividade dos municípios, designadamente: a) Pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas primárias e secundárias; b) Pela concessão de licenças, prática de actos administrativos e satisfação administrativa de outras pretensões de carácter particular; c) Pela utilização e aproveitamento de bens do domínio público e privado municipal; d) Pela gestão de tráfego e de áreas de estacionamento; e) Pela gestão de equipamentos públicos de utilização colectiva; f) Pela prestação de serviços no domínio da prevenção de riscos e da protecção civil; g) Pelas actividades de promoção de finalidades sociais e de qualificação urbanística, territorial e ambiental; h) Pelas actividades de promoção do desen-*

volvimento e competitividade local e regional”.

4.2.1.2.1 Numa primeira leitura da enumeração legal das taxas que estão ao alcance do poder tributário das autarquias locais, salta logo à vista a ausência de uma qualquer menção à possibilidade de cobrança de uma prestação pecuniária correspondente aos custos de instalação dos ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. Ausência que é particularmente significativa, uma vez que, ao tempo da publicação do diploma, estava ainda em vigor a LFL de 1998, que, como vimos, admitia, expressamente, tal cobrança. O desaparecimento da prerrogativa municipal de lançar sobre os particulares o tributo correspondente ao valor dos custos dos ramais de ligação é, parece-me, uma das manifestações do fenómeno de “encurtamento”, no RGTAL, por comparação com a LFL de 1998, do “catálogo das taxas de municípios e freguesias”⁵.

4.2.1.2.2 Acabamos de confirmar, portanto, que o legislador não inclui na sua enumeração de taxas municipais nenhuma alínea que autonomamente contemple um tributo cujo valor possa corresponder aos custos de instalação dos ramais de ligação. Mas, para além disso, entendo que um tributo com tal configuração não é sequer acomodável na previsão de nenhuma das alíneas de que se compõe o catálogo legal de taxas susceptíveis de serem lançadas pelos

municípios – mesmo considerando a “abertura” e “flexibilidade” inerente à imprecisão e indeterminação de alguns dos conceitos que o legislador emprega.

Resulta do art. 282º do Decreto Regulamentar n. 23/95, de 23 de Agosto, que os ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos de abastecimento de água e saneamento de águas residuais integram a rede pública municipal – o que torna compreensível que, no mesmo preceito, se imponha à “entidade gestora” a incumbência de “promover a sua instalação”. A mesma qualificação dominial é adoptada no n. 1 do art. 13º do Regulamento do Município de «» n. 485/2014, de 28/10.

Impor a um particular, ainda que se trate do proprietário do prédio a ligar ao sistema público de saneamento, a exigência de pagar totalmente a despesa de construção do ramal de ligação é, pois, impor-lhe a exigência de financiar, especifica e individualizadamente, um elemento integrante de uma infra-estrutura pública, que serve, em geral, toda a comunidade municipal.

Entendo que uma prestação pecuniária desta natureza não é enquadrável em nenhuma das hipóteses de “incidência objectiva” alinhadas no art. 6º do RGTAL. Não é sequer, longe disso, susceptível de qualificar-se como taxa relativa à *realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas primárias e secundárias*, figura prevista na alínea a) do art. 6º do RGTAL. As chamadas “taxas de

urbanização” (TRIU) não visam alocar o custo integral de uma específica infra-estrutura pública a um único e determinado particular. Destinam-se, diversamente, a repartir, entre todos os que realizam certas operações urbanísticas, a “compensação” dos investimentos infra-estruturais que “os municípios *presumivelmente* se vêem obrigados a concretizar em consequência” da sua realização⁶.

Uma imposição tributária correspondente ao pagamento integral das despesas de instalação dos ramais de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos não é, por último, assimilável pela “cláusula geral” que antecede e introduz a enumeração do art. 6º do RGTAL, que concede aos municípios o poder de criarem taxas que “*incidem sobre utilidades prestadas aos particulares ou geradas pela actividade*” deles.

Na verdade, a “utilidade” resultante da instalação dos ramais de ligação produz-se, antes de mais, na esfera jurídica pública, dado que se trata de elemento integrante da rede pública de abastecimento de água ou de saneamento de águas residuais. É certo que o proprietário do prédio a ligar à rede pública beneficia da utilização do ramal de ligação – assim como, difusamente, toda a comunidade municipal, em resultado da qualificação ambiental permitida pela conexão dos sistemas prediais com os sistemas públicos. Mas, como é evidente, pagar o ramal de ligação não é o mesmo que pagar pela sua utilização. Sendo certo, por outro lado,

que os gastos municipais inerentes à instalação, reforço e conservação de infra-estruturas de rede são financiados através das referidas “taxas de urbanização”. Exigir ao proprietário de um prédio, cujo licenciamento foi já sujeito à execução de uma taxa de urbanização, o pagamento dos ramais de ligação aos sistemas públicos de abastecimento de água e saneamento de águas residuais corresponderia, muito provavelmente, a um fenómeno de “dupla tributação” municipal dificilmente tolerável. Talvez tenha sido por isso, afinal, que o legislador, deixou cair, na LFL de 2007 (solução também acolhida no actual RFAL), a previsão da cobrança dos referidos ramais, que a sua antecessora de 1998 contemplava expressamente.

4.2.1.3 O Regime Jurídico dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, de Saneamento de Águas Residuais e de Gestão de Resíduos Urbanos (RJSMASAR) foi estabelecido pelo Decreto-Lei n. 194/2009, de 20 de Agosto. No que concerne à questão em apreço, também aqui os dados normativos relevantes apontam no sentido da resposta que perfilho: não cabe ao utilizador suportar individualizadamente, através de uma prestação monetária específica, os custos de instalação dos ramais de ligação dos sistemas públicos aos sistemas prediais – não lhe cabe, falando com mais simplicidade, pagar os ramais de ligação.

4.2.1.3.1 Em primeiro lugar, importa salientar que, antes de ser objecto de um dever, a ligação à rede

pública de abastecimento de água e de saneamento é um direito. Diz o art. 59º/1 do RJSMASAR: “Qualquer pessoa cujo local de consumo se insira na área de influência da entidade gestora tem direito à prestação do serviço, sempre que o mesmo esteja **disponível**”.

Considera o legislador, no n. 2 do mesmo preceito, que “o serviço de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas através de redes fixas **considera-se disponível** desde que o sistema infra-estrutural da entidade gestora do serviço esteja localizado a uma distância igual ou inferior a 20 m do limite da propriedade”.

O legislador não faz depender o exercício deste direito do prévio pagamento dos ramaís de ligação. Pelo contrário, impõe “à entidade gestora do serviço de abastecimento de água ou de saneamento de águas residuais” o “deve[r]” de “(...) iniciar o fornecimento no prazo de cinco dias úteis a contar da data da recepção do pedido de contrato de fornecimento e de recolha, com ressalva das situações de força maior” (art. 63º/2 do RJS-MASAR).

Nessa “zona de disponibilidade” – “distância igual ou inferior a 20 m do limite da propriedade” – incumbe à entidade gestora assegurar todas as condições, incluindo a instalação dos ramaís de ligação, para que o serviço possa ser iniciado a qualquer momento. Fora dessa “zona de disponibilidade”, e sem prejuízo da possibilidade de o interessado solicitar “(...) o prolongamento do ramal, a

entidade gestora deve assegurar, através de meios próprios e ou de terceiros, a provisão do serviço de limpeza de fossas sépticas, no cumprimento da legislação ambiental” (art. 59º/3 do RJSMASAR). O que significa, desde logo, segundo creio, que para além do perímetro da “zona de disponibilidade” não há sequer obrigação de ligação à rede.

Julgo ser também este o entendimento da entidade reguladora do sector. Esta, na verdade, quando ainda se denominava IRAR, no ponto 3.2.1.1.2. da “Recomendação Tarifária” n. 01/2009, estabelecia, quanto à “estrutura tarifária”, a regra segundo a qual, “em virtude da aplicação das tarifas de abastecimento, a entidade gestora deve ficar obrigada a realizar as seguintes actividades, **não as devendo facturar de forma específica:** a) Execução, manutenção e renovação de ramaís, incluindo a ligação do sistema público ao sistema predial”. E, mais adiante, no ponto 3.2.1.1.4. do mesmo documento, a entidade reguladora, não deixa de reconhecer o estatuto especial daquela que designo como “zona de disponibilidade” do serviço: “os custos inerentes à construção de ramaís dedicados de abastecimento **só devem ser imputados ao utilizador final quando aqueles possuam extensão superior a 20 metros**, caso em que a respectiva execução, sempre que técnica e economicamente viável, **deve ser realizada pela entidade gestora, a pedido do utilizador e mediante o pagamento das tarifas correspondentes à ex-**

tensão superior àquela distância, rateadas em partes iguais sempre que os ramais beneficiem mais do que um utilizador”.

4.2.1.3.2 Sublinho, em segundo lugar, que, no art. 69º do RJSMASAR, o legislador ordena, quanto à ligação dos prédios às redes públicas de abastecimento de água e saneamento de águas residuais, uma repartição de responsabilidades (entre o proprietário e a entidade gestora) que não deixa dúvidas: *“a instalação dos sistemas prediais e respectiva conservação em boas condições de funcionamento e salubridade é da responsabilidade do proprietário”* (art. 69º/4); mas *“a execução de ligações aos sistemas públicos ou a alteração das existentes compete à entidade gestora”* (art. 69º/9). De resto, a entidade gestora, “oficiosamente”, sem precisar do impulso ou solicitação deles, “ (...) deve, com uma antecedência mínima de 30 dias, notificar os proprietários dos edifícios abrangidos pelo serviço de abastecimento público de água ou de saneamento de águas residuais das datas previstas para início e conclusão das obras dos ramais de ligação para a disponibilização dos respectivos serviços” (art. 69º/8). De solicitação do interessado apenas depende o “prolongamento do ramal”, quando o prédio se encontra fora da “zona de disponibilidade” de 20 metros (art. 59º/3).

4.2.1.3.3 Diga-se, por último, que a obrigação (que é também, como vimos, um direito) de ligação dos prédios aos sistemas públicos de

distribuição de água e saneamento de águas residuais (obrigatoriedade estabelecida no art. 4º e n. 1 do art. 69º do RJSMASAR) não implica a obrigação de suportar os custos da instalação do ramal. Trata-se de questões distintas, que relevam de planos jurídico-normativos diversos: ali trata-se de uma questão de salubridade pública; aqui de uma questão de tributação autárquica. De resto, e tendo em consideração que a lei impõe às entidades gestoras o dever de, *ex officio*, independentemente de qualquer solicitação do proprietário, promoverem a instalação dos ramais, a obrigação de ligação do sistema predial à rede pública parece esgotar-se num simples dever de abstenção de comportamentos obstaculizantes (*non facere*), não comportando nenhum dever de atuação positiva (*facere*).

4.2.1.4 No mesmo sentido da solução acolhida no RJSMASAR, parece também apontar o disposto no art. 283º do Decreto Regulamentar n. 23/95, de 23 de Agosto (Regulamento Geral dos Sistemas Públicos e Prediais de Distribuição de Água e de Drenagem de Águas Residuais), que prescreve: *“Se o proprietário ou usufrutuário requerer para o ramal de ligação do sistema predial à rede pública modificações, devidamente justificadas, às especificações estabelecidas pela entidade gestora, nomeadamente do traçado ou do diâmetro, compatíveis com as condições de exploração e manutenção do sistema público, esta entidade pode dar-lhe sa-*

tisfação desde que aquele tome a seu cargo o acréscimo nas respectivas despesas, se o houver”.

Utilizando o argumento lógico *a contrario sensu*, pode inferir-se a partir do facto de o legislador estabelecer que o proprietário é responsável pelo acréscimo de custos de instalação do ramal de ligação no caso em que requiera modificações aos parâmetros regulares, a conclusão de que o mesmo legislador o liberta dessa responsabilidade na hipótese (*contrária* ou *inversa*) de não pretender nenhuma modificação.

4.2.1.5 A circunstância de o Regulamento do Município de «» n. 485/2014 prever, no art. 57º/2 a cobrança dos “encargos decorrentes da execução” do ramal de ligação do sistema público ao sistema predial não invalida o entendimento em que se apoia a sentença. Não verdade, o poder regulamentar autárquico está sujeito, nos termos do 241º da Constituição da República, aos “(...) limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar”. Aos tribunais assiste o poder de “desaplicação” de normas regulamentares que considerem desconformes com parâmetros normativos de hierarquia superior. Note-se, aliás, que o legislador, no art. 80º/2 do RJSMASAR, estabelecia o “prazo de três anos” para que “os contratos de concessão existentes e os regulamentos de serviço vigentes no momento da [sua] entrada em vigor” fossem “adaptados” às suas novas soluções normativas.

4.2.2 Mesmo que, porventura, não vingasse a argumentação que se desenvolve no ponto anterior (mesmo, portanto, que se considerasse admissível a imputação aos utilizadores dos custos de execução dos ramais de ligação), sempre teria de julgar-se procedente a acção (embora só na parte subsistente após a já referida redução do pedido).

Como vai dito, a presente acção é de simples apreciação negativa: “neste tipo de acções, não cabe ao autor alegar e provar (pela negativa) que o direito ou o facto não existe, competindo antes ao réu, que vinha alardeando extrajudicialmente a existência desse direito ou desse facto, alegar e provar (pela positiva) tal existência”⁷.

Segundo o art. 74º/1 do Regulamento do Município de «» n. 485/2014, “*competem à «» fixar, nos termos legais e nos termos do Contrato de Concessão, as tarifas e preços a pagar pelos Utilizadores, correspondentes ao serviço de abastecimento de recolha de águas residuais*”. Impõe, por outro lado, o art. 40º/1 do RJSMASAR, que o tarifário a aplicar consta obrigatoriamente do contrato de concessão.

Neste quadro normativo, processual e substantivo, a requerida teria de alegar e provar (através da junção aos autos do contrato de concessão e seus anexos – anexos estes que nem sequer estão disponíveis na “webpage” da requerida) que o valor (ou, no mínimo, a fórmula do seu cálculo) que considera ter direito a receber do requerente (que imputa ao custo de execução do ramal de ligação) estava previsto

no contrato de concessão celebrado com o Município de «». A requerida, todavia, não fez nem uma coisa nem outra, limitando-se a afirmar, em contestação oral, que as verbas exigidas ao requerente estão previstas no tarifário em vigor, sem mais concretizações.

É, em suma, parcialmente fundada a pretensão do requerente.

5. Decisão

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos, julgo a acção parcialmente procedente, declarando que o requerente não deve à requerida a quantia de € 810,68, relativa ao custo de execução do ramal de ligação do saneamento das águas residuais, absolvendo-a do pedido quanto ao mais.

Notifique-se
Porto, 16 de Março de 2015

O Juiz-árbitro
(Paulo Duarte)

Notas

1 Sobre as noções de “litígio”, material e formal, “questões”, “*thema decidendum*”, “questões fundamentais” e “questões instrumentais”, ver João de Castro Mendes, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, 1961, p. 131 e ss.

2 O que significa, nos termos dos arts. 343º/1 e 11º/1 da Lei n. 23/96, que pende sobre a requerida o ónus da prova (subjectivo) dos factos constitutivos do seu direito.

Donde, em caso de dúvida, a decisão será desfavorável, nos termos do art. 414º do CPC (ónus da prova objectivo).

3 Sobre o ponto, pode ver-se António Malheiro de Magalhães, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Almedina, 2012, p. 28 e 40.

4 Sobre o desaparecimento nominal, na (então) nova LFL, da figura da “tarifa”, coexistente com a sobrevivência da noção de “regulamento tarifário”, ver António Malheiro de Magalhães, ob. cit., p. 40 e ss. O autor, cujo entendimento partilho, adopta, a p. 20 e ss, um conceito geral de “preço público”, cuja extensão organiza segundo uma *summa divisio* que distingue as *taxas* propriamente ditas, caracterizadas pelo facto de serem “fixadas por via autoritária”, das chamadas “receitas patrimoniais”, que são “consensualmente estabelecidas”. Considera o mesmo autor, mais adiante, a p. 27 e ss., que a tradicional *tarifa* não é mais do que um “tipo especial de *taxa*”, cuja nota identificadora reside na “equivalência económica” que se estabelece entre o seu montante e o valor (ou custo de produção) da prestação pública que se destina a remunerar – “equivalência económica que assim se junta à “equivalência jurídica” (ou “bilateralidade”) que define toda e qualquer *taxa*, diferenciando-a do *imposto*. Sobre o conceito de “bilateralidade” das *taxas*, ver Suzana Tavares da Silva, *as Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, Coimbra Editora, 2013, p. 41.

5 Fenómeno que é notado por Sérgio Vasques, *Regime das Taxas Locais*, Almedina, 2009, p. 111.

6 Sérgio Vasques, ob.cit., p. 117.

7 Paulo Pimenta, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2014, p. 38.

Patrocínio



Apoio Institucional

