

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA – FACULDADE DE DIREITO

**COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES REGULADORAS
SETORIAIS NA ÁREA DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA
DE LITÍGIOS**

O CASO DA ERSE

Dissertação de Mestrado em Direito

Sob a orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho e da Professora Doutora Vera Eiró

Eugénia Maria Cabaça Alves

Novembro de 2013

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	1
1 INTRODUÇÃO	3
2 ENQUADRAMENTO DA ERSE NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO	7
2.1 A natureza jurídica da ERSE	10
2.1.1 As entidades administrativas independentes no direito comparado (breve referência)	10
2.1.2 As entidades administrativas independentes no direito português.....	13
2.1.3 A ERSE	18
2.2 A ERSE e o princípio da separação de poderes.....	29
2.2.1 Breve evolução histórica do princípio da separação de poderes	30
2.2.2 Poder regulamentar e função legislativa.....	32
2.2.3 A função jurisdicional e a função administrativa	34
3 A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS.....	37
3.1 Mediação	41
3.2 Conciliação	47
3.3 Arbitragem	50
4 AS COMPETÊNCIAS DA ERSE NA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS	57
4.1 A mediação e a conciliação desenvolvidas pela ERSE	58
4.1.1 O Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos da ERSE.....	61
4.1.2 A experiência de entidades reguladoras congéneres (breve referência)	63
4.1.3 A natureza jurídica da mediação e da conciliação desenvolvidas pela erse.....	67
4.2 O dever da ERSE em fomentar a arbitragem	72
4.3 Breves conclusões.....	76
BIBLIOGRAFIA	77

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

AEEG – Autorità per l’Energia e il Gas

CRE – Commission de Régulation de l’Énergie

CRP – Constituição da República Portuguesa

ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social

ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

E.U.A. – Estados Unidos da América

ICP – ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

OFGEM – Office of Gas and Electricity Markets

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

RCM – Resolução do Conselho de Ministros

SEN – Sistema Elétrico Nacional

SNGN – Sistema Nacional de Gás Natural

U.E. – União Europeia

1 INTRODUÇÃO

A regulação em Portugal é recente nos setores que abarcam a prestação dos denominados serviços públicos essenciais.¹ O conceito de regulação surge invariavelmente associado à necessidade do Estado intervir no mercado, de modo a colmatar as suas falhas de funcionamento e, assim, garantir a satisfação das necessidades coletivas dos cidadãos. Ao lado da regulação dita económica, vigiando e corrigindo o funcionamento do mercado, a regulação pública, da responsabilidade última do Estado, abraça também a missão de proteger os direitos dos consumidores e utentes dos serviços de interesse económico geral, na designação europeia dos referidos serviços essenciais. Esta regulação social, em conjunto com a regulação económica, ditam um novo modelo de relacionamento entre o Estado e a sociedade e o mercado.² O Estado deixa de intervir diretamente no mercado, como operador e prestador de serviços, transferindo esta tarefa para as pessoas coletivas privadas, mas continua a manter a responsabilidade de garantir a realização de fins públicos.³ O escopo da regulação continua, assim, a ser a prossecução do interesse público. Este “Estado Regulador e de Garantia”, assim qualificado por Pedro Gonçalves⁴, pode assumir diferentes formas de concretização, salientando-se no âmbito deste trabalho a desempenhada pelas entidades reguladoras setoriais.

Em especial no domínio dos serviços públicos essenciais, as entidades reguladoras assumem como uma das suas principais atribuições a proteção dos direitos e interesses dos consumidores. E em sede de proteção dos consumidores é já amplamente reconhecida a importância da resolução alternativa de litígios, entendida

¹ O fenómeno da regulação surgiu em Portugal sobretudo na década de 1990, na esteira dos movimentos de liberalização dos mercados económicos ditados pela política da U.E., nomeadamente nos setores tradicionalmente entregues ao Estado, prestador de serviços, que viriam a ser apelidados de “serviços públicos essenciais”, nos termos da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, também vulgarmente conhecida como a Lei dos Serviços Públicos Essenciais. No mesmo sentido quanto à origem da regulação económica em Portugal e demais países da U.E., cf. Pedro Gonçalves, 2008a, p. 8.

² Cf. Pedro Costa Gonçalves. 2013, pp. 11-16. Veja-se também Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais (2009, pp. 23-24), que indicam o equilíbrio entre a regulação económica e a regulação social como o principal objetivo da regulação propriamente dita.

³ *Idem*, pp. 49-89

⁴ *Idem*.

como corolário do direito a uma justiça acessível e pronta, o qual é conferido aos consumidores nos termos da denominada lei de defesa do consumidor⁵.

De um lado, assiste-se ao exercício pelas entidades reguladoras de atividades de cariz iminentemente público, substituindo o próprio Estado na intervenção em setores da economia, incluindo no uso de poderes de autoridade. Por outro lado, crescem as preocupações destas mesmas entidades em relação aos interesses particulares dos consumidores, disponibilizando-lhes informação sobre os seus direitos, prevenindo conflitos e ajudando na sua resolução. A este propósito, refira-se o dever, expresso nos estatutos de algumas das entidades reguladoras dos chamados serviços públicos essenciais, de promoverem o recurso aos meios alternativos de resolução de litígios, *maxime* a arbitragem.⁶ Sem prejuízo da previsão expressa de recurso aos mecanismos de RAL, a atuação direta destas entidades reguladoras na resolução do caso concreto tem suscitado diferentes entendimentos.⁷

O trabalho que me proponho realizar prende-se com razões de ordem profissional, que motivaram a procura de respostas sobre a atividade desenvolvida pelas entidades reguladoras dos serviços públicos essenciais na área da RAL, em particular pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).⁸

A ERSE é uma pessoa coletiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira, de património próprio e de independência orgânica e funcional, que tem por

⁵ Artigo 3.º, alínea g) da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

⁶ Vejam-se, a este respeito, os estatutos da ERSE, aprovados através do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, que recebeu a última redação e republicação pelo Decreto-Lei n.º 84/2013 (artigos 20.º, 22.º e 23.º), os estatutos do ICP – ANACOM, aprovados através do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro (artigo 18.º) e ainda a lei orgânica da ERSAR, aprovada através do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro (artigo 5.º, n.º 2, alínea I).

⁷ De que pode ser exemplo o disposto no artigo 18.º dos estatutos do ICP – ANACOM, nos termos do qual esta entidade reguladora deve fomentar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos de natureza comercial e contratual. Não se conhecem intervenções diretas desta entidade na RAL concretos entre os consumidores e os prestadores de serviços de comunicações.

⁸ O meu vínculo profissional com a ERSE data de outubro de 1997, logo após o início de atividade daquela entidade, tendo promovido o primeiro serviço de informação e apoio ao consumidor de eletricidade, incluindo a vertente de RAL.

finalidade a regulação dos setores da eletricidade, do gás natural e da atividade de gestão da rede de mobilidade elétrica em Portugal.⁹

Neste contexto, importa circunstanciar a integração da ERSE no âmbito da organização administrativa do Estado e as atividades que tem a seu cargo enquanto entidade reguladora. Dentro deste quadro, visa-se compreender que espécie de pessoa coletiva pública é a ERSE, que tipo de funções é chamada a exercer, designadamente nas relações que estabelece com outras pessoas coletivas públicas e com os particulares, nos termos previstos na lei e na própria CRP. Ainda sobre este tema, mais desenvolvido no capítulo 2, pretende-se suscitar a análise das atribuições e competências da ERSE perante o princípio constitucional de separação de poderes, com o objetivo último de situar o seu papel na área da RAL.¹⁰

Por sua vez, como ponto de partida de uma análise das competências da ERSE ao nível da RAL, o capítulo 3 será dedicado a uma identificação dos meios utilizados na resolução extrajudicial de conflitos, principalmente a mediação, a conciliação e a arbitragem, bem como dos regimes que lhes sejam aplicáveis.

Uma vez caracterizada a ERSE enquanto pessoa coletiva pública, sujeita ao Direito Administrativo, por um lado e apresentados os principais elementos que integram o tema da RAL, por outro lado, no capítulo visa-se contribuir, e sobretudo despertar todos os interessados, para uma reflexão mais aprofundada sobre as competências, neste

⁹ A ERSE foi criada através do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, que procedeu à aprovação dos seus primeiros estatutos. Os Decretos-Lei n.º 187/95 e n.º 44/97 foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, que aprovou os novos estatutos da ERSE, já alterados pelos Decretos-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, n.º 212/2012, de 25 de setembro e mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, que procedeu à sua republicação.

¹⁰ Além das previsões estatutárias, as atribuições e competências da ERSE, incluindo ao nível da RAL, decorrem igualmente, no setor elétrico, do disposto no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, que veio estabelecer as novas bases de organização e funcionamento do SEN, tendo sido modificado pelos Decretos-Lei n.º 104/2010, de 29 de setembro, n.º 78/2011, de 20 de junho, n.º 75/2012, de 26 de março, n.º 112/2012, de 23 de maio e n.º 215-A/2012, de 8 de outubro, que procedeu à sua republicação. O Decreto-Lei n.º 29/2006 foi ainda complementado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, alterado pelos Decretos-Lei n.º 237-B/2006, de 18 de dezembro, n.º 199/2007, de 18 de maio, n.º 264/2007, de 24 de julho, n.º 23/2009, de 20 de janeiro, n.º 104/2010, de 29 de setembro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro que também o republicou. No setor do gás natural, os princípios gerais sobre a organização e o funcionamento do SNGN foram estabelecidos no Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, n.º 77/2011, de 20 de junho, n.º 74/2012, de 26 de março, n.º 112/2012, de 23 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de outubro que procedeu à sua republicação. A legislação complementar no SNGN assenta no Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, com as alterações efetuadas pelos Decretos-Lei n.º 65/2008, de 9 de abril, n.º 66/2010, de 11 de junho e pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de outubro, que também o republicou.

caso da ERSE, na resolução extrajudicial e voluntária de conflitos emergentes das relações comerciais e contratuais estabelecidas com os consumidores de energia.¹¹

O desenvolvimento deste trabalho pressupõe uma apreciação cuidada de disposições legais e regulamentares que possam mostrar-se adequadas ao objeto de estudo, sempre que possível apoiada em interpretações doutrinárias e jurisprudenciais e em análise comparativa com a atuação de entidades estrangeiras de natureza similar ou até congéneres, ainda que, neste último caso, sem o aprofundamento autónomo que desejaria.

¹¹ Sem deixar de atender ao conceito técnico-jurídico de consumidor, nos termos previstos na própria lei de defesa do consumidor, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, a legislação aplicável ao setor energético apenas associa a definição de consumidor à de cliente final (ex. artigo 3.º, alínea l) do Decreto-Lei n.º 29/2006, republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012). Apesar de estarem previstas na lei e na regulamentação medidas de índole mais protecionista no caso de clientes domésticos e, dentro destes, dos clientes economicamente vulneráveis, no exercício das suas competências a ERSE integra no conceito de consumidor a perspetiva mais alargada de cliente final, no qual se incluem os “grandes consumidores” de eletricidade e de gás natural.

2 ENQUADRAMENTO DA ERSE NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A organização administrativa do Estado corresponde ao “modo de estruturação concreta que, em cada época, a lei dá à Administração Pública, de um dado país”.¹² A este propósito, a CRP, no seu artigo 267.º, nº 1, estabelece expressamente que a Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações, assegurando ainda a participação dos interessados na gestão daqueles serviços.¹³

A teoria geral da organização administrativa do Estado assenta em três grupos de ideias: o conhecimento dos elementos que compõem essa mesma organização, identificados na doutrina pelos conceitos de pessoa pública e de serviços públicos; os sistemas de organização possíveis ou consagrados e os princípios constitucionais que regulam a organização administrativa.¹⁴

Diogo Freitas do Amaral define pessoa coletiva pública como “*as pessoas coletivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos, e para isso dotadas em nome próprio de poderes e deveres públicos*”.¹⁵ Este mesmo autor, embora reconheça que o conceito de pessoa coletiva pública possa considerar na sua construção uma multiplicidade de critérios, acolhe a aplicação de um critério misto, com apelo a três fatores. O primeiro é a iniciativa da criação da pessoa coletiva pública, que será sempre o resultado de uma decisão pública, com origem no poder central, regional ou local ou ainda em outras pessoas coletivas públicas. De acordo com um segundo fator, as pessoas coletivas públicas são criadas e existem para prosseguir o interesse público, o que delimitará as atribuições específicas conferidas pela lei a cada pessoa coletiva pública. O terceiro critério traduzir-se-á na

¹² Assim a define Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 749.

¹³ *Idem*, pp. 33-34, para quem Administração Pública se define pelo “sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que asseguram em nome da coletividade a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar”. Muito próxima desta definição encontra-se a noção de Administração Pública em sentido orgânico e funcional de João Caupers (2009, pp. 33 e 34).

¹⁴ Diogo Freitas do Amaral, 2012, pp. 749-750.

¹⁵ *Idem*, p. 753. Cf. também João Caupers, 2009, p. 119

capacidade jurídica da pessoa coletiva pública, compreendendo os poderes e os deveres públicos necessários à prossecução da sua finalidade, também de natureza pública¹⁶.

A este propósito, Vital Moreira defende que só se deve questionar a identificação de uma entidade como pessoa coletiva pública na falta de qualificação legal. Existindo uma identificação clara na lei, esta deverá prevalecer sobre qualquer outro critério, aplicando-se-lhe o regime geral das pessoas coletivas públicas.¹⁷

O conceito de pessoa coletiva pública não é, todavia, consensual na doutrina. Para esta divergência muito tem contribuído a constituição de pessoas coletivas privadas chamadas a exercer funções públicas.¹⁸ Diogo Freitas do Amaral expressa a sua opinião no sentido de que não existem pessoas coletivas privadas que possam integrar a Administração Pública.¹⁹ Em sentido contrário pronunciaram-se Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos²⁰, preconizando a integração no conceito de Administração Pública em sentido orgânico das pessoas coletivas privadas que exercem funções administrativas, ficando vinculadas a certas normas de direito público.

As várias categorias de pessoas coletivas públicas subdividem-se em três grandes tipos: as pessoas coletivas públicas de população e território, como sejam o próprio Estado, as Autarquias locais e as Regiões Autónomas; as do tipo institucional, onde se incluem os institutos públicos e as entidades públicas empresariais e as do tipo associativo, correspondendo às associações públicas.²¹

Se as pessoas coletivas públicas são o sujeito do direito em sede de teoria geral da organização administrativa, os serviços públicos constituem o interior, a organização interna das pessoas coletivas públicas. Na esteira de Marcello Caetano, Diogo Freitas do Amaral define os serviços públicos como “*organizações humanas criadas no seio de*

¹⁶ Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 753.

¹⁷ Vital Moreira, 2003, pp. 272 e 273.

¹⁸ O exemplo mais recente são as chamadas empresas locais, criadas pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

¹⁹ (Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 751

²⁰ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, 2008, pp. 51 e 52.

²¹ Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 756.

*cada pessoa coletiva com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direção dos respetivos órgãos”.*²²

Aos órgãos que dirigem as pessoas coletivas públicas cabe a tomada de decisões em nome das mesmas pessoas coletivas. Os poderes funcionais emergentes dos órgãos de uma pessoa coletiva pública constituem a característica principal da atividade administrativa²³, o que conduz à identificação dos órgãos com os indivíduos, aos quais pertence a atuação. Para os defensores da teoria da organização administrativa no Direito Administrativo,²⁴ os órgãos serão instituições, atendendo-se sobretudo à sua composição e funcionamento. Nesta última perspectiva, os indivíduos só atuam enquanto titulares dos órgãos, pois são estes órgãos os centros dos poderes funcionais.

Nos sistemas de organização administrativa consagrados, tomando como referência as três grandes opções - concentração vs. desconcentração, centralização vs. descentralização e integração vs. devolução de poderes, Diogo Freitas do Amaral afirma existirem quatro combinações possíveis entre estes sistemas organizativos.²⁵ A presença simultânea de concentração e centralização, como primeira modalidade organizativa, só é exequível no seio da pessoa coletiva Estado. No seio de outras pessoas coletivas públicas pode-se assistir, como segunda possibilidade, a uma concentração ou desconcentração de poderes, neste último caso através da figura de delegação de poderes.²⁶ A centralização vs. descentralização da função administrativa surge como terceira forma de organização administrativa admissível e manifesta-se na relação entre o Estado e outras pessoas coletivas ou ainda entre estas últimas.²⁷ Por fim, a integração ou devolução de poderes traduzir-se-á na possibilidade de

²² Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 792. No mesmo sentido, João Caupers, 2009, p.143.

²³ Neste sentido, Afonso Queiró e Marques Guedes, conforme mencionado por Diogo Freitas do Amaral (2012, p. 760).

²⁴ Marcello Caetano (2010, pp. 203-204) defendeu que os órgãos não têm existência distinta da pessoa coletiva a que pertencem, não se confundindo com os indivíduos titulares dos órgãos.

²⁵ Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 835

²⁶ *Idem*, p. 833.

²⁷ *Idem*, p. 873.

transferência dos interesses públicos do Estado para outras pessoas coletivas públicas.²⁸

No que se refere aos princípios constitucionais reguladores da organização administrativa, salienta-se o disposto na CRP, no seu artigo 267.º, n.º 1 e n.º 2, que elenca os seguintes princípios: da desburocratização, da aproximação dos serviços às populações, da participação dos interessados na gestão da Administração Pública, da descentralização e da desconcentração.

A partir desta breve resenha em redor da teoria da organização administrativa pretende-se introduzir a caracterização da ERSE enquanto pessoa coletiva pública, considerando a sua natureza jurídica e a sua finalidade enquanto entidade reguladora, traduzida na independência orgânica e funcional que a lei expressamente lhe confere.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA ERSE

2.1.1 AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NO DIREITO COMPARADO (BREVE REFERÊNCIA)

O aparecimento das entidades administrativas independentes, em particular as que recebem atribuições de regulação económica, teve origem no sistema jurídico norte-americano, o qual influenciou os modelos de regulação construídos em diversos países da Europa, incluindo em Portugal, como mais adiante se revelará.²⁹

²⁸ *Idem*, p. 895.

²⁹ Refira-se, no entanto, que as principais entidades reguladoras independentes existentes em Portugal são fruto do impulso da U.E. neste sentido. Cf. Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais, 2009, p. 12

Com a mesma raiz jurídica anglo-saxónica, as entidades administrativas independentes no sistema britânico nasceram sob a “aura” das “*agencies*” americanas, mas viriam a apresentar características e vicissitudes diferentes das experienciadas nos E.U.A. Considerada por muitos como o caso típico dos sistemas jurídicos dos países da Europa continental,³⁰ a experiência francesa das “*Autorités Administratives Indépendantes*” merece igual destaque nesta breve abordagem das entidades administrativas independentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Na escolha destes três exemplos foram atendidos diferentes critérios, ainda que com o objetivo comum de traçar o melhor quadro de influência para o aparecimento deste tipo de entidades no sistema jurídico português. Neste sentido, a necessidade de descrição das “*independent regulatory agencies*” norte americanas radica na apontada origem da regulação independente, procurando descobrir eventuais similitudes com o modelo adotado em Portugal.

A introdução das referidas “*agencies*” na Europa começa precisamente no Reino Unido. Estas entidades viriam, no entanto, a apresentar natureza e atuação diversas das verificadas nos E.U.A., para o que também poderá ter contribuído o sistema de governo parlamentar inglês.

Em França, à semelhança de Portugal, é seguido o sistema romano germânico, justificando a escolha do caso francês como o terceiro exemplo.

No modelo norte-americano, as “*independent regulatory agencies*” apresentam-se como entidades dotadas de autonomia administrativa no âmbito do poder executivo. Revestem uma estrutura colegial, os seus dirigentes são nomeados pelo presidente dos E.U.A e escolhidos entre personalidades indicadas pelos partidos políticos representados no Senado. A duração do mandato daqueles dirigentes é habitualmente superior à do presidente, o qual só pode demitir os responsáveis por estas entidades independentes perante a omissão ou prática de atos considerados graves que

³⁰ Refira-se, a título de exemplo, Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, p. 21), bem como José Lucas Cardoso (2002, pp. 93-136).

justifiquem a sua exoneração.³¹ As “*agencies*” norte-americanas dispõem, em regra, de poder regulamentar, poder de investigação, poder sancionatório e de uma função “quase jurisdicional”³². Os poderes exercidos por estas agências reguladoras são delegados pelo Congresso norte-americano, por via legislativa, suscitando questões de compatibilidade constitucional, em especial com o princípio da separação de poderes, o que se abordará com maior profundidade no ponto 2.2 deste documento. Sem prejuízo da imputada independência, a atividade desenvolvida por estas entidades está sujeita a mecanismos de controlo da legalidade e da constitucionalidade, nomeadamente através de veto legislativo do presidente e das chamadas “*sunset laws*”³³, além do controlo do poder jurisdicional.

No sistema britânico, as entidades administrativas independentes são tradicionalmente conhecidas por “*Quangos*”.³⁴ Os “*Quangos*” surgem integrados na organização administrativa do Reino Unido, revelam alguma autonomia, mas também se encontram sujeitos a formas de controlo, seja pelo Governo, seja pelo Parlamento, consoante o que estiver previsto no respetivo diploma instituidor. Quando as relações entre o poder legislativo e o poder executivo têm a sua base no princípio da responsabilidade ministerial, a existência de entidades que se encontram fora do controlo de um ministro “belisca” a essência daquele princípio basilar do sistema de governo parlamentar inglês, criando instabilidade nos tradicionais princípios democrático e da responsabilidade parlamentar dos membros do Governo. Segundo o autor inglês Paul Craig, os “*Quangos*” podem ter que prestar contas ao Ministro responsável pelo setor, ou diretamente ao Parlamento ou indiretamente através da Comissão Parlamentar para a Administração.³⁵

³¹ José Lucas Cardoso, 2002, pp. 48-49.

³² Segundo José Lucas Cardoso (2002, p. 51) esta expressão é utilizada pela própria jurisprudência norte-americana, incluindo a do Supremo Tribunal Federal.

³³ São diplomas que avaliam os resultados obtidos pelas “*agencies*” e que podem revogar atos normativos das mesmas ou até mesmo extinguir a existência daquelas entidades. Sobre este conceito, cf. José Lucas Cardoso, 2002, p. 59.

³⁴ Sigla utilizada para se referir à expressão “*quasi-autonomous non governmental organizations*”. Veja-se Paul Graig, 2008, p. 98.

³⁵ Mais recentemente, a atividade dos “*Quangos*” tem sido submetida à investigação por parte de comissões parlamentares, conduzindo autores como Paul Craig (2008, p. 103) a afirmar que a prestação de contas ao Parlamento deve ser entendida como “sucedâneo” do princípio da responsabilidade ministerial.

As “*Autorités Administratives Indépendantes*” francesas são organismos administrativos, dotados de competência regulamentar e independentes, porque não estão sujeitos a superintendência ou tutela, ainda que se integrem na estrutura organizativa do Estado.³⁶ A denominação de “*Autorités Administratives Indépendantes*” não é pacífica na doutrina francesa³⁷, mas a mesma doutrina parece acolher uma posição consensual sobre a caracterização da própria figura. Trata-se de instituições que exercem funções de natureza administrativa, designadamente a aprovação de regulamentos e a prática de atos administrativos, com poderes de autoridade, sendo dotadas de independência orgânica e funcional. Para dirigir estas entidades administrativas independentes são nomeadas pessoas de reconhecido mérito e idoneidade, com mandatos duradouros e submetidas a um regime de incompatibilidades exigente.³⁸ Na perspetiva funcional, a independência das mesmas entidades fundamenta-se na sua não sujeição a ordens e instruções por parte do Governo. Sem embargo das expressas características de autonomia, sustenta-se a integração das “*Autorités Administratives Indépendantes*” na pessoa coletiva Estado, como seu órgão, desprovido de personalidade jurídica.³⁹

2.1.2 AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NO DIREITO PORTUGUÊS

Com a quarta revisão constitucional⁴⁰, o novo artigo 267.º, n.º 3 da lei fundamental passou a prever que “A lei pode criar entidades administrativas independentes. Esta previsão constitucional de organismos administrativos independentes não obriga, no entanto, à sua criação, remetendo para a lei ordinária a possibilidade de serem ou não constituídas.⁴¹ Vital Moreira qualifica o disposto no artigo 267.º, n.º 3 da CRP como uma “norma em branco”, ao abrigo da qual se permite a concretização de alguns desvios ao controlo da Administração Pública pelo Governo, ainda que se mantenha a

³⁶ Definição da autoria de *Herbert Maisl*, conforme refere José Lucas Cardoso (2002, p. 94).

³⁷ José Lucas Cardoso (2002, p. 94) dá como exemplo *Chatherine Teigten-Colly* como preferindo o nome de “*instances de régulation*”.

³⁸ *Idem*, pp. 104 e 105.

³⁹ *Idem*, pp. 122 e 123.

⁴⁰ Concretizada através da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

⁴¹ Cf. José Lucas Cardoso, 2002, p. 439.

sujeição destas entidades administrativas independentes aos princípios fundamentais aplicáveis à Administração Pública.⁴²

Em sede de classificação dos órgãos da Administração Pública, Diogo Freitas do Amaral identifica este tipo de “órgãos independentes” como estando inseridos na administração central do Estado, uma vez que exercem uma função do Estado, mas que, no desempenho das suas funções, não estão sujeitos ao dever de obediência ao Governo.⁴³ O mesmo autor refere ainda que os órgãos independentes são, em regra, eleitos pela Assembleia da República e emitem pareceres, recomendações e diretivas, habitualmente vinculativas para os seus destinatários.⁴⁴ Também Jorge Miranda refere a existência de órgãos independentes da Administração, definindo-os como aqueles que exercem uma função administrativa sem que se submetam aos poderes de direção, superintendência ou mesmo de tutela do Governo.⁴⁵ Este mesmo autor refere que o exercício das competências de consulta e de controlo pelos órgãos independentes não se situa fora da função administrativa, mas manifesta dúvidas sobre se os órgãos independentes de regulação pertencem a esta categoria.⁴⁶

Vital Moreira foi o primeiro autor português a apelidar os órgãos de regulação de “Autoridades Administrativas Independentes”.⁴⁷ O reconhecimento de que o mercado nem sempre tem capacidade para garantir o seu bom funcionamento e de que a regulação de alguns setores da economia obedece a uma lógica específica, diferente da seguida no domínio da política propriamente dita, são alguns dos motivos apontados para o desenvolvimento das entidades administrativas independentes em Portugal.⁴⁸ São entidades que revestem natureza administrativa e exercem uma função

⁴² Vital Moreira e Fernanda Maçãs, 2003, pp. 248-252.

⁴³ Diogo Freitas do Amaral, 2012, pp. 240 e 241.

⁴⁴ *Idem*, pp. 308-310, dando como exemplo a Comissão Nacional de Eleições e a então designada Alta Autoridade para a Comunicação Social, hoje ERC.

⁴⁵ Jorge Miranda, 2010, pp. 39 e 40.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Opinião defendida por José Lucas Cardoso (2002, p. 23). Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais (2009, pp. 29-31) propõem a adoção da designação “Autoridades Reguladoras Autónomas”, tratando-se de pessoas coletivas de direito público, pois prosseguem interesses públicos, dotadas de autonomia reforçada em relação ao Governo e à administração pública direta. São ainda independentes, mas relativamente às entidades sujeitas à sua atividade regulatória.

⁴⁸ Conforme decorre do afirmado por Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, p. 22).

predominantemente administrativa, mas com independência orgânica e funcional perante o Governo.⁴⁹ As pessoas designadas para dirigir estes entes públicos, muitas vezes como resposta à tecnicidade dos setores objeto de regulação, a sua estrutura colegial, a inamovibilidade dos mandatos dos seus membros e o regime de incompatibilidades a que se submetem, dão cumprimento aos requisitos da sua independência orgânica.

A independência funcional, por seu turno, decorre da inexistência de ordens e diretivas vinculativas, de controlo de mérito ou da prestação de contas sobre as orientações defendidas, cabendo apenas aos tribunais a anulação das suas decisões.⁵⁰ As entidades reguladoras independentes exercem habitualmente poderes de autoridade, dispendo de poderes de investigação e de inspeção, além de poder regulamentar e de poder sancionatório, que mais adiante merecerão uma análise mais cuidada. Paralelamente, estas mesmas entidades desempenham funções consultivas e emitem recomendações não vinculativas, que influenciam comportamentos dos agentes económicos e até mesmo modificações legislativas.⁵¹

A especificidade das funções levadas a cabo pelas entidades administrativas independentes e, principalmente, a supra identificada independência orgânica e funcional suscitam a inevitável questão de saber onde se inserem estas entidades, no quadro da organização administrativa do Estado.

O artigo 267.º da CRP, sob a epígrafe “Estrutura da Administração”, prevê, no seu n.º 2, que “(...) a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes”.

Pretende-se agora averiguar se as entidades administrativas independentes, em particular a ERSE, devem integrar a administração direta ou indireta do Estado ou

⁴⁹ *Idem*, pp. 22-30.

⁵⁰ Neste sentido, Vital Moreira, 2003, p. 127.

⁵¹ Veja-se Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, pp. 33-36), bem como por Pedro Gonçalves (2008a, p. 46), que identifica a existência de uma articulação entre a autoridade e o consenso, que apelida de “diálogo regulatório”.

devem pertencer ainda a outro tipo de relacionamento institucional com o poder executivo.⁵²

Na administração direta, os fins do Estado são prosseguidos pelos seus próprios órgãos ou serviços, que se submetem ao poder hierárquico do Governo⁵³. Na administração indireta, a realização dos fins do Estado fica a cargo de entidades dotadas de personalidade jurídica, mas sujeitas à orientação e superintendência do Governo.⁵⁴ Diogo Freitas do Amaral é um dos autores que defende a integração das entidades administrativas independentes na administração direta do Estado.⁵⁵ O substrato institucional das entidades administrativas em apreço poderia conduzir-nos à sua inclusão na administração indireta do Estado, subsumindo-as à figura de instituto público.⁵⁶

Diogo Freitas de Amaral define o conceito de instituto público como a “pessoa coletiva, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa coletiva pública”.⁵⁷ São identificados como espécies de instituto público os serviços personalizados, as fundações públicas e os estabelecimentos públicos.⁵⁸ Vital Moreira e Fernanda Maçãs sustentam a tese de que as “Autoridades Administrativas Independentes”, na qualidade de entes dotados de personalidade jurídica, de direito público, integram a espécie “serviços públicos personalizados”.⁵⁹ Os mesmos autores defendem, no entanto, que, dado o carácter independente das entidades reguladoras, a sua existência importa uma derrogação do regime comum dos institutos públicos,

⁵² A distinção entre administração direta e indireta do Estado e a administração autónoma, no quadro das competências administrativas do Governo, decorre expressamente do previsto no artigo 199.º, alínea d) da CRP.

⁵³ Veja-se José Lucas Cardoso, 2007, p. 18.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Diogo Freitas do Amaral, 2012, pp. 240-241

⁵⁶ João Caupers (2009, p. 124) parece integrar os institutos reguladores, incluindo a ERSE, na administração indireta ou instrumental do Estado, ainda que mais à frente (pp. 220-223) mencione que são entidades administrativas que dispõem de um estatuto de autonomia em relação ao Governo. Segundo o mesmo autor esta autonomia regulatória encontra fundamento em três aspetos: limitação legal sobre a capacidade de interferência do Governo; os dirigentes são titulares de estatuto profissional não sujeito à intervenção do Governo e dispõem de receitas próprias que proporcionam tendencialmente a sua auto-suficiência.

⁵⁷ Diogo Freitas do Amaral, 2012, p. 363.

⁵⁸ *Idem*, p. 366.

⁵⁹ Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, pp. 258-260), na nota justificativa do projeto de lei-quadro sobre os institutos públicos, apresentado ao então Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública.

desde logo, pela ausência de superintendência por parte do poder executivo e pela reduzida tutela a que se submetem.⁶⁰

A lei-quadro dos institutos públicos,⁶¹ no seu artigo 48.º, n.º 1, alínea f) inclui expressamente as entidades administrativas independentes entre os tipos de instituto público que devem beneficiar de um regime especial. São as mesmas características específicas que impedem a inserção destas entidades na administração indireta do Estado e motivam boa parte da doutrina a defender a sua integração num novo setor fundamental da Administração Pública, a que se dá o nome de administração independente.⁶²

Mais consensual parece ser a não integração das entidades administrativas independentes na administração autónoma. A administração autónoma assenta numa legitimidade democrática imediata específica, proveniente de comunidades locais ou setoriais, que relativamente ao Estado se apresenta com fins e interesses próprios e com a capacidade de se auto-administrar.⁶³

As dimensões organizatória e funcional das entidades administrativas independentes parecem justificar uma nova configuração da Administração Pública. Os fins que prosseguem e o regime a que estão sujeitos afastam estes entes públicos da administração direta do Estado, nomeadamente pela ausência de uma estrutura hierarquizada e de uma atuação subordinada ao poder político. Apesar do seu carácter institucional, não são enquadráveis na figura tradicional do instituto público, uma vez que não são objeto do poder de superintendência do Estado. O substrato sociológico que legitima democraticamente as entidades que integram a administração autónoma e a auto-administração dos interesses pelos próprios impedem também a inclusão das entidades administrativas independentes nesta espécie de Administração Pública.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, alterada por último e republicada pela Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro.

⁶² Entre outros, Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, pp. 258-260), bem como José Lucas Cardoso (2007, p. 21)

⁶³ Neste sentido, Vital Moreira, 2003, p. 113.

Estaremos então perante uma nova espécie de Administração Pública, onde devem ser integradas as entidades administrativas independentes, incluindo as incumbidas da tarefa de regulação?

Parece ser este o caminho que se tem vindo a desenhar, com um conceito de administração independente a conquistar uma crescente relevância nas discussões doutrinárias. Em sentido orgânico ou subjetivo, Administração independente pode ser entendida como “(...) o conjunto de órgãos do Estado e de pessoas coletivas de carácter institucional que asseguram a prossecução de tarefas administrativas da incumbência do Estado sem estarem sujeitas a poderes de hierarquia, de superintendência, nem de tutela dos órgãos de direção política”, e em sentido material ou objetivo como “(...) a atividade administrativa exercida com vista à prossecução de fins do Estado, no respeito pela ordem jurídica mas sem subordinação à política.”⁶⁴

A concentração num só organismo público de três tipos de poderes públicos (normativo, administrativo e parajudicial), que se aproximam dos poderes típicos do Estado, podem dar alimento a algumas vozes defensoras da existência de um quarto poder.⁶⁵ Em sentido diverso, Pedro Gonçalves conclui que as entidades reguladoras independentes exercem funções administrativas e integram a Administração Pública.⁶⁶

Analisar-se-á, em seguida, se a ERSE se enquadra no referido conceito de administração independente.

2.1.3 A ERSE

A ERSE foi criada através do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho com o objetivo de assegurar a transparência e a não discriminação do relacionamento comercial no âmbito do então designado Sistema Elétrico de Serviço Público e uma coexistência equilibrada entre esse sistema e o sistema que se começava a desenvolver, de

⁶⁴ José Lucas Cardoso, 2007, p. 17.

⁶⁵ Cf. sobre este aspeto Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais, 2009, pp. 29-31

⁶⁶ Pedro Gonçalves, 2008a, pp. 23-25.

funcionamento de acordo com uma lógica de mercado.⁶⁷ A abertura do setor elétrico à iniciativa privada,⁶⁸ a necessidade de reestruturação do mesmo setor,⁶⁹ vislumbrando uma futura separação das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como o modelo de estruturação⁷⁰ da empresa verticalmente integrada e então designada EDP – Eletricidade de Portugal, S.A., que se começava a desenvolver para acondicionar as diretrizes sobre a distinção jurídica das atividades, criavam em Portugal ambiente propício ao aparecimento da ERSE como entidade reguladora deste setor.

No plano do direito comunitário, na década de 1990, começavam então a ser aprovados atos normativos com vista à realização dos mercados internos de eletricidade e de gás natural⁷¹, incumbindo os Estados-membros da obrigação de designarem uma autoridade competente, independente das partes, para resolver os litígios relativos a contratos, acesso às redes e outras negociações. Esta determinação consta da Diretiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro, que veio estabelecer as regras comuns para o mercado interno de eletricidade.⁷² Neste contexto, pareciam estar reunidas as condições para sustentar uma intervenção regulatória com evidentes características de independência, de modo a fazer face aos desafios traçados pela nova legislação aplicável ao Setor Elétrico Nacional.⁷³

A ERSE tinha, então, como finalidade a regulação do setor elétrico, em Portugal Continental. Os seus primeiros Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97,

⁶⁷ Este sistema recebia o nome de Sistema Elétrico Não Vinculado (SENV), no âmbito do qual iria mais tarde surgir a figura de cliente não vinculado, cujo estatuto era atribuído pela ERSE, permitindo a compra e venda de eletricidade a preços livres.

⁶⁸ Estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro.

⁶⁹ Aferida pelo Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de março

⁷⁰ Para se conhecer melhor este modelo de estruturação da empresa EDP – Eletricidade de Portugal, S.A. podem ser consultados, nomeadamente, os Decretos-Lei n.º 7/91, de 8 de janeiro e n.º 131/94, de 19 de maio.

⁷¹ Refiram-se, como exemplos, as diretivas comunitárias sobre o trânsito de eletricidade ou de gás natural nas grandes redes, respetivamente a Diretiva 90/547/CE e a Diretiva 91/296/CEE, do Conselho, todas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁷² Artigo 20.º, n.º 3.

⁷³ O Pacote Legislativo referente à reforma do setor elétrico português era constituído por uma lei de bases sobre a sua organização e funcionamento – Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho e diferentes diplomas específicos para cada atividade – produção, transporte e distribuição, respetivamente os Decretos-Lei n.º 183/95, n.º 185/95 e n.º 184/95, todos de 27 de julho.

de 20 de fevereiro, conduzindo à sua entrada em funcionamento, com o exercício pleno das suas competências.

As regras comuns sobre o mercado interno de gás natural seriam estabelecidas pela Diretiva 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho, que contemplava um regime de derrogação,⁷⁴ aplicável a Portugal enquanto mercado emergente, uma vez que o primeiro abastecimento no âmbito do seu primeiro contrato de fornecimento de gás natural a longo prazo⁷⁵ fora celebrado há menos de 10 anos. O Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro, que procedeu à transposição daquela diretiva comunitária, determinou a criação de condições para a abertura do mercado de gás natural o mais tardar até ao ano de 2007⁷⁶, suscitando a necessidade de submeter o setor do gás natural ao crivo regulatório. Através do Decreto-Lei n.º 69/2002, de 25 de março, seria aprovada a extensão das competências de regulação da ERSE aos setores elétricos das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, seguindo-se a publicação dos novos estatutos da ERSE⁷⁷, que, em cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 14/2001 e na RCM n.º 154/2001, de 19 de outubro, procederam, em simultâneo, à transformação da Entidade Reguladora do Setor Elétrico em Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, alargando as atribuições e competências da ERSE ao setor do gás natural.⁷⁸

A Diretiva 96/92/CE viria a ser revogada pela Diretiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, destinando o seu artigo 23.º às “entidades reguladoras”, que deveriam ser totalmente independentes dos interesses do setor elétrico. Idêntica circunstância foi operada no setor de gás natural pela Diretiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho.⁷⁹ Também as diretivas de 2003 foram já revogadas pela Diretiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho e pela Diretiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 13 de julho, respetivamente para o setor elétrico e para o do gás natural.

⁷⁴ Decorrente dos artigos 27.º e 28.º da Diretiva 98/30/CE.

⁷⁵ Contratos de aquisição de gás em regime de *take-or-pay*.

⁷⁶ Artigo 14.º.

⁷⁷ Em anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril.

⁷⁸ Cf. Gonçalo Anastácio, 2009, pp. 323-328.

⁷⁹ Artigo 25.º, também com a epígrafe “Entidades reguladoras”.

Estas duas diretivas comunitárias integram o chamado *Terceiro Pacote Energético*, evidenciando-se um claro reforço dos poderes das entidades reguladoras nacionais e do seu respetivo estatuto de independência. Os Estados-membros devem garantir a independência orgânica e funcional das entidades reguladoras perante qualquer órgão político, entidade pública ou privada, bem como de qualquer interesse de mercado.⁸⁰ A transposição das diretivas de 13 de julho de 2009 para o ordenamento jurídico português foi sendo efetuada de forma faseada, concluindo-se, no setor elétrico, com a publicação dos Decretos-Lei n.º 215-A/2012 e n.º 215-B/2012, ambos de 8 de outubro, no setor do gás natural, com os Decretos-Lei n.º 230/2012 e n.º 231/2012, de 26 de outubro, bem como com as alterações às disposições estatutárias da ERSE⁸¹ e pela aprovação do seu regime sancionatório próprio, este através da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos “(...) é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente”.⁸² A ERSE é qualificada legalmente como pessoa coletiva pública, tendo como único órgão decisório o conselho de administração e como órgãos de consulta um conselho consultivo, um conselho tarifário e um fiscal único.⁸³ Com a mais recente alteração dos seus Estatutos,⁸⁴ a ERSE recebe da lei a natureza de entidade administrativa independente, gozando de poderes de regulação, de regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios sobre os setores da eletricidade e do gás natural, bem como sobre a atividade inerente à gestão da rede de mobilidade elétrica.

Os poderes de regulação surgem associados ao processo de cálculo de tarifas e preços, que culmina na sua fixação administrativa pela ERSE. Embora possa igualmente decorrer de um ato normativo (regulamentar) aprovado pela ERSE, a atividade subjacente reveste-se de índole substancialmente económico-financeira,

⁸⁰ Artigo 35.º e artigo 39.º, respetivamente das diretivas do mercado de eletricidade e do gás natural.

⁸¹ Através do Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro e mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, que republicou os estatutos da ERSE.

⁸² Artigo 1º, nº 1 dos atuais estatutos da ERSE, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, que também procedeu à sua republicação.

⁸³ Artigo 26.º e seguintes dos estatutos da ERSE.

⁸⁴ Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho.

sendo plicadas as regras contabilísticas em vigor às atividades reguladas. Na competência regulamentar propriamente dita, a ERSE elabora e aprova regulamentos⁸⁵, no quadro das suas atribuições, tendo como norma habilitante a legislação específica sobre os setores regulados, bem como toda a legislação que verse sobre matérias que integrem as suas competências.⁸⁶

No âmbito da supervisão e da fiscalização, a ERSE desenvolve um conjunto vasto e variado de tarefas. Tem responsabilidade na verificação do cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis aos setores objeto de regulação pela ERSE; pode emitir ordens, instruções e recomendações às empresas sujeitas à regulação da ERSE e exigir-lhes a informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências; realiza inspeções aos sistemas de registo e tratamento de reclamações das referidas empresas ou às suas instalações, designadamente onde são desenvolvidas as atividades de atendimento presencial e/ou telefónico aos seus clientes; realiza ou promove a realização de inquéritos e auditorias; supervisiona o funcionamento dos mercados de eletricidade e de gás natural, incluindo a monitorização regular dos preços a praticar e em prática pelos comercializadores enquanto prestadores dos serviços de fornecimento de energia aos consumidores.

A competência sancionatória da ERSE havia desaparecido com a aprovação dos novos Estatutos (Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril), que incluíram um erro legislativo nunca corrigido, traduzido na identificação da legislação aplicável ao setor elétrico quando se devia referir à legislação do setor do gás natural. Sem prejuízo deste interregno, a ERSE, como entidade reguladora setorial, foi recebendo competências sancionatórias ao abrigo dos diplomas específicos sobre as práticas comerciais

⁸⁵ Estão previstos para o setor elétrico o Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações, o Regulamento de Relações Comerciais, o Regulamento Tarifário, o Regulamento da Qualidade de Serviço e o Regulamento de Operação das Redes (artigo 9.º, n.º 2, alínea a) dos estatutos da ERSE). Em paralelo, para o setor do gás natural são elencados o Regulamento do Acesso às Redes, às Infraestruturas e às Interligações, o Regulamento de Relações Comerciais, o Regulamento Tarifário, o Regulamento da Qualidade de Serviço e o Regulamento de Operação das Infraestruturas (artigo 9.º, n.º 2, alínea b) dos estatutos da ERSE).

⁸⁶ Não me deterei na competência normativa da ERSE, nem na discutida natureza dos regulamentos aprovados pela ERSE, nomeadamente sobre se os mesmos se reduzem à execução das leis habilitantes ou se ganham alguma independência, pois não é esse o objeto da presente dissertação. O que não prejudica algum afloramento do assunto no ponto 2.2, em sede de compatibilidade constitucional do poder regulamentar da ERSE.

desleais,⁸⁷ o Livro de Reclamações⁸⁸ e os denominados “*call center*”.⁸⁹ Recentemente, a ERSE voltou a dispor de um regime sancionatório próprio⁹⁰, com competências para o processamento das infrações tipificadas como contraordenação e a aplicação das correspondentes coimas e eventuais sanções acessórias.

São ainda estatutariamente atribuídas à ERSE competências consultivas e de resolução de litígios. A componente consultiva traduz-se na emissão de pareceres, designadamente a outras entidades da Administração Pública, de que são exemplo expresso na lei a Autoridade da Concorrência, a Direção Geral de Energia e Geologia, a Direção Geral do Consumidor e a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários. Sempre que solicitada pelo Governo, pela Assembleia da República e pelos próprios tribunais, a ERSE deve ainda pronunciar-se sobre as iniciativas legislativas ou outras que se situem no âmbito das suas atribuições⁹¹. A intervenção da ERSE na resolução de litígios será objeto de uma análise particular, maioritariamente no Capítulo 4 deste documento.

Além da sua identificação na lei como entidade administrativa, o exercício dos poderes e das competências atrás descritos evidenciam que a ERSE desempenha uma função administrativa⁹². Como causa desta função administrativa está a prossecução dos interesses públicos associados às necessidades coletivas determinadas por lei,⁹³ consubstanciando, por outras palavras, as atribuições, normalmente específicas, de cada pessoa coletiva pública.

Para Afonso Rodrigues Queiró, a função administrativa consistiria numa das seguintes situações: na garantia da ordem e segurança públicas interna e externa ou na atividade

⁸⁷ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

⁸⁸ Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 371/2007, de 6 de novembro.

⁸⁹ Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho.

⁹⁰ Através da já citada Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

⁹¹ Artigos 15.º e 16.º dos estatutos da ERSE.

⁹² Função administrativa é definida por Diogo Freitas do Amaral (2012, p. 48) como “a atividade típica dos organismos e indivíduos que sob a direção ou fiscalização do poder político, desempenham em nome da coletividade a tarefa de prover à satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar económico e social, nos termos estabelecidos pela legislação aplicável e sob o controle dos tribunais competentes”. Noção semelhante é aceite por João Caupers (2009, p. 36), ainda que a considere insuficiente.

⁹³ Neste sentido, Jorge Miranda, 2010, p. 29.

de prestação de serviços de satisfação de necessidades coletivas essenciais, de natureza social, económica e cultural.⁹⁴ O mesmo autor englobou na função administrativa o poder regulamentar, devidamente delimitado pelo primado da lei.⁹⁵

Neste contexto, pelo menos as competências de regulação, de regulamentação e de fiscalização da ERSE parecem evidenciar uma função materialmente administrativa. Pedro Gonçalves afirma tratar-se de uma função administrativa de regulação, chegando a pronunciar-se favoravelmente à existência de um Direito Administrativo da Regulação.⁹⁶ Por sua vez, a intervenção desta entidade reguladora no julgamento de ilícitos de mera ordenação social, bem como na resolução de litígios é considerada por alguns autores como uma verdadeira função jurisdicional.⁹⁷ Outros autores defendem que o desempenho de algumas atividades das entidades reguladoras independentes pode situar-se a “meio caminho” entre a função administrativa e a função jurisdicional.⁹⁸ Voltar-se-á a esta questão a propósito da intervenção da ERSE na resolução de litígios. Procurar-se-á verificar se também a função administrativa pode ter como finalidade dirimir conflitos de interesses.

À semelhança de outras entidades administrativas independentes, a ERSE é uma pessoa coletiva pública de tipo institucional. Trata-se de um instituto público, dotado de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Estas características permitem integrar a ERSE na figura de serviço personalizado, uma das espécies de instituto público apontadas pela doutrina.⁹⁹

O que distingue a ERSE, bem como outras entidades administrativas com a incumbência da regulação dos institutos públicos tradicionais, é o seu estatuto de independência. Além da doutrina¹⁰⁰, também a lei postula expressamente a existência

⁹⁴ Afonso Rodrigues Queiró, 1976, pp. 10 e 11

⁹⁵ *Idem*, pp.18 e 19.

⁹⁶ Pedro Gonçalves, 2008a, pp. 23-25

⁹⁷ De que é exemplo José Lucas Cardoso (2002, pp.513 e 514).

⁹⁸ Neste sentido, Vital Moreira e Fernanda Maçãs, 2003, p. 40.

⁹⁹ Este conceito de serviço personalizado é muito próximo do definido por Diogo Freitas do Amaral (2012, p. 348).

¹⁰⁰ Cf.: José Lucas Cardoso, 2002, p. 330-347; Vital Moreira, 2004, p. 175.

de independência orgânica e funcional.¹⁰¹ No primeiro domínio, são indicados como requisitos de independência a exclusividade dos membros do Conselho de Administração da ERSE¹⁰², a sua submissão ao regime de incompatibilidades e impedimentos aplicáveis aos titulares de altos cargos públicos, estendendo-se o regime geral de impedimentos dos funcionários e agentes da Administração Pública aos restantes trabalhadores da ERSE. Dirigentes e trabalhadores da ERSE tão pouco podem deter quaisquer interesses económicos ou financeiros nas empresas cuja atividade esteja sujeita à sua função regulatória¹⁰³. No plano funcional, a independência da ERSE radica na não submissão do seu Conselho de Administração a ordens, instruções ou orientações por parte do Governo ou de outra pessoa coletiva pública¹⁰⁴, cabendo recurso das suas decisões apenas junto dos tribunais.¹⁰⁵ Os membros do Conselho de Administração não podem ser demitidos antes do termo do respetivo mandato, salvo quando justificado em situações especiais, como a existência de falta grave, incapacidade permanente ou incompatibilidade superveniente, entre outros motivos previstos nos estatutos da ERSE.¹⁰⁶

Ainda que se proclame a independência orgânica e funcional de entidades reguladoras como a ERSE, ela não é absoluta e não o poderá ser, considerando a sua vigência no quadro de um Estado de Direito Democrático, aspecto que merecerá melhor desenvolvimento no ponto 2.2 deste documento. Por ora, proceder-se-á à identificação das situações que podem servir de limitação a este carácter de independência

¹⁰¹ A última reformulação dos estatutos da ERSE, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, acrescenta a expressão “independência orgânica” à já prevista independência funcional (artigo 1.º, n.º 2). Refira-se, no entanto, que para Eduardo Vera-Cruz Pinto (2005, pp. 168-169 e p. 198) a qualificação jurídica das entidades reguladoras como entidades administrativas independentes não é tarefa da lei, mas sim dos jurisprudentes, dos que constroem o Direito apesar ou além da lei.

¹⁰² Exceto a atividade de docência ou de investigação (artigo 29.º dos estatutos da ERSE).

¹⁰³ Artigo 54.º, n.º 5 dos estatutos da ERSE.

¹⁰⁴ Alexandre de Albuquerque e Pedro de Albuquerque (2005, p. 272) referem, inclusivamente, que a independência atribuída às autoridades reguladoras resulta desta ausência de vínculos de subordinação ao poder político e não da natureza da função desenvolvida.

¹⁰⁵ A impugnação judicial poderá correr os seus termos junto dos tribunais administrativos, quando tenham como objeto atos administrativos ou dos tribunais judiciais comuns, tratando-se de atos de gestão privada ou outros do domínio do Direito Privado e ainda junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nas decisões sobre processos contraordenacionais.

¹⁰⁶ Artigo 30.º, n.º 2 e n.º 3 dos estatutos da ERSE.

O primeiro limite à independência da ERSE e de outras entidades reguladoras equivalentes decorre da própria lei. A ERSE é criada pela lei¹⁰⁷, que define as suas atribuições e competências (estatutos), constituindo norma habilitante do seu poder regulamentar. Na verdade, a lei pode livremente modificar ou mesmo extinguir as entidades administrativas independentes. A independência da ERSE surge imediatamente restringida quando cabe ao Governo a nomeação dos membros do Conselho de Administração da ERSE¹⁰⁸, sendo afinal possível a sua demissão, apesar de carecer de justificação especial, bem como a aprovação do orçamento, dos planos e relatórios de atividades e contas.¹⁰⁹ Os relatórios anuais sobre a atividade de regulação são enviados ao Governo e à Assembleia da República, devendo ainda o Presidente do Conselho de Administração da ERSE comparecer às sessões de informação e esclarecimento convocadas pela Comissão Parlamentar responsável pelos assuntos económicos e de regulação.

Além da fiscalização por parte do Tribunal de Contas, todas as demais decisões da ERSE se submetem ao controlo judicial, seja dos tribunais administrativos, do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e dos tribunais judiciais comuns, consoante a natureza dos atos praticados.

As limitações à independência das entidades reguladoras, incluindo a ERSE, situam-se principalmente ao nível da estrutura e atividades de natureza administrativa.¹¹⁰ A “prestação de contas” junto do Governo e da Assembleia da República sobre as atividades de regulação propriamente dita não configura, salvo melhor opinião, um verdadeiro limite à independência das entidades reguladoras, mas antes lhes conferem uma responsabilização acrescida, legitimada, perante os consumidores e os cidadãos

¹⁰⁷ É discutida na doutrina se a competência legislativa para a criação das entidades administrativas independentes está sujeita a reserva de lei, pelo menos relativa, obrigando à existência prévia de uma lei de autorização legislativa, com o sentido e os termos especificamente definidos. A ERSE foi criada através do Decreto-Lei n.º 187/1995, de 27 de julho, sem ter qualquer lei de autorização como base. Com a publicação da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprovou a lei-quadro das entidades reguladoras, que no seu artigo 7.º, n.º 1 prevê que “As entidades reguladoras são criadas por lei”, ressuscitou-se de algum modo o debate em torno da questão de reserva de lei para a criação destas entidades.

¹⁰⁸ A nomeação dos membros do Conselho de Administração da ERSE obedece habitualmente a critérios de elevada qualificação profissional e reconhecido mérito.

¹⁰⁹ Estes documentos estão sujeitos à aprovação por parte dos Ministros responsáveis pelas pastas da energia e das finanças (artigos 51.º e 58.º dos estatutos da ERSE).

¹¹⁰ Cf. Leila Cuéllar, 2004, p.687.

em geral. Esta “*Accountability*” decorre ainda do próprio procedimento regulamentar desenvolvido pela ERSE, onde se pretende evidenciar o princípio da transparência da sua atividade regulatória. O processo é desencadeado com a divulgação pública de uma proposta regulamentar, devidamente justificada, convidando todos os interessados a pronunciarem-se sobre a iniciativa. No âmbito do mesmo processo de consulta pública, a proposta regulamentar é submetida à apreciação do Conselho Consultivo e, quando necessário, ao Conselho Tarifário¹¹¹, enquanto órgãos consultivos da ERSE. Atendendo à composição destes órgãos de consulta, todos os interesses dos setores regulados se encontram representados no processo decisório da ERSE.¹¹² Em paralelo, o procedimento regulamentar deve ser comunicado especificamente ao membro do Governo responsável pela área da energia, à Direção Geral de Energia e Geologia, às empresas reguladas e às associações de consumidores.¹¹³ Uma vez concluído o prazo para a consulta pública, a ERSE introduz no ato regulamentar as alterações consideradas adequadas, responde aos comentários recebidos, fundamentando as suas decisões, e publica toda a informação obtida com este procedimento,¹¹⁴ salvo indicação expressa do interessado na não publicitação da sua opinião.

Os pareceres emitidos pelos Conselhos Consultivo e Tarifário não são vinculativos para o Conselho de Administração da ERSE, mas sustentam e determinam não raras vezes o sentido da sua tomada de decisão. No final de cada período regulatório, com duração de cerca três anos, a ERSE desencadeia um processo de revisão regulamentar mais alargado, fazendo culminar a fase de consulta pública com a realização de uma audiência pública, contando com a presença de todos os interessados. Toda a informação sobre este procedimento é divulgada na página da ERSE na Internet.¹¹⁵ A independência acompanhada da referida responsabilização pública contribui, como

¹¹¹ O Conselho Tarifário deve ser chamado a pronunciar-se sempre que as medidas regulamentares propostas digam respeito ao tema das tarifas e preços, de que são exemplo os regulamentos tarifários para os setores da eletricidade e do gás natural (artigo 48.º dos estatutos da ERSE).

¹¹² Sobre a composição dos Conselhos Consultivo e Tarifário veja-se os artigos 41.º e 46.º dos estatutos da ERSE.

¹¹³ Artigo 10.º, n.º 1 dos estatutos da ERSE.

¹¹⁴ Os atos normativos da ERSE que tenham eficácia externa devem ser obrigatoriamente publicados na 2.ª série do Diário da República e divulgados na sua página na Internet (artigo 10.º, n.6 dos estatutos da ERSE).

¹¹⁵ A página da ERSE na Internet tem o seguinte endereço eletrónico: www.erse.pt.

refere Vital Moreira, para a realização do Estado de Direito Democrático.¹¹⁶ A necessidade de fundamentação, de transparência e de participação pública veio a ser expressamente prevista na lei-quadro das entidades reguladoras,¹¹⁷ legitimando o caminho que, desde a sua entrada em funcionamento, a ERSE acolheu como pressuposto da sua ação.

Em suma, a ERSE assume-se como uma entidade administrativa, de natureza institucional, integrada na Administração Pública, dotada de autonomia administrativa e financeira e com características de independência orgânica e funcional perante o poder executivo. Desenvolve uma atividade que visa a realização de fins diretamente atribuídos ao Estado, ainda que específicos.¹¹⁸ Exerce uma função formal e materialmente administrativa, no âmbito da qual executa e implementa regras jurídicas aprovadas pelo poder legislativo, sem prejuízo da identificação de poderes “quase legislativos”, através da aprovação de regulamentos ou ainda de poderes “quase judiciais”¹¹⁹. A natureza definitiva das decisões da ERSE, apenas impugnáveis judicialmente, bem como dos poderes de investigação, de inspeção e sancionatório, convergem ainda na classificação da ERSE como “autoridade pública”. A estabilidade dos mandatos dos dirigentes da ERSE, os seus conhecimentos técnicos e o reconhecimento do seu profissionalismo contribuem para a defesa de uma certa neutralização, procurando escapar à influência das maiorias partidárias no âmbito do poder político.¹²⁰ A eficácia e a eficiência são objetivos que prevalecem sobre o mero cumprimento formal e estrito da lei, em busca de resultados que melhor satisfaçam as necessidades coletivas públicas.¹²¹

¹¹⁶ Cf. *Declaração de Condeixa*, de outubro de 2002 (Vital Moreira, 2004, pp 717 e 718).

¹¹⁷ Artigo 41.º da Lei n.º 67/2013.

¹¹⁸ Veja-se a este propósito o artigo 81.º da CRP, em particular as alíneas f) e i) que em sede de tarefas prioritárias atribui ao Estado, respetivamente o dever de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e o de garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

¹¹⁹ Expressões inspiradas no modelo norte-americano das “*independent regulatory agencies*”, respetivamente referentes a “*rule-making*” e “*Adjudication*” (José Lucas Cardoso, 2002, pp. 50 e 51).

¹²⁰ Sobre este aspeto, Pedro Gonçalves (2008a, p. 29) refere que “A regulação independente pretende, assim, revelar a imagem de um Estado despolitizado (...) alicerçada na *expertise*, no conhecimento e na imparcialidade ou indiferenciação aos interesses de feição ou aos interesses do mercado”.

¹²¹ *Idem*, pp. 34 e 35, defendendo por esta razão uma certa retração do princípio da legalidade administrativa.

As especificidades desta sua função administrativa de regulação justificam a inclusão da ERSE e de outras entidades reguladoras num novo setor fundamental da Administração Pública, a “Administração Independente”, posição que vai ganhando cada vez mais defensores.¹²²

2.2 A ERSE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A existência de entidades administrativas com independência orgânica e funcional “causa desconforto ao modelo tradicional de organização administrativa do Estado”¹²³, aderente ao sistema jurídico-administrativo do tipo continental, fortemente hierarquizado e assente num órgão como responsável máximo da Administração Pública que é o Governo. Entre os poderes atribuídos pela lei a estes entes públicos, administrativamente autónomos e sem superintendência e tutela por parte do Governo, as competências de regulamentação e sancionatórias são as mais frequentemente questionadas no quadro da organização do poder político, baseada no princípio da separação de poderes. Ainda no âmbito deste mesmo princípio, suscita-se igualmente a compatibilidade constitucional da concentração daqueles e outros poderes num só organismo administrativo. Antes de se avaliar o impacte de funções “quase legislativas” e “quase judiciais” no sistema jurídico-constitucional consagrado, importa conhecer com um pouco mais de pormenor o conceito do princípio constitucional da separação de poderes, incluindo a sua evolução histórica enquanto princípio estruturante do Estado. Ressalva-se, no entanto, que a referência ao princípio da separação de poderes no âmbito desta dissertação serve apenas o propósito de conferir melhor enquadramento às competências da ERSE, principalmente na área da RAL, não recebendo por isso o desenvolvimento que lhe é merecido.

¹²² Por todos, Vital Moreira, sendo possível inferir esta posição a partir de variados textos, nomeadamente na *Declaração de Condeixa* (2004, pp. 711-723) ou juntamente com Fernanda Maçãs (2003, pp. 258-260) ou, ainda, em comentário ao artigo 2.º da CRP, juntamente com J.J. Gomes Canotilho (2007, pp 204-209).

¹²³ Cf. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, 2003, p. 43.

2.2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Notabilizado por Montesquieu e criado por Locke, o princípio da separação de poderes emerge dos pressupostos do Estado liberal, preocupado com a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos perante os centros do poder. Os direitos fundamentais e a divisão de poderes surgem na base da construção do Estado de Direito, ainda no séc. XIX.¹²⁴ A conceção liberal do princípio da separação de poderes evidenciava uma prevalência da função legislativa e do órgão responsável pelo seu exercício, o Parlamento. O poder judicial submetia-se exclusivamente à lei e começava a desenhar-se o princípio da legalidade da administração. O primado da lei, a independência dos tribunais e o princípio da legalidade administrativa caracterizavam o que a doutrina apelidou de Estado de Direito formal.¹²⁵ A divisão orgânica dos poderes visava essencialmente a prevenção da concentração e do abuso do poder.¹²⁶ Sem prejuízo da separação dos poderes em legislativo, executivo e judicial, propunha-se já a coexistência equilibrada e a colaboração recíproca entre as várias funções do Estado.¹²⁷ O Estado de Direito material, centrado na tutela efetiva dos direitos fundamentais, surgiria no pós-II Guerra Mundial.¹²⁸

No Estado social e democrático de direito do século XX, a separação de poderes entre os vários órgãos do Estado é atenuada por uma maior partilha entre a função normativa e a função administrativa, com exceção do poder judicial, reforçando-se a sua independência.¹²⁹ Dentro desta perspetiva, as funções do Estado são repartidas pelos diferentes órgãos considerando a sua adequação à respetiva natureza, procedimentos de atuação, legitimação perante os cidadãos e responsabilização.¹³⁰

¹²⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros (2010, pp. 93-115) referindo-se ao artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, pp. 135-139) qualificam esta visão herdada do Estado liberal como a dimensão negativa do princípio da separação de poderes.

¹²⁷ Jorge Reis Novais (2011, pp. 24-27) reporta esta mesma posição ao próprio Montesquieu.

¹²⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2010, pp. 93-115.

¹²⁹ Cf.: Jorge Reis Novais, 2011, pp. 24-27 e Maria Lúcia Amaral, 2005, p.155.

¹³⁰ Neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, 2008, p. 136

A CRP de 1976 manifestou particular atenção aos direitos fundamentais e à organização do poder político.¹³¹ Com a revisão constitucional de 1982, o regime político seria definido como Estado de direito democrático, aumentando o leque de direitos e liberdades fundamentais e os mecanismos de fiscalização, sendo criado o Tribunal Constitucional. Na revisão da CRP de 1997 o princípio da separação e interdependência de poderes passou a ter uma menção expressa também no artigo 2.º da CRP, que tem por epígrafe “Estado de Direito Democrático”. Jorge Miranda e Rui Medeiros¹³² identificam três segmentos no referido artigo 2.º da CRP. O primeiro designa o regime político postulado – o Estado de Direito Democrático. O segundo segmento compreende os elementos que constituem aquele regime: soberania popular, pluralismo de expressão e organização política democráticas, respeito e garantia na efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, separação e interdependência de poderes. Por último, os objetivos a alcançar, que são a realização da democracia económica, social e cultural, bem como o aprofundamento da democracia participativa.

Enquanto pressuposto formal do Estado de Direito Democrático, o princípio da separação de poderes significa que um conjunto de competências é atribuído a determinado (s) órgão (s) a título principal.¹³³ A competência legislativa é entregue de modo primordial à Assembleia da República, a competência administrativa ao Governo e a função jurisdicional constitui reserva dos tribunais.¹³⁴ Numa perspetiva similar, Jorge Miranda e Rui Medeiros fazem corresponder a separação de poderes ao primado da competência legislativa da Assembleia da República, à exclusão de competência administrativa da Assembleia da República e à reserva jurisdicional dos tribunais.¹³⁵ Mais do que uma reserva de poderes e a existência de uma pluralidade de órgãos, o referido princípio constitucional deve ser interpretado como uma divisão de

¹³¹ O princípio da separação e interdependência de poderes foi consagrado na versão original da CRP, no âmbito da organização do poder político, onde também se mantém atualmente, no artigo 111.º da CRP.

¹³² Cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2010, pp 93-115.

¹³³ Cf. Paulo Otero, 2010, pp. 11-12 e Maria Lúcia Amaral, 2005, p. 154

¹³⁴ Maria Lúcia Amaral, 2005, p. 154.

¹³⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2010, pp 93-115.

competências funcionalmente adequada à realização dos fins do Estado de Direito Democrático.¹³⁶

Neste âmbito, a separação e interdependência de competências deve traduzir-se num melhor controlo, muitas vezes recíproco, entre os vários órgãos de soberania, promovendo a sua co-responsabilização, designadamente na garantia de proteção dos direitos fundamentais.¹³⁷ Esta visão sai ainda reforçada com o significado atribuído à interdependência de poderes, determinando a existência de vários mecanismos de colaboração entre órgãos de soberania, de que é exemplo paradigmático a iniciativa legislativa repartida entre a Assembleia da República e o Governo.¹³⁸ Apenas o poder judicial não admite partilha, devendo ser exercido exclusivamente pelos tribunais.¹³⁹

Vital Moreira, sobre este tema, refere a existência de uma separação de poderes entre, por um lado, a Assembleia da República e o Governo e, por outro lado, a atividade regulatória propriamente dita. À Assembleia da República pertencerá traçar os quadros legislativos e ao Governo as linhas estratégicas a seguir pela regulação. As entidades reguladoras ficarão encarregadas de implementar as decisões legais, de acordo com as diretrizes estratégicas, através da sua ação de regulamentação, de supervisão e sancionatória.¹⁴⁰

2.2.2 PODER REGULAMENTAR E FUNÇÃO LEGISLATIVA

Entre as competências conferidas às entidades reguladoras independentes, incluindo a ERSE, constam a elaboração e a aprovação de regulamentos. Em Portugal, da mesma forma que se atribui a faculdade da lei ordinária instituir entidades administrativas independentes, a CRP prevê a possibilidade de a competência regulamentar ser

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ Também neste sentido, Vital Moreira e J.J. Gomes Canotilho, 2007, p. 209

¹³⁸ Artigo 167, n.º 1 da CRP.

¹³⁹ Neste sentido, Maria Lúcia Amaral, 2005, p. 155.

¹⁴⁰ *Declaração de Condeixa*, de outubro de 2002 (Vital Moreira, 2004, p. 713).

estabelecida pela mesma categoria de leis.¹⁴¹ Não resulta da lei fundamental qualquer “reserva governamental” para a aprovação de regulamentos administrativos.¹⁴²

Diogo Freitas do Amaral identifica como fundamentos do poder regulamentar, além da Constituição e da lei, a impossibilidade do legislador prever todas as situações concretas e o próprio reconhecimento da existência de regras de grau inferior, chamadas a regular com maior detalhe o exercício de direitos e obrigações estabelecidas na lei.¹⁴³

O regulamento traduzir-se-á num conjunto de normas jurídicas cuja aprovação tem origem num órgão ou serviço da Administração Pública, no âmbito da sua função administrativa, não constituindo qualquer ameaça à reserva do poder legislativo.¹⁴⁴ O exercício do poder regulamentar encontrar-se-á delimitado pelas correspondentes normas habilitantes, estas necessariamente dimanadas do poder legislativo, consubstanciando o princípio da legalidade aplicável à Administração Pública. À Administração caberá realizar os fins públicos previamente fixados pelo legislador.¹⁴⁵ O que não significa que a primazia da função legislativa sobre a função administrativa deva ser exercida de modo absoluto, pois tal mostrar-se-ia contrário ao objetivo último do princípio da separação de poderes, que procura evitar a concentração de poderes num só órgão.¹⁴⁶

Não se justificando discutir no contexto desta dissertação a maior ou menor liberdade associada ao poder regulamentar da Administração Pública, os regulamentos emanados das entidades administrativas independentes, em particular da ERSE, podem submeter-se a maior ou menor controlo pela lei, mas não se confundem com os atos legislativos, que apenas podem integrar as competências da Assembleia da República e do Governo. Talvez apenas mais uma nota, suscitada por este “dualismo

¹⁴¹ Artigo 112.º, n.º 6 e n.º 7 da CRP.

¹⁴² Expressão utilizada por José Lucas Cardoso, 2002, p. 483.

¹⁴³ Diogo Freitas do Amaral, 2013, pp. 200 e 201.

¹⁴⁴ Neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, 2008, pp. 138 e 139.

¹⁴⁵ Ver a este propósito Afonso Queiró, 1976, pp. 63 e 64.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 140

legislativo”¹⁴⁷, consagrado pela CRP e que incide sobre a chamada “reserva de administração”. Tiago Duarte debateu com profundidade este tema, a propósito da Lei do Orçamento, da iniciativa exclusiva do Governo, a quem também cabe a execução do orçamento, mas cuja aprovação encontra-se reservada à Assembleia da República.¹⁴⁸ Este exemplo paradigmático de partilha do poder legislativo tem alimentado alguma controvérsia sobre a própria interpretação do princípio da separação de poderes, considerando os seus limites e as formas de controlo recíproco existentes.¹⁴⁹

2.2.3 A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Se a criação do direito pertence ao legislador, aos tribunais cabe a interpretação e a aplicação do direito.¹⁵⁰ No âmbito da função jurisdicional determina-se em concreto o direito, aplicável aos litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre entidades públicas e particulares. Neste sentido, é jurisdicional o ato que se traduz na resolução de situações juridicamente controvertidas, visando a obtenção da “*paz jurídica*” num conflito concreto.¹⁵¹ Por sua vez, a função administrativa visa a realização de determinados interesses públicos, que justificam a intervenção da Administração Pública, diferentes da referida “*paz jurídica*”.¹⁵² Será a prossecução dos interesses correspondentes às necessidades coletivas fixadas por lei que constitui a causa da função administrativa, ainda que através do direito, enquanto a causa da função jurisdicional pode ser encontrada no cumprimento das próprias normas jurídicas.¹⁵³

¹⁴⁷ Cf. Tiago Duarte, 2007, p.60.

¹⁴⁸ *Idem*, pp. 623-655.

¹⁴⁹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, pp. 139-140) defendem a necessidade de uma análise casuística sobre a existência e a extensão de uma reserva de administração, sem prejuízo do princípio da legalidade administrativa.

¹⁵⁰ Para Maria Lúcia Amaral (2005, p. 159), o cerne da separação de poderes reside nesta afirmação. Além do Tribunal Constitucional, a CRP, no seu artigo 209.º, identifica as seguintes categorias de tribunais: os tribunais judiciais; os tribunais administrativos; o Tribunal de Contas e ainda os tribunais marítimos, os tribunais arbitrais e os julgados de paz.

¹⁵¹ Cf. Afonso Queiró, 1976, p. 53, ou ainda como exemplo o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 3 de maio de 2013 (Processo 00217/08.0BEVIS), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/f6e5ce8ef4af423080257b6d00538006?OpenDocument&Highlight=0,3,de,maio,de,2013>.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ Entendimento preconizado por Jorge Miranda, 2010, pp. 29-30.

A função jurisdicional, segundo a CRP, no seu artigo 200.º, é conferida aos tribunais, competindo-lhe “administrar a justiça em nome do povo”,¹⁵⁴ designadamente através da resolução de conflitos de interesses públicos e privados. Todavia, também a função administrativa pode integrar a resolução de conflitos de interesses, assumindo-se, nesse caso, como responsabilidade de um órgão ou serviço da Administração Pública. Sem prejuízo de melhor desenvolvimento deste tema no capítulo 4, pode antecipar-se que os tribunais são chamados a dirimir conflitos com o objetivo de servir o interesse público da própria “*composição dos conflitos*”. Na função administrativa, a resolução de conflitos de interesses encontra-se ao serviço de outros interesses públicos.¹⁵⁵

A fronteira entre a função administrativa e a função jurisdicional nem sempre é fácil de alcançar. A este propósito, alguma doutrina situa certas atividades das entidades administrativas independentes “a meio caminho” entre aquelas duas funções.¹⁵⁶ Vital Moreira chegou a considerar as entidades administrativas independentes como instâncias parajudiciais que, de algum modo, podem constituir uma alternativa ao poder jurisdicional.¹⁵⁷ Segundo o citado autor, os procedimentos quase judiciais, estabelecidos na própria lei, seriam legitimados pela independência e imparcialidade que caracterizam as entidades em apreço.¹⁵⁸ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos referem-se a esta situação como uma “*zona cinzenta*” entre a função jurisdicional e a função administrativa, classificando esta prática da Administração enquanto “*atos administrativos judicativos*”.¹⁵⁹ Por sua vez, Pedro Gonçalves considera a resolução de litígios da responsabilidade das entidades reguladoras independentes como uma competência de natureza administrativa. Para este autor, o ato de resolução do litígio visa principalmente conformar ou reintegrar a ordem pública setorial, ou seja, pretende servir um interesse público, ainda que o mesmo possa trazer benefício para os interesses privados presentes no litígio.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Artigo 200.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP.

¹⁵⁵ Neste sentido, Vital Moreira e Fernanda Maças, 2003, pp. 40 e 41..

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ Vital Moreira, 2003, pp. 134-135.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, p. 137), os atos administrativos judicativos são um híbrido de atos administrativos e jurisdicionais.

¹⁶⁰ Pedro Gonçalves (2008, p. 48) chama-lhes “poderes administrativos novos”.

Esta afirmação conduz-nos a uma outra questão – a de saber se existem e em caso afirmativo quais são os tipos de litígios regulatórios. Constatando a existência de uma diversidade destes litígios, Maria Fernanda Maçãs¹⁶¹ identifica um conceito de litígios regulatórios em sentido amplo, situados quer no âmbito do direito público quer no direito privado. Assim, entre os litígios decorrentes de relações jurídico-administrativas, a referida autora menciona a existência de litígios entre a entidade reguladora independente e as entidades reguladas, os utentes, outras entidades reguladoras (conflitos de atribuições) e com o Governo. No direito privado, salienta os litígios entre consumidores e as entidades reguladas, entre estas e a entidade reguladora independente e entre as próprias empresas reguladas.

No caso particular da ERSE, a imposição de uma compensação aos consumidores de energia por incumprimento de padrões de qualidade de serviço, a resolução de litígios entre o operador da rede de transporte e empresas verticalmente integradas ou o julgamento de ilícitos de mera ordenação social, constituem procedimentos susceptíveis de ser indiciados como integrando uma função “jurisdicional”.¹⁶² Mas em todas estas “decisões” a última palavra pertencerá sempre aos tribunais, de competência comum ou especial, em função da natureza do ato da ERSE em causa, sempre como única instância de recurso para a atuação desta entidade reguladora.

¹⁶¹ Maria Fernanda Maçãs, 2006, pp. 21-49.

¹⁶² Competências previstas, nomeadamente, nos seus estatutos [artigo 3.º, n.º 4, alíneas a) e c) ou no artigo 19.º], bem como na legislação setorial aplicável [ex. Decreto-Lei n.º 215-A/2012, artigo 45.º-A, n.º 2, alínea e) ou a Lei n.º 9/2013]. Neste sentido, José Lucas Cardoso, 2002, p. 340, referindo-se à ERSE.

3 A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

A resolução alternativa de litígios, na expressão inglesa ADR surge nos E.U.A. na sequência de movimentos que visavam um acesso universal à justiça e de crítica ao sistema jurídico existente¹⁶³. Surgem por força da incapacidade de resposta dos tribunais judiciais, designadamente a alguns litígios emergentes das relações entre particulares. Na década de 1980, algumas técnicas e procedimentos de RAL foram introduzidos no sistema judicial norte americano. Mais recentemente, nos E.U.A., continuando a utilizar a sigla ADR, o termo “*Alternative*” foi substituído pelo termo “*Adequate*”, procurando englobar na expressão ADR os meios de resolução de litígios de diferente natureza aos utilizados em tribunais judiciais.¹⁶⁴

No sistema judicial inglês, a RAL, em particular através do uso de mediação, surge prevista expressamente no *Civil Procedures Rules*, em 1999, o que viria a motivar a utilização de procedimentos de RAL sempre que o próprio tribunal o sugerisse. Neste contexto, foram celebrados *pre-action protocols*, nos quais a mediação aparecia como fase prévia ao processo judicial. Em outubro de 2002, o *English Commercial Court* defendeu a integração de uma cláusula de RAL nos contratos, com uma clara referência a um determinado procedimento institucional, que naquele caso seria o *Centre of Effective Dispute Resolution (CEDR)*, em Londres.¹⁶⁵

De acordo com o mencionado CEDR, são inúmeras as vantagens na inclusão de uma cláusula de RAL num contrato: incentiva as partes a considerar um meio alternativo de resolução dos litígios emergentes do contrato, sem as obrigar a recorrer ao mesmo, pois é voluntário; potencia a possibilidade de ser alcançada uma decisão vinculativa, mas obtida por acordo entre as partes; garante a confidencialidade e centra-se especificamente nas necessidades das partes, no presente e no futuro.¹⁶⁶

¹⁶³ Foi o caso do pensamento *Critical Legal Studies* seguido na Universidade de Harvard, na década de 1970, conforme refere Sílvia Barona Vilar, 1999, pp. 47-92.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ Eileen Carrol and Karl Mackie, 2006, p. 44.

¹⁶⁶ *Idem*, pp.182-188.

Em Espanha, a RAL surge também evidenciada na segunda metade do século XX, fruto do contexto sócio-económico vivido no resto do mundo. Apesar da *Asociación para la Promoción de la Mediación en España*, procurando promover e difundir a mediação, esta não tem sido um meio utilizado de forma consistente no sistema jurídico espanhol.¹⁶⁷

Em Espanha, sem embargo da existência uma lei geral sobre a arbitragem,¹⁶⁸ têm sido mais frequentes as arbitragens especiais, destacando-se a prevista para o direito de consumo na *Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*.¹⁶⁹

Os tribunais foram instituídos como a sede socialmente legítima para a resolução de litígios, fruto do próprio princípio do Estado de Direito. Sabe-se, no entanto, que o recurso a meios alternativos, como a mediação e a arbitragem, precedem historicamente o funcionamento dos tribunais.¹⁷⁰

Em Portugal, a institucionalização dos meios de RAL, em particular da mediação de conflitos, tem lugar no último decénio do século XX. A RAL em Portugal surge igualmente associada à procura de respostas à crise da justiça, quer pela quantidade e morosidade dos processos em curso nas instâncias judiciais, quer pela necessidade de serem encontradas soluções mais adequadas a certos conflitos, ultrapassando-se a aplicação estrita da lei e aproximando-se mais do cidadão a quem a justiça deve servir.¹⁷¹ Neste mesmo sentido, *Martine Bourry d’Austin, Gérard Pluyette e Stephen Bensimon* respondem à pergunta sobre a necessidade da mediação de conflitos num Estado de Direito Democrático com a afirmação “*La justice ne résout pas le problème posé*”.¹⁷²

Este movimento em defesa da RAL em vários países da Europa e nos E.U.A. começou a ter eco nas próprias instâncias normativas da União Europeia, sendo as mais

¹⁶⁷ Sílvia Barona Vilar, 1999, p. 177.

¹⁶⁸ Ley 36/1988, de 5 de diciembre.

¹⁶⁹ Ley 26/1984, de 19 de julio. Neste sentido, Sílvia Barona Vilar (1999). *Solución Extrajudicial de Conflictos*, p.238.

¹⁷⁰ Neste sentido, Luís Melo Campos, 2008, p.9

¹⁷¹ Mariana França Gouveia, 2012, p. 28.

¹⁷² Martine Bourry d’Autin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon, 2004, p. 2.

recentes iniciativas as concretizadas através da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo e do Regulamento (EU) 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, também de 21 de Maio, relativo à resolução alternativa de litígios de consumo em linha. A referida diretiva, que deverá ser transposta para os ordenamentos jurídicos nacionais até 9 de julho de 2015, tem como objetivo assegurar que os consumidores possam voluntariamente apresentar queixas junto de entidades que façam uso de procedimentos de RAL independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos. Idênticos objetivos são fixados no Regulamento (EU) 524/2013, de 21 de maio, determinando a disponibilização pelos Estados membros de uma plataforma de resolução de litígios em linha (RLL).

Ainda dentro do quadro normativo europeu, mas recuando à década de 1990, salienta-se a Recomendação da Comissão Europeia n.º 98/257/CE, de 30 de março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo, a qual veio a ser acolhida de forma expressa no ordenamento jurídico português, através da publicação do Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de maio.¹⁷³ Este diploma assume-se inclusivamente como “*regulamentação*” da Recomendação da Comissão n.º 98/257/CE, reafirmando um conjunto de princípios que devem nortear a atuação das entidades que intervêm de algum modo na resolução extrajudicial de conflitos de consumo. A mesma recomendação exclui do seu âmbito de aplicação o procedimento de arbitragem. As entidades que venham a intervir na RAL de consumo devem oferecer garantias de imparcialidade e de independência, nomeadamente através da designação de pessoas com capacidade, experiência e competência para o exercício da função (princípio de independência). Devem prestar, a qualquer pessoa que o solicite, informações sobre o tipo de litígios que podem ser objeto de intervenção da entidade, formas e valor jurídico das decisões tomadas e o regulamento do seu funcionamento (princípio da transparência). Devem permitir que qualquer uma das partes conheça a posição da outra parte (princípio do contraditório), que seja fácil e razoável o acesso ao processo e este seja pouco moroso (princípio da

¹⁷³ Este diploma criou um sistema de registo voluntário de entidades que pretendam fazer uso de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, regulamentado através da Portaria n.º 328/2000, de 9 de junho e que mais adiante merecerá nova referência a propósito da ERSE.

eficácia). A decisão da entidade deve ser fundamentada e comunicada às partes, não podendo privar o consumidor da proteção conferida pelas normas imperativas (princípio da legalidade), só podendo ser vinculativa se as partes o aceitarem expressa e previamente, mas nunca em momento anterior à ocorrência do litígio (princípio da liberdade). As partes podem ser acompanhadas ou mesmo representadas no processo por terceiro (princípio da representação). Com a publicação do Decreto-Lei nº 146/99 pretende-se, como refere a própria lei, promover e reforçar a confiança dos consumidores e dos profissionais na RAL, neste caso emergentes das relações jurídicas de consumo. Foi, sem dúvida, um marco na história da RAL, contada em português.

Uma nova Recomendação da Comissão Europeia é publicada em 2001¹⁷⁴. Esta recomendação é relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual dos litígios com os consumidores, procurando colmatar a não aplicação da recomendação anterior¹⁷⁵ aos procedimentos que se limitassem à tentativa de aproximar as partes, com vista à obtenção de um acordo, sem propor ou impor uma solução ao litígio. A recomendação de 2001 reitera os princípios da imparcialidade, da transparência, da eficácia e da equidade a que devem obedecer as entidades que intervêm na resolução consensual de litígios de consumo.

No mesmo ano de 2001 é publicada em Portugal a Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, que veio estabelecer as regras aplicáveis à organização, à competência e ao funcionamento dos julgados de paz, com impacto significativo no desenvolvimento da mediação como mecanismo de RAL.

As características apontadas à grande maioria dos meios de RAL são a voluntariedade, a consensualidade e a procura da conciliação dos interesses das partes em diferendo, ressaltando-se no caso particular da arbitragem voluntária o caráter adjudicatório decorrente da decisão atribuída a um terceiro (o árbitro). Deste modo, por regra, a vontade das partes é apontada como o primeiro requisito para o recurso aos meios de

¹⁷⁴ Recomendação n.º 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001.

¹⁷⁵ Recomendação n.º 98/257/CE, de 30 de março de 1998.

RAL.¹⁷⁶ No que se refere à característica de consensualidade, esta parece decorrer do facto de a decisão sobre o litígio pertencer por inteiro às partes envolvidas. A fronteira concetual entre os vários meios de RAL nem sempre é fácil de definir. Ainda assim, no âmbito deste capítulo, procurar-se-á autonomizar cada um dos meios de RAL que mais frequentemente têm sido utilizados em matéria de relacionamento comercial e contratual, com a possibilidade de aplicação direta ao setor energético: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

3.1 MEDIAÇÃO

Se atendermos ao disposto na lei dos julgados de paz, “*A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes com a sua participação activa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe*”.¹⁷⁷ Esta noção não se afasta muito da resultante da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a aspetos da mediação em matéria civil e comercial. Esta diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, que aditou ao Código de Processo Civil os artigos 249.º-A, 249.ºB e 249.ºC e o artigo 279.º-A, entretanto já revogados pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que veio estabelecer os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Apenas este último diploma inclui uma definição explícita do conceito de mediação.¹⁷⁸ Trata-se de um processo organizado de resolução de litígios, no qual as partes envolvidas são as únicas responsáveis pela obtenção de uma solução para o seu diferendo, por acordo, ainda que assistidas por um terceiro

¹⁷⁶ Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, um Acórdão de Uniformização da Jurisprudência de 24 de maio de 2007 (Proc. N.º 07B881), relativo à liberdade das partes em optar entre o recurso aos julgados de paz e aos tribunais judiciais, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fc48a5319fbf1ecc802572eb003b2e1c?OpenDocument>.

¹⁷⁷ Artigo 35.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

¹⁷⁸ O artigo 2.º, alínea a) define mediação como “a forma de resolução de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

imparcial. Neste âmbito, a Diretiva 2008/52/CE admite que a mediação possa ser desenvolvida por um juiz, desde que este não lidere qualquer processo judicial sobre o mesmo litígio.

Refere-se algumas vezes que mais do que solucionar um litígio, a mediação deve primeiro promover a vontade das partes em restabelecer o relacionamento afetado pelo litígio.¹⁷⁹ Esta visão de resolução cooperativa, não adversarial, reflete-se no papel conferido ao mediador. Sobre este aspeto, é costume a doutrina distinguir mediação facilitadora de mediação interventora, consoante o mediador não tenha ou tenha a possibilidade de propor soluções às partes no decorrer do processo. Os defensores de uma participação mais ativa do mediador fazem ressaltar que as propostas do mediador não põem em causa o poder de decisão¹⁸⁰, que caberá sempre e unicamente às partes envolvidas no litígio, pois a “*autoridade*” do mediador é conferida diretamente pelas partes e deve limitar-se ao controlo do processo de mediação mas não do seu conteúdo.¹⁸¹ O domínio pelas partes é uma das características principais assinaladas à mediação enquanto mecanismo de RAL.¹⁸² Além deste *empowerment*, são igualmente identificados com a mediação outros princípios, como os da confidencialidade, da independência e da imparcialidade, da competência e da responsabilidade ou ainda de uma maior atenção aos verdadeiros interesses das partes, desvalorizando os direitos titulados por cada uma das partes no caso concreto. Para descobrir os interesses das partes, *Christopher W. Moore* identifica duas técnicas específicas da mediação: o teste, em que o mediador através da sua repetição vai conseguindo aproximar-se dos interesses das partes, com a ajuda destas e o modelo hipotético, mediante o qual são propostas várias opções, conseguindo-se uma perceção gradual dos verdadeiros interesses das partes.¹⁸³

¹⁷⁹ Cf. Mariana França Gouveia, 2012, pp. 42 e 43.

¹⁸⁰ Este carácter mais interventivo é considerado por outros como sendo já conciliação, na medida em que propõe soluções. Veja-se a este respeito Dário Moura Vicente (2005, p. 390) que situa a fronteira entre mediação e conciliação na diferença de grau de intervenção do terceiro, respetivamente menor e maior.

¹⁸¹ Neste sentido, Luís Melo Campos, 2008, p. 11.

¹⁸² Entre outros, Jorge Morais Carvalho (2011, p. 278). defende ser este o aspeto fundamental da mediação, que se deve manter ao longo de todo o processo.

¹⁸³ Mariana França Gouveia, 2012, p. 72.

No que se refere à confidencialidade, a lei portuguesa veio impô-la a todos os intervenientes num processo de mediação.¹⁸⁴ Tratar-se-á de uma regra imperativa, a qual obriga as partes a manter a confidencialidade do processo? Poderão as partes convencionar, entre si, exceções a esta confidencialidade?

Segundo a lei, “O dever de confidencialidade só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção superior da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação (...)”.¹⁸⁵ Do lado do mediador, a confidencialidade é resultado do exercício da sua profissão, enquanto dever de sigilo profissional. O mediador encontra-se impedido de, por exemplo, ser testemunha num processo judicial sobre um litígio em que interveio na qualidade de mediador. Para garantir a confidencialidade, o mediador precisa de ser independente, imparcial e neutral em relação às partes, não devendo deter qualquer interesse pessoal ou profissional, direto ou indireto e económico no conflito ou sobre qualquer uma das partes.¹⁸⁶

Todavia, se o que caracteriza a mediação, na sua essência, é a vontade das partes, não se vislumbra impedimento à celebração de acordo entre ambas as partes no sentido de excluir ou afastar a confidencialidade, sempre dentro da disponibilidade das partes.

Podem ser diversos os papéis desempenhados pelo mediador de conflitos: um gestor do processo; um legitimador do processo e do que nele se decide; um facilitador da comunicação entre as partes e um educador, principalmente quando as partes acusam uma insuficiência de experiência negocial.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Artigo 5.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Neste sentido, veja-se nomeadamente os artigos 21.º, 30.º e 35.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, o n.º 2.1 do Código Europeu de Conduta para Mediadores (tradução portuguesa disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/>) e o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁸⁷ Luís Melo Campos, 2008, p.14.

Antes da sessão de mediação propriamente dita, alguns autores identificam a existência de fases prévias. *Christopher W. Moore*, por exemplo, indica cinco momentos anteriores a desenvolver pelo mediador: a constituição de um relacionamento com as partes; a escolha de uma estratégia de mediação; a recolha de informação sobre as partes e o conflito; a programação detalhada da mediação e o estabelecimento de confiança e cooperação.¹⁸⁸ *Henry Brown* e *Arthur Marriot*, por sua vez, reduzem esta fase da pré-mediação a três momentos: a introdução das partes na mediação; o compromisso e o acordo sobre as regras da mediação; a comunicação preliminar e a preparação da sessão de mediação.¹⁸⁹

Em Portugal, na lei dos julgados de paz e na nova lei sobre a mediação prevê-se expressamente uma sessão de pré-mediação, na qual se informa as partes sobre o que significa a mediação e as regras aplicáveis, procurando descobrir o interesse das partes em obter um acordo.

Já no desenvolvimento do processo de mediação, *Juan Carlo Vezzula* refere seis fases: a apresentação do mediador e das regras do processo; a exposição do problema pelas partes; o resumo e a ordenação inicial do problema; a descoberta dos interesses ainda ocultos pelas partes; a criação de ideias; o acordo.¹⁹⁰ *Eileen Carroll* e *Karl Mackie*¹⁹¹ preconizam três grandes etapas no processo de mediação. O primeiro momento é apelidado de assuntos preliminares, no qual se inclui uma reunião entre o mediador e as partes, juntas ou separadas e o restabelecimento do contacto entre as partes. Na segunda fase assiste-se à “troca de informação” entre as partes, que são convidadas a transmitir a sua opinião sobre o problema, sob o ponto de vista legal, factual, financeiro e até emocional. Os mesmos autores denominam a terceira e última etapa de “Processo de Negociação”, onde se situa o centro da prática da mediação, em que as partes são incentivadas a procurar várias opções que permitam dar uma solução ao conflito que as opõe. *Eileen Carroll* e *Karl Mackie* conseguem igualmente descrever os benefícios da mediação através do acrónimo “Focus”:

¹⁸⁸ Mariana França Gouveia, 2012, p. 63.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 64.

¹⁹¹ *Eileen Carroll* e *Karl Mackie*, 2006, p. 66 e 67.

Forward Thinking;

Open Dialogue;

Commercial Dialogue;

Understanding the reasons for deadlock in respect of all parties;

*Strategic, multifaceted approach to solutions.*¹⁹²

De acordo com o exposto na já referida lei sobre a mediação em Portugal, após o primeiro contacto entre as partes e o mediador, o procedimento de mediação prosseguirá através da celebração de um protocolo assinado pelas partes e pelo mediador. Do protocolo de mediação devem constar os seguintes elementos: "(...) a) A identificação das partes; b) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação; c) A declaração de consentimento das partes; d) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade; e) A descrição sumária do litígio ou objeto; f) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador; g) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação, ainda que passíveis de alterações futuras; h) A definição dos horários do mediador, (...), exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação; i) A data."¹⁹³

A mesma lei¹⁹⁴ determina que o procedimento de mediação cessa quando seja obtido acordo escrito entre as partes, uma das partes desista do procedimento, o mediador o decida fundamentadamente, seja impossível obter o acordo entre as partes, se atinja o prazo máximo de duração do procedimento estipulado pelas partes no protocolo de mediação, incluindo eventuais prorrogações acordadas.

Tratando-se de um método privado e voluntário, as partes podem celebrar uma convenção de mediação, que pode ou não ser acompanhada de uma convenção de arbitragem.¹⁹⁵ Muito recentemente, a lei portuguesa conferiu eficácia potestativa à

¹⁹² *Idem*, p. 37.

¹⁹³ Artigo 16.º, n.º 2 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁹⁴ Artigo 19.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁹⁵ “*Multi-step clause*”, primeiro tem lugar a mediação e depois a arbitragem. Neste sentido, Mariana França Gouveia, 2012, p. 68.

convenção de mediação, à semelhança do que já sucedia com a convenção de arbitragem, desde que cumpridos determinados requisitos. Assim, proposta uma ação em tribunal sobre uma questão objeto de uma convenção de mediação, se o réu o requerer até ao momento da apresentação do seu primeiro articulado sobre o mérito da causa, o juiz deverá suspender a instância e remeter o processo para a mediação.¹⁹⁶

Através da celebração de uma convenção de mediação, as partes podem manifestar a sua vontade em submeter a resolução de um determinado litígio à mediação. A autonomia da vontade das partes terá como limite as situações em que a lei expressamente atribua a resolução do litígio a um tribunal judicial, como sucede em certos aspetos do sistema público da mediação penal. Neste sentido, o âmbito de aplicação da mediação e de outros negócios jurídicos processuais será delimitado através do critério da disponibilidade das partes.

A recente lei sobre a mediação em Portugal prevê a possibilidade de serem objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que respeitem a interesses de natureza patrimonial e ainda os litígios em que, não incidindo sobre interesses patrimoniais, as partes possam transacionar sobre o direito controvertido¹⁹⁷, o que vai ao encontro do já defendido maioritariamente pela doutrina. Na verdade, na esfera da autonomia privada, as partes podem acordar livremente sobre as matérias que pretendem submeter à intervenção de um mediador. Se o acordo (convenção de arbitragem) não for válido, designadamente por indisponibilidade das partes, esta questão da invalidade deverá ser suscitada nos termos gerais do direito.¹⁹⁸

A convenção de mediação deve apresentar forma escrita, que pode ser demonstrada através de documento escrito assinado pelas partes, de troca de correspondência escrita e de outros meios de comunicação, incluindo os eletrónicos, desde que, justamente, reduzida a escrito.¹⁹⁹ Se a convenção de mediação é suscetível de criar

¹⁹⁶ Artigo 12.º, n.º 4 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁹⁷ Artigo 11.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

¹⁹⁸ Neste sentido, refira-se nomeadamente Jorge Morais Carvalho, 2011, pp. 284 e 285.

¹⁹⁹ Artigo 12.º, n.º 2 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

uma instância alternativa ao tribunal judicial, é necessário que se tenha a certeza jurídica de que é essa a vontade das partes, manifestando-a pela forma escrita.

Em resumo, a mediação é um procedimento de RAL que assenta na vontade das partes, ainda que assistidas por um terceiro (o mediador) independente e imparcial. Visa restabelecer o relacionamento entre as partes, quebrado pelo litígio e é, em regra, confidencial. O domínio das partes não impede que o mediador possa propor ou sugerir opções de solução para o litígio, cabendo às partes a última palavra.

3.2 CONCILIAÇÃO

Qualquer tentativa para definir o conceito de conciliação passa habitualmente pela comparação deste procedimento com o da mediação. Por vezes, a conclusão de que se trata de conciliação resulta simplesmente do que fica excluído do âmbito fixado para a mediação.²⁰⁰ Na Grã-Bretanha, o termo “*conciliação*” foi durante algum tempo sinónimo de mediação, sendo que a mediação se tornou mais popular e utilizada, subsistindo ainda algumas vezes com a denominação de conciliação.²⁰¹

A conciliação é um meio de RAL, voluntário, pois assenta na autonomia da vontade das partes e pretende conduzi-las à obtenção de um acordo como forma de resolver o conflito que as opõe, também de um modo cooperativo. Para autores como *Henry Brown* e *Arthur Marriot*, a conciliação e a mediação não se distinguem, apenas constituem níveis diferentes de mediação.²⁰² De acordo com o *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, conciliação significa um processo que pode ser designado por outra expressão, incluindo “*mediação*”, através do qual uma terceira pessoa ajuda as partes a conseguir uma solução amigável, por acordo, para um conflito de natureza contratual ou decorrente de outra qualquer relação legal.²⁰³ Neste

²⁰⁰ Sílvia Barona Vilar, 1999, p. 80.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² Mariana França Gouveia, 2012, p. 90. Em sentido diverso, Cardona Ferreira, (2006, pp. 733-759) que apelida de redutora a diferença entre mediação e conciliação baseada no grau de intervenção. Este mesmo autor conjuga os dois conceitos, identificando a conciliação como o objetivo da mediação e esta como a ação necessária para alcançar o objetivo.

²⁰³ Eileen Carroll e Karl Mackie, 2006, p. 213.

procedimento, o conciliador não tem autoridade para impor uma solução às partes, mas pode, em qualquer fase, propor ações de acordo sobre o conflito. Para muitos autores, na proposta de soluções reside a principal diferença entre a conciliação e a mediação,²⁰⁴ esta última mais facilitadora do diálogo entre as partes, com vista à obtenção do acordo, mas sem sugerir soluções.²⁰⁵ Na escolha entre a mediação e a conciliação como o procedimento adequado para a resolução de um litígio podem ainda ser ponderados outros aspetos. Se estivermos perante um relacionamento contínuo entre as partes, por razões familiares, laborais ou até de vizinhança, o objetivo de uma intervenção deve ser o de restabelecer o diálogo e a relação preexistente entre as partes. Se o relacionamento entre as partes assumir um carácter meramente material, a finalidade passará principalmente pela eliminação do conflito entre as partes. Na primeira situação, a mediação parece o mecanismo mais ajustado à recuperação do contacto entre as partes, enquanto na segunda situação a conciliação deve ser indicado como o procedimento mais apropriado.

Na doutrina distingue-se, por vezes, uma conciliação não contenciosa de uma conciliação dita judicial ou arbitral. Sílvia Barona Vilar apelida-as, respetivamente, de conciliação sem intervenção pública, no âmbito da qual são as partes que alcançam a resolução do conflito, e a conciliação com intervenção pública, levada a cabo por organismos públicos, jurisdicionais e não jurisdicionais.²⁰⁶

Em Portugal, na esteira do direito alemão, o Código de Processo Civil, no seu artigo 594.º, prevê a obrigação de o juiz realizar uma tentativa de conciliação entre as partes. No mesmo sentido, a lei dos julgados de paz determina que o juiz de paz deve procurar conciliar as partes²⁰⁷, acolhendo o entendimento veiculado pelas “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”.²⁰⁸ A intervenção de um juiz ou de um árbitro no mecanismo da conciliação pode questionar o princípio da independência, uma vez que nas sessões de conciliação podem ser recolhidas percepções suscetíveis

²⁰⁴ Cf. Joana Paixão Campos, 2009, p. 8.

²⁰⁵ Neste sentido, Mariana França Gouveia, 2012, p. 90.

²⁰⁶ Sílvia Barona Vilar, 1999, pp. 47-92.

²⁰⁷ Artigo 26.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

²⁰⁸ Mariana França Gouveia, 2012, p. 93.

de influenciar a sua capacidade de decisão sobre o litígio. Para obviar a este constrangimento, uma parte significativa da doutrina tem vindo a preconizar que o juiz que conduz uma tentativa de conciliação não deve ser o mesmo que posteriormente venha a realizar o julgamento do mesmo litígio.²⁰⁹ Embora se trate de um procedimento de RAL, não adjudicatório, a conciliação pode ser conduzida por quem tem habitualmente poderes adjudicatórios – um juiz, um juiz de paz, um árbitro.²¹⁰ Seja um juiz, um árbitro ou outro profissional. Os defensores deste entendimento colocam a mediação do outro lado da balança, no sentido de que a mediação não precisa de ser realizada por um profissional, ainda que nada impeça que o seja, e procura essencialmente pacificar as partes de modo a recuperar o relacionamento preexistente.²¹¹ Nesta perspetiva, a conciliação não jurisdicional não apresentaria qualquer divergência com a mediação.²¹²

Em sentido diverso, Catarina Frade reconhece no conciliador um papel menos ativo do que o conferido ao mediador.²¹³ De acordo com este entendimento, na conciliação caberá ao terceiro apenas conduzir as partes no processo de restabelecimento do contacto, sem sugerir qualquer solução concreta para o litígio.

Em suma, a conciliação é um procedimento de RAL, voluntário que procura aproximar as partes com vista à obtenção de um acordo sobre a resolução do litígio. O terceiro que assiste as partes pode dispor de poder de decisão sobre o caso concreto, mas enquanto conciliador apenas deve proporcionar a harmonização das partes, sem recomendar ou propor uma solução.²¹⁴

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ *Idem*, p. 100. Na mesma linha Jorge Morais Carvalho, (2011, p. 279), referindo como exemplo a conciliação judicial, realizada pelo juiz. Também Joana Paixão Campos (2009, pp. 13 e 14), defendeu que se estará perante a conciliação quando o terceiro chamado a intervir tenha sempre posteriormente poder de decisão, seja ou não o juiz no caso concreto.

²¹¹ Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, 2006, pp. 36 -38.

²¹² Mariana França Gouveia, 2012, p. 100.

²¹³ Catarina Frade, 2003, pp. 107-128.

²¹⁴ A experiência recolhida junto dos centros de arbitragem de conflitos de consumo mostra que a conciliação é habitualmente conduzida pelo diretor do centro, que não dispõe de poder de decisão sobre o conflito. Sendo frustrada a conciliação, o conflito é posteriormente submetido ao julgamento e decisão arbitral.

3.3 ARBITRAGEM

A arbitragem distingue-se dos restantes meios de RAL por ser adjudicatório, pois atribui a um terceiro (o árbitro) o poder de decidir qual a solução para um litígio, vinculativa para ambas as partes. Estas características tornam a arbitragem o mecanismo de RAL mais próximo do sistema judicial tradicional, salvo no que se refere à vontade das partes como pressuposto da arbitragem, no caso de esta ser voluntária.

A natureza jurídica da arbitragem tem suscitado diferentes opiniões na doutrina, em particular a arbitragem voluntária. A teoria da natureza contratual assenta no entendimento de que a decisão arbitral consiste num contrato celebrado pelos árbitros, estes como mandatários das partes. De acordo com este pensamento, só com a homologação judicial a decisão arbitral passará a constituir sentença. Já os defensores da natureza jurisdicional equiparam os árbitros aos juízes, designadamente quanto aos seus poderes de julgamento e de decisão. A doutrina mais atual tem adotado uma posição mista, caracterizando a arbitragem voluntária como tendo uma base contratual, por um lado, mas também por desempenhar uma função jurisdicional, por outro lado.²¹⁵ São conhecidas duas espécies de arbitragem voluntária: a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada. Diz-se *ad hoc* quando o tribunal arbitral é constituído especificamente para dirimir um determinado litígio, extinguindo-se após a decisão arbitral. A arbitragem institucionalizada pressupõe a existência de uma entidade, habitualmente uma pessoa coletiva de direito privado, que, com caráter de permanência, organiza e realiza a atividade de arbitragem voluntária, regendo-se por um regulamento próprio.

A existência jurídica e o funcionamento dos centros de arbitragem institucionalizada dependem de autorização do Ministério da Justiça, obedecendo ao disposto no Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de setembro. À arbitragem voluntária institucionalizada têm sido apontados dois modelos.²¹⁶ Um dos modelos é associado à chamada arbitragem comercial, que prevê a existência de uma entidade que funciona como suporte administrativo aos tribunais arbitrais, os quais vão sendo constituídos

²¹⁵ Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida, 2008, pp.2 e 3.

²¹⁶ Mariana França Gouveia, 2012, p. 107.

casuisticamente, ou seja, perante cada litígio. O outro modelo é seguido pelos centros de arbitragem para os conflitos de consumo e caracteriza-se pela existência de um tribunal arbitral, constituído por um único árbitro.

A natureza contratual da arbitragem voluntária resulta do acordo entre as partes em submeter a resolução do litígio que as opõe à decisão de árbitro (s). A manifestação desta vontade traduz-se na celebração da convenção de arbitragem cujo efeito é a constituição de uma jurisdição alternativa ao tribunal judicial.²¹⁷ A convenção de arbitragem pode apresentar-se sob uma de duas modalidades: o compromisso arbitral que tem por objeto um litígio atual e a cláusula compromissória, que incide sobre litígios que eventualmente decorram de uma relação jurídica.

A validade da convenção de arbitragem deve ser analisada com recurso aos seguintes parâmetros: o acordo entre as partes, a arbitrabilidade, a forma, o conteúdo e a autonomia²¹⁸.

A validade da convenção de arbitragem na perspetiva do acordo das partes tem sido avaliada com base em duas disposições do regime das cláusulas contratuais gerais²¹⁹: o artigo 21.º, alínea h) e o artigo 19.º, alínea g).

O artigo 21.º, alínea h) do regime das cláusulas contratuais gerais determina que sejam absolutamente proibidas as cláusulas que indiquem modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias procedimentais estabelecidas pela lei. Na procura da interpretação mais conforme ao espírito do legislador, alguns autores²²⁰ consideram que a convenção de arbitragem, inserida em contratos (cláusula compromissória) celebrados com consumidores finais, deve permitir a escolha por parte do consumidor entre propor ação judicial ou recorrer à arbitragem.

Este entendimento poderá ter estado na origem da figura da arbitragem necessária aplicável aos conflitos de consumo emergentes da prestação dos chamados serviços

²¹⁷ Para Paula Costa e Silva (2009, pp. 34-36) a alternatividade subjacente à RAL só existe na comparação entre tribunais judiciais e tribunais arbitrais, enquanto meios funcionalmente equivalentes.

²¹⁸ Neste sentido, Mariana França Gouveia, 2012, p.110-112.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Idem.*

públicos essenciais, introduzida pela Lei n.º 6/2011, de 10 de março.²²¹ De acordo com o estabelecido no artigo 15.º, nº 1 da lei dos 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*”. São pressupostos da aplicação desta forma apelidada de arbitragem necessária: a existência de litígios emergentes de uma relação de consumo; no âmbito da prestação de um serviço público essencial; que o litígio seja submetido à intervenção de um dos centros de arbitragem de conflitos de consumo devidamente autorizados, já previamente existentes; mediante a opção expressa do consumidor, assim entendido nos termos do disposto no artigo 2.º da lei de defesa do consumidor.²²²

Esta decisão legislativa não é de todo consensual, questionando-se, desde logo, a obrigação de recurso à forma de arbitragem prevista. A submissão de um litígio à arbitragem não deve impedir o acesso aos tribunais judiciais, enquanto direito constitucionalmente consagrado, sem prejuízo de ser legalmente conferida à decisão arbitral valor equivalente ao da sentença judicial. Discute-se ainda a compatibilidade da obrigação de recurso perante o regime da arbitragem voluntária, seguido pelos referidos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Na situação em apreço, apenas o consumidor beneficia do princípio da voluntariedade, basilar da correspondente forma de arbitragem, assentando na convenção celebrada entre as partes.²²³

Por seu turno, o artigo 19.º, alínea g) do regime das cláusulas contratuais gerais²²⁴ determina que sejam proibidas as cláusulas gerais que estabeleçam um foro

²²¹ Esta lei procedeu à terceira alteração à Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que criou no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger os utentes de serviços públicos essenciais.

²²² Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 63/2003, de 8 de abril e pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

²²³ Paula Costa e Silva (2009, p. 114) denomina estes casos de “arbitragem putativamente voluntária”, manifestando a sua posição no sentido de a competência de um tribunal arbitral dever fundar-se na vontade das partes, através da celebração da convenção de arbitragem, o que não sucede quando uma das partes é constrangida a aceitar uma determinada jurisdição arbitral.

²²⁴ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

competente que possa gerar graves inconvenientes para uma das partes. Este tipo de condição contratual é bem conhecido no âmbito dos contratos de adesão com consumidores, nos quais é pré-formulada pelo fornecedor de bens ou serviços uma cláusula geral que indica a competência exclusiva de um determinado tribunal judicial ou comarca, com expressa renúncia a qualquer outro. Maioritariamente, a doutrina²²⁵, acompanhada pela jurisprudência portuguesa, considera o artigo 19.º, alínea g) do regime das cláusulas contratuais gerais aplicável à arbitragem, propugnando pela validade da cláusula compromissória do contrato em que se insira.

Outro dos requisitos essenciais à validade da convenção de arbitragem, talvez o mais importante, prende-se com a admissibilidade da arbitragem, ou seja, com a arbitrabilidade de um determinado litígio. A doutrina parece convergir no entendimento de que são arbitráveis os litígios que envolvam interesses económicos e ainda os que não contendo interesses de natureza patrimonial sejam transacionáveis. Foi este critério da patrimonialidade o acolhido na lei portuguesa²²⁶, admitindo a arbitrabilidade de uma forma ampla.

Ainda a propósito da arbitrabilidade dos litígios, tem sido suscitada a admissibilidade da arbitragem voluntária nas relações jurídicas de Direito Público. A questão que se coloca em Portugal prende-se com a indisponibilidade da competência atribuída ao Estado enquanto garante do respeito pelo princípio da legalidade. O controlo sobre os atos administrativos não pode ser entregue à autonomia da vontade das partes²²⁷. Tal como sucede noutros países, como França, Itália ou a Alemanha, também em Portugal o controlo contencioso dos atos emanados da Administração Pública encontra-se reservado aos poderes de autoridade do Estado. O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais aprovado em 1984²²⁸ consagrou uma cláusula geral de admissibilidade da arbitragem administrativa, mas exclui o recurso contencioso dos atos administrativos. Este mesmo entendimento foi acolhido pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, que aprovou o novo Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

²²⁵ Cf. Mariana França Gouveia, 2012, p. 112.

²²⁶ Artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

²²⁷ João Caupers, 1999, p.5.

²²⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril.

Sobre a possível intervenção da arbitragem no domínio dos contratos públicos e dos atos administrativos, Paulo Otero salienta três aspetos: o controlo da legalidade; o controlo do mérito; a relevância da equidade.²²⁹ Este mesmo autor exclui do âmbito de aplicação da arbitragem o controlo da legalidade, a título principal, das normas regulamentares, dos atos administrativos suscetíveis de ação administrativa especial e dos atos administrativos que possam ser objeto de contrato administrativo. No que se refere ao controlo de mérito, Paulo Otero aceita a intervenção de um tribunal arbitral para as questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados nos termos da lei substantiva, desde que o não sejam com o fundamento na sua invalidade. Também o julgamento segundo a equidade carece de uma análise cautelosa, uma vez que a equidade pode permitir suavizar ou corrigir a solução decorrente da lei ou revelar-se mesmo *contra legem*. A arbitragem de alguns litígios emergentes de relações jurídicas ou atos de natureza administrativa pode mostrar-se benéfica para a justiça em geral e para a justiça administrativa em particular, principalmente quando se esteja perante situações de cariz técnico mais complexo. Reitera-se, no entanto, a ressalva de que a legalidade dos atos administrativos não pode ser deixada à disposição de árbitros.²³⁰

A convenção de arbitragem deve assumir a forma escrita, em nome da segurança e certeza jurídicas. Tal como já sucede atualmente com a convenção de mediação, a lei da arbitragem voluntária considera o requisito da forma escrita em sentido amplo, aceitando-se, designadamente, o seu cumprimento através de documentos eletrónicos não assinados.²³¹ A falta de forma da convenção de arbitragem importa a sua nulidade e conseqüentemente a incompetência do tribunal arbitral então “*constituído*”. Entre as partes, a convenção de arbitragem produz o efeito de constituir o tribunal arbitral, interrompendo o prazo prescricional para a propositura de ação judicial. Em relação a terceiros, salvo acordo em contrário, a convenção da arbitragem permite transmitir a

²²⁹ Paulo Otero, 2009, pp. 85-91.

²³⁰ João Caupers, 1999, pp. 5-8.

²³¹ Artigo 2.º, n.º2 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, na esteira da *Convenção de Nova Iorque* e da Lei Modelo da UNCITRAL.

posição jurídica das partes ao sucessor, em caso de morte ou extinção inter-vivos através da figura de cessão da posição contratual.²³²

A convenção de arbitragem deve ter um conteúdo mínimo essencial, determinado por lei e, por isso, obrigatório, sob pena de nulidade.²³³ Para o efeito, a convenção de arbitragem deve identificar com precisão o objeto do litígio ou, tratando-se de uma cláusula compromissória, a relação jurídica a partir da qual possam emergir os litígios. No conteúdo facultativo da convenção de arbitragem podem ser incluídas muitas outras regras sobre a interpretação e a integração ou a modificação do contrato ou da relação jurídica subjacente.

No que respeita ao parâmetro da autonomia da convenção de arbitragem relativamente ao contrato em que se possa inserir, a título de cláusula compromissória, parece dominante o entendimento de que a invalidade do contrato não determina a invalidade da convenção de arbitragem, mantendo-se, assim, a competência do tribunal arbitral constituído.²³⁴

Diferente natureza jurídica pode ser atribuída à declaração unilateral de adesão prévia, conhecida pela sua utilização nos centros de arbitragem de conflitos de consumo por parte dos fornecedores de bens e serviços aderentes. Estes prometem submeter à intervenção de cada um daqueles centros de arbitragem os litígios que venham a decorrer do relacionamento contratual estabelecido com os seus clientes. Embora se possa questionar se não estaremos perante uma convenção de arbitragem com a aceitação da outra parte, a existência por si só de uma promessa dirigida a um número indeterminado e desconhecido de consumidores parece comprometer este entendimento.²³⁵ Se a convenção de arbitragem não vier a ser celebrada, as consequências serão meramente obrigacionais, contrariamente à convenção de arbitragem propriamente dita, que, sendo válida, retira jurisdição ao tribunal judicial.²³⁶ Em acréscimo, pode ainda sustentar-se que a adesão unilateral à arbitragem não

²³² Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida, 2008, p. 94.

²³³ Artigo 2.º, n.º 6 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

²³⁴ Artigo 18.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Cf. Mariana França Gouveia, 2012, p. 116 e 117.

²³⁵ Veja-se Dário Moura Vicente, 2002, p. 998.

²³⁶ Mariana França Gouveia, 2012, p. 108 e 109.

parece revestir as características de qualquer uma das modalidades de convenção de arbitragem previstas na lei, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Pode concluir-se que apenas a arbitragem voluntária deve ser identificada como procedimento de RAL, baseada na vontade das partes envolvidas. O recurso obrigatório aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, por vontade unilateral do consumidor, ainda apresenta muitas dúvidas, tanto mais que, uma vez submetido o litígio ao tribunal arbitral seguir-se-á o regime previsto para a arbitragem voluntária. A consensualidade entre as partes também se revela na celebração da convenção de arbitragem, que deve obedecer a um conjunto de requisitos de validade e de eficácia, nos termos definidos na lei, especificamente na lei da arbitragem voluntária.

4 AS COMPETÊNCIAS DA ERSE NA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

O artigo 20.º dos estatutos²³⁷ da ERSE estabelece o seguinte:

“1 – No exercício das suas competências em matéria de resolução de conflitos entre os operadores sujeitos à regulação da ERSE, ou entre eles e os seus clientes ou terceiro, cabe à ERSE:

- a) Efetuar ações de conciliação e mediação ou promover o recurso à arbitragem sempre que tal esteja previsto na lei ou mediante solicitação dos interessados;
- b) Tomar conhecimento das queixas dos clientes e adotar as providências necessárias, nos termos da lei.

2 – A ERSE dispõe, no desempenho das suas atribuições, de um balcão único destinado ao atendimento, informação, processamento e tratamento das reclamações.

3 – A ERSE deve assegurar que os procedimentos adotados nos termos do n.º 1 são decididos no prazo máximo de dois meses a contar da data de receção do pedido, podendo este prazo ser prorrogado por igual período quando a ERSE necessitar de informações complementares, ou, ainda por um período superior mediante acordo com o queixoso.”

Em complemento ao preceito anteriormente transcrito, o artigo 22.º dos mesmos estatutos prevê:

“1 – Compete à ERSE fomentar a arbitragem para a resolução de litígios emergentes dos contratos entre as entidades intervenientes nos setores regulados e os comercializadores no âmbito do fornecimento de energia, assegurando aos consumidores os meios para a sua realização.

2 – A arbitragem referida no número anterior tem a natureza prevista no artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 23 de julho, e segue, subsidiariamente, os termos da lei da arbitragem voluntária previstos na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.”

De acordo com estes preceitos estatutários, as competências da ERSE no domínio da RAL parecem assentar em duas grandes atividades. Por um lado, a realização de

²³⁷ Na mais recente redação dada pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho.

ações de mediação e conciliação e, por outro lado, a promoção do recurso à arbitragem.

A análise de cada uma destas perspetivas constituirá o objeto principal deste capítulo, tendo em vista obter uma caracterização o mais precisa e fundamentada possível sobre a atuação da ERSE em sede de RAL, sem deixar de salientar as inevitáveis dúvidas e questões que possam contribuir para motivar uma maior investigação e reflexão sobre o tema, designadamente na sua interseção com os restantes poderes atribuídos às entidades reguladoras independentes.

4.1 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DESENVOLVIDAS PELA ERSE

Os estatutos da ERSE, na sua versão original²³⁸, estabeleciam a faculdade de esta entidade reguladora recomendar às entidades concessionárias ou licenciadas a adoção das medidas necessárias à reparação das justas queixas dos utentes do serviço de fornecimento de eletricidade e de gás natural. Especificamente sobre a resolução de conflitos de natureza comercial e contratual entre as entidades responsáveis pelas atividade de produção, transporte e distribuição de eletricidade e de gás natural e entre estas e os consumidores, os referidos estatutos limitavam-se a atribuir à ERSE o dever de fomentar a arbitragem²³⁹. Era este o quadro legal já vigente de acordo com os primeiros estatutos da ERSE²⁴⁰.

A primeira questão que se pode extrair a partir das referidas previsões estatutárias prende-se com a existência ou não de uma dicotomia ao nível da competência da ERSE na resolução de litígios. Em alguns momentos deste trabalho foram sendo evidenciadas as diferenças entre “os poderes administrativos novos”, assim apelidados por Pedro Gonçalves²⁴¹, exclusivamente inseridos na função administrativa e os procedimentos de RAL, com uma postura muito próxima, se não muito coincidente com uma função mais jurídico-privada. Recorde-se que é sobre este último aspeto que se

²³⁸ Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril.

²³⁹ Artigo 24.º dos referidos estatutos.

²⁴⁰ Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, no seu artigo 6.º, n.º 3.

²⁴¹ Cf. n. 160.

pretendeu dissertar. Para o efeito é, no entanto, importante saber, por exemplo, como se relacionam estes dois âmbitos de atuação numa mesma entidade, sendo uma pessoa coletiva pública.

Com a revisão dos estatutos, operada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, é consagrada a competência da ERSE para efetuar ações de conciliação em matéria de resolução de conflitos²⁴². A última redação aos estatutos da ERSE, resultante do Decreto-Lei n.º 84/2013, veio acrescentar neste âmbito a competência para efetuar ações de mediação²⁴³.

As diferentes previsões legais descritas suscitam, desde logo, a questão de saber o porquê de só recentemente a mediação e a conciliação serem referidas expressamente como instrumentos de resolução de litígios da competência da ERSE. Mas com maior acuidade se coloca a necessidade de reflexão sobre o uso de procedimentos de RAL por uma entidade administrativa, até há pouco tempo sem a expressa previsão legal.

Analisemos primeiramente as razões que motivaram a lei à inclusão da mediação e da conciliação entre as competências da ERSE. Na procura de tais causas foram identificados, designadamente, diretrizes do direito europeu da energia, disposições legais e regulamentares nacionais, bem como uma experiência acumulada pela ERSE de intervenção no domínio da RAL.

No primeiro grupo de situações, encontram-se a Diretiva 2009/72/CE e a Diretiva 2009/73/CE, ambas de 13 de julho de 2009 e relativas, respetivamente, aos mercados internos de eletricidade e de gás natural. Nestes dois atos normativos comunitários, transparece a preocupação em assegurar a todos os consumidores o acesso a meios de resolução de litígios, rápidos e eficazes, como forma de garantir uma maior proteção aos consumidores²⁴⁴. As citadas diretivas europeias determinam a adoção pelos Estados-membros de mecanismos independentes para a resolução de conflitos com os consumidores²⁴⁵. Estes procedimentos, referem as mesmas diretivas, devem ser

²⁴² Artigo 20.º, n.º 1, alínea a).

²⁴³ Artigo 20.º, n.º 1, alínea a).

²⁴⁴ Veja-se os considerandos (54) e (51), respetivamente das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

²⁴⁵ Artigo 3.º, n.º 13, e Artigo 3.º, n.º 9, respetivamente das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

transparentes, simples e baratos, de natureza extrajudicial, devendo seguir, sempre que possível, os princípios previstos na Recomendação da Comissão 98/257/CE, de 30 de março de 1998, aplicável à RAL de consumo²⁴⁶.

Em sede de transposição dos ditames europeus para o ordenamento jurídico nacional, destacam-se as últimas alterações introduzidas às chamadas leis-base²⁴⁷ dos setores da eletricidade e do gás natural, respetivamente pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e pelo Decreto-Lei n.º 230/2012. Estes diplomas reiteram os direitos dos consumidores de energia sobre o recurso a procedimentos independentes e acessíveis de resolução de conflitos²⁴⁸, como ainda obrigam os comercializadores a disponibilizar e a especificar²⁴⁹ os meios a utilizar para o efeito nas próprias condições contratuais.

Ainda que não o faça de forma direta, a legislação nacional citada, aplicável aos setores de eletricidade e de gás natural, identifica como instâncias competentes para a resolução dos litígios com os consumidores, uma entidade vocacionada para a defesa do consumidor, por um lado e, por outro lado, uma entidade que tenha como atribuição proteger os direitos do consumidor no setor energético. Neste último conceito caberá, certamente, a ERSE que tem na proteção dos direitos e interesses dos consumidores de eletricidade e de gás natural uma das suas principais incumbências²⁵⁰.

Os estatutos da ERSE elencam igualmente como sua atribuição a promoção da resolução de litígios entre os vários intervenientes nos setores regulados²⁵¹.

Sobre a experiência da ERSE como entidade que intervém na RAL salienta-se como facto relevante a adoção de um regulamento sobre a mediação e a conciliação de conflitos realizadas pela ERSE e que de seguida se descreve de modo autónomo.

²⁴⁶ Anexo I às supracitadas diretivas comunitárias.

²⁴⁷ Decreto-Lei n.º 29/2006 e Decreto-Lei n.º 30/2006, ambos de 15 de fevereiro, complementados respetivamente pelos Decretos-Lei n.º 172/2006 e n.º 140/2006.

²⁴⁸ Artigo 53.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e artigo 47.º, n.º 2, alínea d) do Decreto-Lei n.º 230/2012.

²⁴⁹ Artigo 45.º-A, n.º 2, alínea g) do Decreto-Lei n.º 215-A/2012, complementado pelo Artigo 50.º-C do Decreto-Lei n.º 215-B/2012 e para o gás natural o artigo 39.º A do Decreto-Lei n.º 230/2012, pelo artigo 36.º A do Decreto-Lei n.º 231/2012.

²⁵⁰ Artigo 3.º, n.º 2, alínea a) dos estatutos da ERSE.

²⁵¹ *Idem*, alínea l).

4.1.1 O REGULAMENTO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS DA ERSE

O Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de maio, incorporou no ordenamento jurídico português os princípios constantes da Recomendação da Comissão n.º 98/257/CE, de 30 de março de 1998, aplicáveis aos organismos com responsabilidade na resolução extrajudicial de conflitos de consumo. O diploma identificado criou um sistema de registo voluntário dos procedimentos utilizados pelas entidades que intervinham na resolução extrajudicial de conflitos de consumo, designadamente através de serviços de mediação, comissões de resolução de conflitos ou provedores de clientes.

A regulamentação daquele sistema de registo voluntário, a efetuar junto do então Instituto do Consumidor²⁵², foi objeto da Portaria n.º 328/2000, de 9 de junho. A instrução do pedido de registo exigia a apresentação de alguns documentos, nomeadamente do respetivo regulamento de funcionamento da atividade de resolução extrajudicial de conflitos de consumo²⁵³. Neste âmbito, o Conselho de Administração da ERSE aprovou o Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos, deliberando ainda no sentido de a ERSE requerer o seu registo enquanto entidade que intervém na resolução de conflitos de consumo.²⁵⁴ O referido Regulamento veio assim estabelecer as regras aplicáveis aos procedimentos de mediação e conciliação de conflitos de natureza comercial e contratual emergentes do relacionamento entre os consumidores de eletricidade e de gás natural e os prestadores destes serviços, bem como entre os próprios operadores nos respetivos setores, entidades concessionárias e licenciadas para o efeito. Delimitado o objeto da intervenção da ERSE neste domínio, o mesmo regulamento fixa as várias fases do processo de resolução de conflitos (iniciativa, avaliação preliminar, instrução e cessação), chegando a definir os conceitos de mediação e conciliação utilizados pela ERSE²⁵⁵.

²⁵² Este Instituto foi integrado na administração direta do Estado, com a designação de Direção Geral do Consumidor, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2006, de 30 de março, no âmbito do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado.

²⁵³ Artigo 8.º, n.º 1 da Portaria n.º 328/2000, de 9 de junho.

²⁵⁴ Pelo Despacho n.º 22 674-A/2002, de 29 de janeiro (Diário da República, 2ª série, nº 244).

²⁵⁵ Nos termos previstos no artigo 2.º do Regulamento identificado, "(...) a mediação e a conciliação são procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, com caráter voluntário, cujas decisões são da responsabilidade das partes em conflito, na medida em que a solução para o conflito concreto não é imposta pela ERSE".

Com a publicação do Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos, a ERSE viu consagrada a sua atuação na área da RAL, dando forma e consistência ao tratamento de reclamações que já vinha desenvolvendo desde 1997. Esta atividade da ERSE tem-se mantido até aos dias de hoje.²⁵⁶

Regressando à questão da legitimidade da ERSE na realização de ações de mediação e de conciliação de conflitos, entra-se inevitavelmente na discussão sobre a aplicação do princípio da legalidade administrativa.²⁵⁷ E neste domínio, pode concluir-se, desde já, que o mencionado regulamento, como qualquer ato de natureza jurídica idêntica, não pode conferir por si só competências à pessoa coletiva pública ERSE.²⁵⁸

A separação entre o poder legislativo e o poder executivo concretiza-se precisamente na aplicação do princípio da legalidade. Esta preferência da lei deve ser hoje entendida como se referindo à ordem jurídica globalmente considerada, desde a CRP aos tratados de direito internacional. Também já fora ressalvada a existência de certos casos de “reserva de administração”, limitando qualquer pretensão de supremacia absoluta por parte da função legislativa.

Pedro Gonçalves reconhece, no entanto, que vai ganhando força um “princípio de autonomia funcional da Administração”, como uma consequente “retracção do princípio da legalidade administrativa”.²⁵⁹ Defende o mesmo autor que cada vez mais a Administração procura dar satisfação às necessidades sociais através de critérios de eficiência e de eficácia, em vez do cumprimento escrupuloso da lei.

Referindo-se ao princípio da legalidade, Paulo Otero identifica a existência de uma certa flexibilidade pela Administração Pública do sentido de vinculação à lei.²⁶⁰ O aparecimento das entidades administrativas independentes e a sua exclusão da

²⁵⁶ Em 2012, a ERSE recebeu e tratou de 7 053 reclamações de consumidores, 5 670 referentes ao setor elétrico e 1 347 sobre o setor do gás natural. Estes dados constam do relatório anual do serviço de Apoio ao Consumidor de Energia (ACE) da ERSE (2012), disponível em <http://www.erse.pt/consumidor/Documents/Relat%C3%B3rio%20ACE%202012.pdf>.

²⁵⁷ Pedro Gonçalves (2008b, p 464) refere a propósito da legitimidade da intervenção das entidades públicas que estas estarão impedidas de exercer uma função que não prossiga o interesse público.

²⁵⁸ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, pp.138 e 139) referem que os regulamentos constituem atos da função administrativa, não podendo ser considerados sequer como “legislação material”.

²⁵⁹ Pedro Gonçalves, 2008a, pp 34 e 35.

²⁶⁰ Cf. Paulo Otero, 2011, p. 1007.

responsabilidade direta ou indireta do Governo contribuiu de forma significativa para o enfraquecimento do princípio da legalidade administrativa, permitindo alguma ingerência das normas de direito privado na função administrativa.²⁶¹ No âmbito da subordinação à lei, permite-se, deste modo, uma intervenção de entidades administrativas no relacionamento inter-privados. Esta teoria também não ficará isenta de controvérsia se a confrontarmos, designadamente, com o dever de realização do interesse público. Fica o compromisso de mais adiante se voltar a este tema.

4.1.2 A EXPERIÊNCIA DE ENTIDADES REGULADORAS CONGÉNERES (BREVE REFERÊNCIA)

A finalidade de procurar respostas motivou a investigação sobre a atuação de entidades reguladoras no setor energético de outros países na área da RAL. O objeto desta tarefa foi limitado a três exemplos concretos – a OFGEM no Reino Unido, a CRE em França e a AEEG em Itália, não apenas por razões de tempo, mas também com dois objetivos muito distintos. Por um lado, a verificação de eventuais semelhanças e diferenças nas funções desenvolvidas pelas entidades reguladoras no contexto do sistema jurídico em que se inserem, o anglo-saxónico (Reino Unido) e o romano-germânico (França). Por outro lado, ainda que dentro deste último sistema jurídico, a identificação de um caso particular de intervenção direta na RAL, como sucede com a AEEG em Itália.

No Reino Unido, a OFGEM constitui o suporte da “*Gas and Electricity Markets Authority*” cujas atribuições e competências constam em particular do “*Gas Act 1986*”, do “*Electricity Act 1989*”, com as alterações introduzidas, nomeadamente pelo “*Utilities Act 2000*” através do qual foi criada a referida “*Authority*”²⁶². Algumas queixas dos consumidores de eletricidade e de gás natural podem fundamentar uma decisão por parte da OFGEM, impondo à empresa reclamada um comportamento conforme a determinada regra. O procedimento levado a cabo pela OFGEM, que conta com a audição dos envolvidos, incluindo o consumidor queixoso, não parece ser subsumível ao conceito de RAL, pois apresenta as características de um procedimento

²⁶¹ Paulo Otero, 2011, pp. 317-323.

²⁶². Os “*Energy Act*” de 2008 e de 2010 contribuíram com as versões mais recentes dos mesmos diplomas.

administrativo, que culmina na prática de um ato administrativo sobre o caso concreto.

263

A OFGEM não trata diretamente das reclamações individuais dos consumidores. Em matéria de informação e aconselhamento, a OFGEM encaminha os consumidores para o “*Citizens Advice*”²⁶⁴. Após oito semanas sem que tenha sido obtida a resolução do caso concreto (ou antes deste prazo em caso de falência ou outra incapacidade de atuação do prestador do serviço), a OFGEM remete o consumidor para o “*Ombudsman Services: Energy website*”²⁶⁵. Trata-se de uma “*Private company*”, aprovada pela OFGEM²⁶⁶ para intervir na resolução de conflitos emergentes do fornecimento de energia a consumidores domésticos e pequenas empresas. As decisões tomadas pelo “*Energy Ombudsman*” britânico são vinculativas para os fornecedores e distribuidores, mas não para o consumidor, ainda que os primeiros mantenham o direito de impugnar judicialmente as decisões de que sejam destinatários.

A CRE²⁶⁷ é a autoridade administrativa independente responsável pela regulação do setor energético em França. Entre os seus poderes consta expressamente a resolução de litígios entre as entidades gestoras das redes de transporte e de distribuição de eletricidade e de gás natural e outras infraestruturas e os seus utilizadores²⁶⁸.

Neste âmbito foi instituído o “*Comité de Règlement des Différends et des Sanctions*”.²⁶⁹ Os conflitos submetidos a este comité ficarão sujeitos a uma decisão, vinculativa, passível de recurso para o “*Cour d’appel de Paris*”²⁷⁰. Para os restantes litígios decorrentes de um contrato de fornecimento celebrado entre os consumidores e os

²⁶³ Este procedimento é previsto, nomeadamente no n.º 32 e no n.º 46, respetivamente do “*Gas Act 1986*” e do “*Electricity Act 1989*” e as várias fases do processo podem ser conhecidas em www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/38192/3866-proceduresfordeterminingdisputes.pdf.

²⁶⁴ O contacto pode ser efetuado também através da plataforma eletrónica www.adviceguide.org.uk.

²⁶⁵ www.ombudsman-services.org.

²⁶⁶ “*The consumers Estate agents and redress Act 2007*” determina que todas as empresas do setor energético que abasteçam consumidores domésticos e pequenas empresas devem submeter os eventuais litígios a sistemas aprovados pelo respetivo regulador.

²⁶⁷ Criada pela *Loi n° 2000-108, de 10 de Février, “relative à la modernisation et au développement du service public de l’électricité”*.

²⁶⁸ Artigo 40.º da *Loi n° 2000-108*.

²⁶⁹ Conhecido pela sigla “*CORDIS*” e criado pela *Loi n° 2006-1537, du 7 de Décembre, “relative au secteur de l’énergie”*.

²⁷⁰ Artigos L134-19 a L134-24 do “*Code de l’énergie*”, aprovado pela *Ordonnance n° 2011-504, du 9 de mai*.

comercializadores de eletricidade e de gás natural, a opção do próprio legislador consistiu na criação do “*Médiateur National de l’Énergie*”²⁷¹. Este “*Médiateur*” é igualmente uma autoridade administrativa independente, a quem os particulares, profissionais liberais, pequenas empresas e associações sem fins lucrativos, entre outros, podem recorrer tendo em vista a resolução de um conflito com o seu fornecedor de energia. A intervenção do “*Médiateur*” na resolução dos litígios que envolvam o segmento de consumidores mencionado, fica ainda condicionada aos fornecimentos de eletricidade com uma potência contratada até 36 KVA e aos fornecimentos de gás natural a instalações cujo consumo anual não ultrapasse os 30 000 Kwh²⁷².

Após 2 meses sem obter uma resposta por parte do seu fornecedor de energia ou em caso de resposta não satisfatória, o consumidor pode requerer a atuação do “*Médiateur*”, também no prazo máximo de 2 meses. Analisada a reclamação em concreto, o “*Médiateur*” pode fazer uso dos seguintes instrumentos:

- “*La recommandation*”, através da qual é recomendada uma solução para o litígio, devidamente fundamentada e por escrito. Deve ser formulada e enviada à entidade reclamada dentro do período de 2 meses a contar da data de receção da queixa do consumidor. Não é vinculativa para qualquer uma das partes, nem exclui o direito de recurso por ambas a um tribunal. No entanto, também no prazo de 2 meses, a empresa reclamada deve comunicar as medidas que foram executadas com vista à obtenção da solução recomendada.
- “*La médiation*”, como modo de resolução amigável de conflitos, mediante a intervenção de um terceiro que tem como missão auxiliar as partes a alcançar um acordo e a consequente resolução do diferendo que as oponha²⁷³.

²⁷¹ *Loi n° 2006-1573, du 7 de Décembre*, no seu artigo 7.º, que para o efeito aditou o artigo 43-1 à *Loi n° 2000-108, du 10 de Février*.

²⁷² Artigos L332-2 e L442-2 do “*Code de l’énergie*”.

²⁷³ Refira-se a este propósito a *Ordonnance n° 2011-1540 du 16 Novembre* que, em transposição da Diretiva 2008/54/CE, de 21 de maio, definiu os princípios da mediação, aplicáveis a todos os tipos de mediação (convencional ou judiciária).

- “L'accord amiable”, no âmbito do qual se procura a resolução do litígio com recurso à conciliação. A conciliação surge aqui referenciada como um meio através do qual se pretende chegar a uma solução justa para o caso concreto, independentemente dos direitos de cada parte. O objetivo é o compromisso entre as partes. Caso seja obtido o acordo entre as partes, este tornar-se-á obrigatório, o que será assegurado pelo próprio “*Médiateur*”²⁷⁴.

A relevância crescente deste tipo de mecanismos de RAL em França pode ser demonstrada, designadamente, com a consagração do título VI no Capítulo III do “*Code de Procédure Civile*”²⁷⁵, dedicado à resolução amigável de litígios, em especial através da mediação e da conciliação.

Em Itália é a própria entidade reguladora que chama a si a responsabilidade pela gestão das reclamações dos consumidores de eletricidade e de gás natural. Indicada como autoridade nacional de regulação, a AEEG²⁷⁶ deve assegurar “(...) *il trattamento efficace dei reclami e delle procedure di conciliazione dei clienti finali* (...)”²⁷⁷.

As funções de informação e tratamento de reclamações da AEEG são desempenhadas pelo “*sportello per il consumatore di energia*”, dirigido pela entidade reguladora e gerido em colaboração com o “*Acquirente Unico*”²⁷⁸. O seu funcionamento assenta num *Call center*, com números de telefone e de fax gratuitos, podendo ainda o serviço ser contactado através de um endereço eletrónico (reclami.sportello@acquirenteunico.it).

²⁷⁴ “L'Accord amiable” foi experimentado pelo “*Médiateur*” no Verão de 2011, passando a prática generalizada em 2012, conforme decorre do “*Rapport d'Activité du Médiateur*”, de 2012, disponível em http://www.energie-mediateur.fr/fileadmin/user_upload/Publications/MNE_RA12_CMJN_web_liens_.pdf.

²⁷⁵ Alteração introduzida pelo *Décret n° 2012-66 du 20 Janvier*.

²⁷⁶ Criada pela *Legge 14 novembre 1955, n° 481, artigo 2°*.

²⁷⁷ Artigo 44.º, n° 4 do *Decreto Legislativo 1 giugno 2011, n° 93*, que transpôs para o ordenamento jurídico italiano as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, relativas aos mercados de eletricidade e de gás natural.

²⁷⁸ Sociedade comercial contratada pela AEEG ao abrigo da *Legge 23 luglio 2009, n° 99* e do *Decreto legislativo 1° giugno 2011, n° 93*.

Através do “*sportello*”²⁷⁹, a AEG indicará uma solução para a resolução da reclamação apresentada. Esta recomendação não é vinculativa, sem prejuízo de o seu não acolhimento por parte do distribuidor ou comercializador poder vir a ser avaliado no âmbito dos seus poderes sancionatórios²⁸⁰.

Em alternativa ao serviço de reclamações “*Sportello*”, a AEEG disponibiliza igualmente o “*servizio conciliazione clienti energia*” também gerido em colaboração com o “*Acquirente Unico*”²⁸¹. Trata-se de um serviço que funciona primordialmente via internet, expressando a sua observância às regras constantes das diretivas europeias relativas ao setor energético e aos sistemas de ADR.

O “*Conciliatore*” é um terceiro, imparcial, perito em mediação e titular de formação específica sobre o setor energético. Não decide, mas ajuda as partes na obtenção de um acordo sobre a resolução do diferendo que as opõe. Se as partes concordarem, o “*Conciliatore*” pode propor uma solução para o caso concreto. Podem recorrer ao “*servizio conciliazione*” os clientes domésticos e pequenas empresas com instalações elétricas alimentadas em baixa tensão e os clientes de gás natural, domésticos e outros cujo consumo anual não ultrapasse 50 000m³. Em acréscimo, através da sua página na internet a AEEG divulga ainda informação sobre a existência de um “*Procedure di Mediazione*”²⁸², que não é específico do setor energético, sendo desenvolvido nomeadamente pela “*Camere di Commercio*” e outros organismos de mediação.

4.1.3 A NATUREZA JURÍDICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO DESENVOLVIDAS PELA ERSE

Nos termos previstos no já referido Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos, “através da mediação e da conciliação, a ERSE pode, respectivamente,

²⁷⁹ O seu mais recente regulamento relativamente ao tratamento de reclamações foi aprovado pela *Deliberazione 20 dicembre 2012, 548/2012/E/Com*, da AEEG, disponível em http://www.autorita.energia.it/it/ricerca/ricerca_form.jsp?searchWord=Deliberazione+20+dicembre+2012%2C+548%2F2012%2FE%2FCom.

²⁸⁰ *Working Group Report on Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector – October 2011*, consultável em http://ec.europa.eu/consumers/citizen/my_rights/docs/energy_adr_report_en.pdf, pp. 33 a 35.

²⁸¹ Instituído e regido pela AEEG através da *Deliberazione 21 giugno 2012, 260/2012/E/Com*, alterada pela *Deliberazione 7 marzo 2013, 93/2013/E/Com*.

²⁸² Instituído pelo *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n° 28*, conhecido como a nova lei de mediação italiana.

recomendar a resolução do conflito e sugerir às partes que encontrem de comum acordo uma solução para o conflito (...)”²⁸³.

Uma vez recebida na ERSE uma reclamação²⁸⁴, esta começa por ser enviada ao prestador do serviço reclamado, solicitando que se pronuncie sobre os factos apresentados²⁸⁵. Para o efeito, a entidade reclamada dispõe de 20 dias úteis para prestar à ERSE todas as informações necessárias a uma correta e adequada apreciação do caso concreto²⁸⁶. Em resposta, se a posição manifestada pela empresa reclamada não conduzir à satisfação da pretensão do consumidor reclamante, a ERSE poderá ainda adotar uma das seguintes medidas: (i) recomendar a resolução do conflito, o que pode incluir uma proposta de solução ou (ii) sugerir às partes que de comum acordo encontrem uma solução de compromisso, conciliando os seus interesses²⁸⁷.

Recordando o que aqui já foi mencionado acerca dos conceitos de mediação e de conciliação²⁸⁸, a ERSE pode assumir o papel de terceiro, mediador ou conciliador, sempre que as partes decidam, por comum acordo, submeter o litígio que as opõe à intervenção da ERSE. A ERSE encontra-se assim habilitada, agora também expressamente pela lei, à RAL que envolvam os consumidores de energia, propondo soluções (mediação) ou conduzindo as partes à “reconciliação” dos seus interesses (conciliação).

Esta característica de “terceiridade”²⁸⁹, de posição neutral sobre os conflitos, confere à ERSE, enquanto entidade administrativa independente, “poderes parajudiciais” de resolução de litígios entre os consumidores e os prestadores de serviços de energia.

²⁸³ Artigo 2.º, n.º 2.

²⁸⁴ As reclamações podem ser dirigidas à ERSE, sempre por escrito, mediante carta, fax, correio eletrónico ou através do preenchimento de um formulário disponível para o efeito na respetiva página na Internet (www.erse.pt/portaldodoconsumidor).

²⁸⁵ Esta primeira diligência pressupõe uma avaliação preliminar dos factos reclamados, considerando o quadro jurídico aplicável.

²⁸⁶ O dever de prestar informação à ERSE decorre designadamente dos seus estatutos (artigo 6.º, nº 1).

²⁸⁷ Tendo ainda por base o disposto no referido Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos (artigo 7º, n.º2).

²⁸⁸ Cf. pontos 3.2 e 3.3.

²⁸⁹ Expressão utilizada por Paulo Otero, 2011, pp.323-327.

Reitera-se, no entanto, que, através destes procedimentos de RAL, a ERSE não pode impor às partes a resolução do conflito, assim como a sua intervenção não impede as partes de recorrerem a tribunais judiciais ou a outras instâncias vocacionadas para dirimir litígios.

Como se articulam estas atividades de RAL com a prossecução do interesse público? Poder-se-á afirmar que a mediação de conflitos entre privados pretende realizar, ainda que reflexamente, um dever público de satisfação das necessidades de acesso à justiça pelos consumidores?²⁹⁰ Perante a evolução a que se tem assistido, nomeadamente no quadro de um Direito Administrativo moderno e de regulação, em que o Estado se assume também como garante da satisfação dos consumidores utentes de serviços de interesse geral, não parece um contracenso.

Mas a ERSE concentra em si mesma outras competências, algumas das quais dotadas de poderes de autoridade. É o caso do julgamento de ilícitos de mera ordenação social, com a correspondente aplicação de coimas e de outras sanções acessórias.²⁹¹

Sem prejuízo das questões suscitáveis sobre a natureza “quase jurisdicional” atribuída aos poderes sancionatórios das entidades administrativas independentes, já anteriormente vertidas neste trabalho, a questão que agora deve prender a nossa atenção resulta da situação real em que, no âmbito de um processo de mediação, o colaborador da ERSE tem conhecimento de factos que possam indiciar a existência de um ilícito de mera ordenação social ou mesmo de um crime. Como deve agir a ERSE perante um cenário como o descrito?

Tratando-se de um crime público, não deve a ERSE comunicar aqueles factos às entidades competentes, normalmente ao Ministério Público? E se se tratar de uma infração prevista e punida nos termos do próprio regime sancionatório da ERSE?

São muitas as querelas em redor da supremacia ou não do interesse público sobre os interesses dos privados, com a ressalva devida à proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, onde se pode incluir, por exemplo, a confidencialidade da informação

²⁹⁰ Cf. Paulo Otero, 2011, p. 324.

²⁹¹ Cf. ponto 2.1.3.

prestada ao abrigo de um procedimento de mediação ou de conciliação de conflitos.²⁹² Só uma análise cuidada e casuística poderá nortear em cada caso concreto a cessação do dever de confidencialidade, previsto especificamente no regime da mediação.²⁹³

A ERSE desenvolve de modo efetivo ações que visam obter uma solução para um diferendo entre as entidades reguladas e os próprios consumidores, seja através de uma recomendação não vinculativa seja quando sugere às partes que alcancem um compromisso entre ambas, resolvendo a questão em contenda.²⁹⁴

Nem sempre se consegue distinguir com a devida clareza as funções cometidas à ERSE, sem embargo de nos seus diversos papéis aquela entidade reguladora surgir funcionalmente estruturada em diferentes serviços.²⁹⁵ Ao abrigo da sua função administrativa a ERSE pode, por vezes, determinar que uma certa prática desenvolvida pelas entidades reguladas cesse os seus efeitos. Esta prática estaria a afetar os direitos individualmente considerados de alguns consumidores, mas também o interesse público subjacente à garantia de satisfação de necessidades coletivas e essenciais associadas ao consumo de energia.²⁹⁶ Neste contexto, as reclamações

²⁹² A título de exemplo veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa Proc. 2061/08.5PFLRS-A.L1-3), de 19 de outubro de 2011, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4b4398308c95655a8025792f004bb1d8?OpenDocument>

²⁹³ Artigo 5.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

²⁹⁴ A ERSE faz ainda uso da figura da recomendação, ao abrigo da regulamentação aplicável aos setores regulados, mas com fins diversos. Os Regulamentos de Relações Comerciais dos setores elétrico e do gás natural (respetivamente nos seus artigos 311.º e 253.º) preveem a possibilidade da ERSE recomendar às entidades sujeitas à sua atividade regulatória a adoção de medidas adequadas ao cumprimento de princípios e regras estabelecidos nos regulamentos cujas aprovação e verificação integrem a sua competência. Também não são vinculativas, mas o seu não acolhimento pelas empresas destinatárias determina o envio de informação à ERSE sobre as razões da inobservância da recomendação formulada e eventuais medidas encetadas para alcançar o mesmo objetivo da recomendação. Esta informação deve ainda ser divulgada publicamente pelas mesmas entidades, designadamente nas suas páginas na Internet. Regulamentos e recomendações acedíveis em www.erse.pt.

²⁹⁵ Exemplificativamente refira-se que a prestação de informação e as ações de mediação e conciliação de conflitos encontram-se concentradas no serviço de apoio ao consumidor de energia (ACE) e o exercício dos poderes sancionatórios é sustentado no âmbito da Direção de Serviços Jurídicos. Independentemente da resolução do caso concreto, o conhecimento oficioso de uma prática suscetível de consubstanciar contraordenação determina a remessa do respetivo processo à unidade orgânica competente.

²⁹⁶ Esta afirmação surge inspirada nas Diretivas n.º 10/2012, de 5 de julho e n.º 7-A/2013, de 14 de maio, através das quais a ERSE veio a determinar a compensação aos consumidores de eletricidade lesados com irregularidades no funcionamento dos contadores multi-tarifa e posterior incumprimento dos deveres de informação previstos. A Diretiva n.º 7-A/2013 veio a ser impugnada judicialmente pela EDP Distribuição, S.A., correndo ainda os seus termos no tribunal administrativo competente.

apresentadas individualmente pelos consumidores lesados fundamenta a abertura dos correspondentes processos, através dos quais a ERSE interage com as partes e procura soluções particularmente aplicáveis a cada situação, sem que possa impô-las às partes. Paralelamente, em face da inobservância de ditames regulamentares, a ERSE aprova, enquanto entidade administrativa, medidas que visem a correção de uma conduta irregular da entidade regulada objeto de reclamação.

Partindo desta separação de processos, poder-se-á então afirmar que a ERSE, na sua qualidade de mediador ou conciliador de conflitos entre os prestadores de serviços de fornecimento de energia e os seus consumidores, não estará a desempenhar uma função estritamente administrativa, no sentido de prática de atos administrativos, unilaterais, no exercício do poder administrativo.²⁹⁷

Também já anteriormente se inferiu que a atuação da ERSE na RAL não se pode qualificar como função jurisdicional.²⁹⁸ O poder judicial não pode inclusivamente ser partilhado.²⁹⁹

A CRP³⁰⁰, no seu artigo 202.º, n.º 4, veio conferir legitimidade à lei para institucionalizar meios e procedimentos de composição não jurisdicional de litígios. O que significa que uma entidade privada ou pública pode, em primeira instância, dirimir conflitos, desde que não se trate de uma matéria sujeita a “*reserva judicial*”, ficando salvaguardada a competência dos tribunais para proferir a decisão final.³⁰¹

É neste âmbito que se pretende situar a ERSE na esfera da mediação e da conciliação de conflitos, emergentes do relacionamento comercial e contratual em que assenta a prestação do serviço de fornecimento de eletricidade e de gás natural.

²⁹⁷ Em sentido diverso foi proferido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (Proc. 09509/12, de 09.05.2013), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ff96ac9ff07cd90480257b6e005b7496?OpenDocument>. Este acórdão considerou uma deliberação do Conselho Regulador da ERC como ato materialmente administrativo, no exercício de poderes de autoridade que lhe são conferidos neste caso pela própria CRP.

²⁹⁸ Ponto 2.2.3 deste documento.

²⁹⁹ Maria Lúcia Amaral (2005,p.155), numa interpretação que faz do princípio de separação de poderes, defende que só o poder judicial não pode ser um poder partilhado, enquanto que os poderes legislativo e executivo devem ser inclusivamente controlados reciprocamente.

³⁰⁰ Por força da revisão da CRP operada pela Lei Constitucional n.º 1/1989.

³⁰¹ Neste sentido, José Lucas Cardoso, 2002, p.494.

4.2 O DEVER DA ERSE EM FOMENTAR A ARBITRAGEM

De acordo com o estabelecido na lei, nomeadamente nos seus estatutos, a ERSE deve fomentar a arbitragem para a resolução de litígios emergentes do relacionamento comercial e contratual entre as diversas entidades que atuam e operam nos setores regulados e os respetivos utilizadores e consumidores.

Também nos termos previstos nos seus estatutos³⁰², a ERSE deve criar condições que motivem o recurso à arbitragem por parte dos consumidores de eletricidade e de gás natural. Para a prossecução deste objetivo a ERSE pode, designadamente, promover a criação de novos centros de arbitragem institucionalizada e celebrar protocolos com os centros já existentes.

Salienta-se neste domínio que a lei incumbe a ERSE de incentivar a RAL através do procedimento da arbitragem e não da sua realização direta. O exercício da atividade de arbitragem importa a prévia constituição de um tribunal arbitral cuja existência pode visar apenas a resolução de um litígio em concreto ou pode integrar, com carácter de permanência, um centro de arbitragem, o qual carece de autorização do Ministério da Justiça.³⁰³

Não sendo a ERSE competente para arbitrar litígios,³⁰⁴ de forma direta, impõe-se perscrutar sobre os diversos meios ao seu dispor para cumprir o dever de promover a arbitragem como mecanismo de RAL. Entre esses meios, destacam-se a inclusão de cláusulas compromissórias nas condições contratuais gerais sujeitas à aprovação e à supervisão pela ERSE, o projeto de criação de um centro de arbitragem para o setor elétrico e mais recentemente a celebração de protocolos de cooperação com centros de arbitragem de conflitos de consumo.

³⁰² Artigo 23.º.

³⁰³ Recorde-se sobre este assunto o descrito no ponto 3.4.

³⁰⁴ Uma das atribuições da ERSE constante da versão original dos seus atuais estatutos (artigo 3.º, n.º 1, alínea i) do anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002) era precisamente o de “arbitrar e resolver litígios”, nos termos definidos na lei. A tradução desta incumbência nas competências da ERSE, também estatutariamente previstas, revela que “arbitrar” equivalia à tomada de uma decisão administrativa [ex. artigo 8.º, alíneas q), s), t) e u)]. Sobre o tipo de conflitos em apreço, o artigo 24.º dos mesmos estatutos estabelecia o dever de fomentar a arbitragem voluntária.

As condições gerais que integram os contratos de uso das redes e das infraestruturas celebrados entre os respetivos operadores e utilizadores são previamente aprovadas pela ERSE,³⁰⁵ nas quais se insere a obrigação de resolução de eventuais litígios através da arbitragem voluntária, nestes casos seguindo os trâmites de uma arbitragem *ad hoc*.³⁰⁶

O projeto de criação de um centro de arbitragem³⁰⁷ com competência especializada para o setor elétrico nasceu na sequência de um conjunto de atividades da iniciativa da ERSE.

De um modo resumido, o referido projeto surgiu em dezembro de 1998, quando a ERSE, em colaboração com o então Instituto do Consumidor, elaborou um documento sobre a viabilidade de constituição e funcionamento de um centro de arbitragem específico para o setor elétrico, único na altura objeto da sua atividade regulatória. O documento foi submetido a consulta pública, tendo sido auscultados diretamente cada um dos centros de arbitragem de conflitos de consumo existentes, procedendo-se igualmente à recolha de elementos sobre a conflitualidade no setor elétrico junto de todas as entidades com intervenção nesta matéria, incluindo as entidades reguladas envolvidas.

A proposta de centro de arbitragem apresentada assentava na constituição de uma associação de direito privado, apoiada financeiramente pela ERSE e por outras entidades públicas, com competência sobre todo o território continental português. Como modelo de funcionamento, o projeto de centro de arbitragem incluía, além de um tribunal arbitral, serviços permanentes para a informação ao consumidor de eletricidade e para a mediação e conciliação de conflitos.

³⁰⁵ A título de exemplo refira-se o Despacho da ERSE n.º 18899/2010, de 21 de dezembro, que aprovou as condições gerais referentes aos contratos de uso das redes de distribuição de eletricidade entre os seus operadores e os comercializadores.

³⁰⁶ Uma vez que não se trata de uma relação de consumo *stricto sensu* e os centros de arbitragem institucionalizada existentes são maioritariamente vocacionados para os chamados conflitos de consumo.

³⁰⁷ O resumo deste projeto constitui o Anexo I do documento de discussão da revisão dos regulamentos do setor elétrico ocorrida em 2001, o qual pode ser consultado em http://www.erse.pt/pt/consultaspublicas/historico/documentos/CP_02/02_1/Revisaoregulame.pdf.

A iniciativa de criação de um centro de arbitragem especializado para o setor elétrico mereceu acolhimento por parte de um grande número de entidades consultadas, mas motivou a declaração de reserva por parte da empresa dominante no setor. Esta posição fundamentou a decisão da ERSE em recuar e mais tarde abandonar o referido projeto, pois sem a adesão voluntária dos prestadores do serviço de fornecimento de eletricidade, a proposta tornava-se inviável e mesmo inexecutável.

Mais recentemente, a ERSE encetou contactos com os centros de arbitragem de conflitos de consumo existentes, culminando na celebração de protocolos³⁰⁸ que visam a colaboração entre as partes, quer na disseminação e recolha de informação relevante para a proteção dos direitos e interesses dos consumidores de energia, quer na recíproca colaboração em matéria de resolução de conflitos. Sobre este último aspeto, os centros de arbitragem abrangidos comprometem-se a receber da ERSE queixas individuais dos consumidores sobre o serviço de fornecimento de energia, com vista à resolução dos litígios inerentes através da arbitragem. A contribuição da ERSE no âmbito dos referidos protocolos consiste na disponibilização de informação e apoio técnico especializado, quando necessário, aos mesmos centros de arbitragem.

A figura da arbitragem necessária foi introduzida na área da resolução de conflitos de consumo com a publicação da Lei n.º 6/2011, que procedeu à terceira alteração à lei dos serviços públicos essenciais. O artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho passou, deste modo, a contemplar a obrigação de recurso a um centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado quando um consumidor, pessoa singular, de um serviço público essencial opte expressamente por lhe submeter o diferendo que o opõe ao correspondente prestador do serviço.³⁰⁹

Esta alteração legislativa acabou por se refletir diretamente nas disposições legais e regulamentares aplicáveis aos setores de eletricidade e de gás natural. Os próprios diplomas que estabelecem os princípios gerais sobre a organização e funcionamento

³⁰⁸ Os primeiros protocolos foram assinados pela ERSE e por representantes de centros de arbitragem de conflitos de consumo existentes no dia 15 de março de 2011, em sessão de comemoração do dia mundial dos direitos do consumidor. Ver em www.erse.pt/pt/noticias.

³⁰⁹ Sobre a voluntariedade unilateral desta arbitragem, apenas titulada pelo consumidor utente, Cf. o ponto 3.4.

do SEN e do SNGN,³¹⁰ incluem a arbitragem necessária prevista na lei dos serviços públicos essenciais entre os mecanismos que devem estar disponíveis para a resolução extrajudicial dos conflitos que envolvam os consumidores de energia.³¹¹ Por sua vez, os estatutos da ERSE referem expressamente que a arbitragem a fomentar pela ERSE com vista à resolução dos conflitos que envolvam os consumidores de energia “(...) tem natureza prevista no artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, e segue, subsidiariamente, os termos da lei da arbitragem voluntária previstos na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro”.³¹²

Sem prejuízo da obrigatoriedade de intervenção pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo existentes, quando requerido pelos consumidores, a tramitação dos respetivos processos seguem o regime da arbitragem voluntária.

Se não estiverem reunidos os requisitos legais para o recurso à referida forma de arbitragem necessária, designadamente se não se tratar de um consumidor doméstico, pessoa singular, como deve posicionar-se a ERSE em relação a este tema? E se o próprio consumidor doméstico pretender submeter a decisão do litígio à arbitragem, sem recorrer ao centro de arbitragem de conflitos de consumo territorial e materialmente competente?

A vontade das partes também aqui deve imperar, no que se refere a quem querem entregar a resolução do litígio. ERSE tem manifestado o seu entendimento neste sentido e tem mantido a sua atuação em prol do recurso às diversas formas de fomentar a arbitragem voluntária.

Em conformidade com esta posição, a regulamentação do setor energético aprovada pela ERSE explicita as duas formas de arbitragem, pelo menos assim apeladas, integrando-as no elenco de procedimentos ao dispor do consumidor de energia em sede de RAL.³¹³

³¹⁰ Com a última redação dada, respetivamente pelos já citados Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e Decreto-Lei n.º 230/2012.

³¹¹ Veja-se como exemplo o disposto no artigo 53.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 215-A/2012.

³¹² Artigo 22.º, n.º 2.

³¹³ Como exemplo, refira-se o disposto nos artigos 248.º e 249.º do Regulamento de Relações Comerciais aplicável ao setor do gás natural, aprovado pelo Regulamento n.º 139-D/2013, de 16 de abril.

4.3 BREVES CONCLUSÕES

Ao longo desta dissertação foram sendo apresentadas algumas conclusões e manifestada a posição sobre os temas suscitados.

Resta-me apenas o desejo de continuar a acompanhar estas matérias, que colocam a ERSE entre a realização dos deveres públicos, propriamente ditos e a proteção dos direitos e interesses dos consumidores de energia, principalmente para com aqueles que, com menor liberdade e capacidade negocial enfrentam dificuldades no acesso aos serviços essenciais de fornecimento de eletricidade e de gás natural.

As assimetrias de informação e a complexidade técnica associada ao setor energético reclamam uma permanente vigilância do funcionamento do mercado, intervindo quando necessário, seja através do poder regulamentar, seja *a posteriori* na supervisão e na punição de comportamentos contrários à lei. Em paralelo, com maior ou menor protagonismo, a ERSE é diariamente chamada a participar de forma direta na vida dos consumidores de energia³¹⁴, ajudando-os na (re)conciliação com os seus prestadores de serviços e a garantir a satisfação regular e contínua das suas necessidades essenciais de eletricidade e de gás natural.

³¹⁴ Além da informação disponibilizada na sua página na Internet e da sua disseminação através de diversos parceiros, nacionais e internacionais, incluindo as associações de defesa dos consumidores, a ERSE dispõe de um serviço de atendimento telefónico ao consumidor de energia, em funcionamento todos os dias úteis entre as 15 e as 18 horas.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Alexandre de; ALBUQUERQUE, Pedro de (2005). “O controlo contencioso da actividade das entidades de regulação económica”, in CORDEIRO, António Menezes; ALBUQUERQUE, Ruy de (coord.). *Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*. Coimbra: Almedina, pp 249-285.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2008). “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa. Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, pp. 81-95.

AMARAL, Diogo Freitas do (2013). *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II. 2.^a ed., reimp. Com a colaboração de Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva. Coimbra: Almedina.

AMARAL, Diogo Freitas do (2012). *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I. 3.^a ed., 7.^a reimp. Com a colaboração de Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva. Coimbra: Almedina.

AMARAL, Maria Lúcia (2005). *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANASTÁCIO, Gonçalo (2009). “A regulação de Energia”, in FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil (coord.). *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 323-328.

ANTIN, Martine Bourry d'; PLUYETTE, Gérard; BENSIMON, Stephen (2004). *Art et Techniques de la Médiation*. Paris: Litec.

CAETANO, Marcello (2010). *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I., 10.^a ed., 10.^a reimp. Revisto e atualizado por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, Joana Paixão (2009). *A Conciliação Judicial*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Forenses. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito (policopiado).

CAMPOS, Luís Melo (2008). Mediação de Conflitos: Enquadramentos Institucionais e Posturas Epistemológicas. Disponível em http://www.mediarcom.com/conteudos/uploads/Files/mediarcom/LuisM CamposMediaod econflitos_enquadramentosinstitucionaisposturasepistemolgicas3_2008.pdf. [consultado em 5-3-2012]

CARDOSO, José Lucas (2007). "Administração Independente", in GOUVEIA, Jorge Bacelar, Dicionário Jurídico da Administração Pública. 3.º Suplemento. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 17-34.

CARDOSO, José Lucas (2002). Autoridades Administrativas Independentes e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007). Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I. 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Jorge Morais (2011). "A Consagração Legal da Mediação em Portugal", Julgar, 15. pp. 271-290.

CARVALHO, Jorge Morais; Gouveia, Mariana França (2006). "A experiência da UMAC na mediação de conflitos de consumo", in CARVALHO, Jorge Morais; GOUVEIA, Mariana França (org.). Conflitos de Consumo. Coimbra: Almedina, pp. 36-38.

CARROL, Eileen; MACKIE, Karl (2006). International Mediation. The Art of Business Diplomacy. 2.ª ed. Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International.

CAUPERS, João (2009). Introdução ao Direito Administrativo. 10.ª ed. Lisboa: Âncora.

CAUPERS, João (1999). "A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares", Cadernos de Justiça Administrativa, 18, pp. 3-11.

CRAIG, Paul (2008). Administrative Law. 6th ed. London: Sweet & Maxwell.

CUÉLLAR, Leila (2004). "O poder normativo das agências reguladoras norte americanas", in MOREIRA, Vital (org.). Estudos de Regulação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 591- 624.

DUARTE, Tiago (2007). *A Lei por detrás do Orçamento. A Questão Constitucional da Lei do Orçamento*. Coimbra: Almedina.

FERREIRA, J. O. Cardona (2006). “Nova Justiça = Velho Idealismo”, *O Direito*, Ano 138.º, VI., pp. 733-750.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva (2009). “A Regulação Setorial da Economia. Introdução e Perspectiva Geral”, in FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil (coord.). *Regulação em Portugal: Novos tempos, Novo Modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

FRADE, Catarina (2003). “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento”, *Revista Critica das Ciências Sociais*, 65, pp. 107-128.

GONÇALVES, Pedro Costa (2013). *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, Pedro (2008a). *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, Pedro (2008b). *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*. Coimbra: Coimbra Editora.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2007). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 3.º Suplemento. Coimbra: Coimbra Editora.

GOUVEIA, Mariana França (2012). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina.

MAÇÃS, Maria Fernanda (2006). “O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 58, pp. 21-49.

MIRANDA, Jorge (2007). *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V. Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2010). Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital (2004). Economia de Mercado e Interesse Público. Estudos de Regulação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital (2003). Administração Autónoma e Associações Públicas. reimp. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda (2003). Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projeto de Lei-Quadro. Coimbra: Coimbra Editora.

NOVAIS, Jorge Reis (2011). Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. 1.^a ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora.

OTERO, Paulo (2011). Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. 2.^a reimp. Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo (2010). Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político. Vol. II. Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo (2009). Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Atos Administrativos. Coimbra: Almedina.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz (2005). “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI”, in CORDEIRO, António Menezes; ALBUQUERQUE, Ruy de (coord.). Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência. Coimbra: Almedina, pp. 159-201.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (1976). Lições de Direito Administrativo. Vol. I. 2.^a ed. Coimbra (policopiado).

SILVA, Paula Costa e (2009). A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais da Resolução de Controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2008). *Direito Administrativo Geral. Introdução e Princípios Fundamentais*. Tomo I. 3.^a ed. Alfragide: Dom Quixote.

VILAR, Sílvia Barona (1999). *Solución Extrajudicial de Conflictos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.