



CATÓLICA PORTO

**O PODER DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS  
ENTRE REGULADOS PELAS  
AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES  
O caso particular do poder de mediação**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção de grau de Mestre por Maria Francisca Fernandes de Almeida sob a orientação da Professora Doutora Filipa Urbano Calvão.

**Universidade Católica Portuguesa**  
**Faculdade de Direito**  
**Escola do Porto**

O Poder de Resolução de Litígios entre Regulados pelas  
Autoridades Reguladoras Independentes  
O caso particular do poder de mediação

**Maria Francisca Fernandes de Almeida/340101163**

**Orientadora: Prof. Doutora Filipa Urbano Calvão**

**Mestrado em Direito**

**Junho de 2015**



## **AGRADECIMENTOS**

Uma dissertação de mestrado, apesar do isolamento a que o autor está invariavelmente fadado, não é nunca um trabalho solitário. Ela resulta de um labor coletivo que aqui cumpre reconhecer e agradecer.

À Professora Doutora Filipa Urbano Calvão, que gentilmente aceitou orientar este estudo, é devida uma palavra de profunda gratidão pela franca partilha de conhecimentos, pelo incentivo e pelo “rigor indulgente” com que conduziu cada etapa desta investigação.

Às diversas instituições que aceitaram municiar-nos da informação e dos conhecimentos práticos que muito facilitaram e enriqueceram a nossa investigação, fica aqui o reconhecimento, em especial, às seguintes: ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações, ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, OFWAT – *Office of Water Services*, OFCOM – *Office of Communications*, OFGEM – *Office of Gas & Electricity Markets*, ARCEP – *Autorité de Régulation des Communications Électroniques e des Postes*, e CNMC – *Comisión Nacional de los Mercados Y la Competencia*.

Ao escritório do Porto da Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, RL, muito em particular ao Dr. Paulo Rangel, é devida uma palavra de agradecimento pelo tempo e pelas condições que me disponibilizaram e pelas sempre prontas palavras de estímulo.

Aos meus Pais agradeço a excelência da formação que me proporcionaram e a recordação, a cada passo, de que não é ela – a excelência – o fim último da vida.

Ao Miguel: muito obrigada por tudo mas, essencialmente, pelo exemplo.



## ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	4
INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	6
PRIMEIRA PARTE .....	8
ENQUADRAMENTO .....	8
1.1    Entrada no tema: O poder de resolução de litígios entre regulados pelas ARI.....	8
1.2    A decisão administrativa de resolução de litígios.....	10
1.3    Os mecanismos alternativos de resolução de litígios .....	13
1.4    O espaço da mediação na resolução de litígios entre regulados: justificação de interesse .....	15
SEGUNDA PARTE .....	18
A MEDIAÇÃO PELAS ARI: CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	18
2.1.    Enquadramento jurídico-legal da mediação no contexto europeu e nacional .....	18
2.2.    A Mediação pelas ARI na LQERI.....	21
2.3.    O Regime jurídico da mediação de litígios pelas ARI.....	24
2.3.1.    Da mediabilidade dos litígios entre regulados.....	24
2.3.2.    Do regime jurídico da mediação pelas ARI.....	30
TERCEIRA PARTE .....	32
A MEDIAÇÃO PELAS ARI: PRINCIPAIS ASPECTOS JURIDICO-LEGAIS À LUZ DA LEI DA MEDIAÇÃO .....	32
3.1.    O princípio da confidencialidade .....	32
3.2.    Os princípios da imparcialidade e da independência .....	36
3.3    A executoriedade do acordo de mediação.....	39
4. CONCLUSÃO.....	42
5. BIBLIOGRAFIA .....	44

## **ÍNDICE DE ABREVIATURAS**

ADR - *Alternative Dispute Resolution*/ Mecanismos de Resolução Alternativa de Litígios

AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes

AP – Administração Pública

APA - *Aministrative Procedure Act*

AR – Assembleia da República

ARI - Autoridades Reguladoras Independentes

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CCIV – Código Civil

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

EM – Estado-Membro

ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

EUA – Estados Unidos da América

LADA – Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que aprovou a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos

LM – Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que aprovou a Lei da Mediação

LAV – Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária

LQERI - Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a Lei-quadro das entidades reguladoras independentes

MoU - Memorando de Entendimento entre o Estado Português, a Comissão Europeia e o FMI

OFCOM – *Office of Communications*

OTA2 - *Office of the Telecommunications Adjudicator*

PPL – Proposta de Lei

PTC – Portugal Telecom

Rec. – Recomendação

TC – Tribunal Constitucional

TDT – Televisão Digital Terrestre

UE – União Europeia

## **INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA**

O movimento de privatizações e a abertura à concorrência de mercados tradicionalmente fechados como são, paradigmaticamente, os dos serviços públicos essenciais, determinou a adoção, por toda a Europa, de um novo modelo de regulação, originário dos EUA, assente na criação de entidades de regulação independentes dos Governos. Estas ARI ficaram incumbidas da regulação de setores considerados sensíveis ou estratégicos, cabendo-lhes assegurar que a atividade é prosseguida num ambiente de liberdade e de concorrência, no respeito pelos direitos dos consumidores e dos cidadãos em geral.

A existência de um mercado concorrencial impõe, particularmente nos mercados regulados, a rápida resolução dos conflitos entre os vários agentes do setor, ao passo que a sua natureza e tecnicidade exige do decisor os mais elevados conhecimentos técnicos e/ou científicos. Cedo se percebeu que a morosidade dos tribunais judiciais aliada à ausência de juizes detentores daqueles conhecimentos casa mal com a resolução dos litígios nos setores regulados. Às ARI foram, então, atribuídos poderes de resolução dos conflitos entre os regulados e entre estes e os consumidores.

A criação de ARI e a atribuição a estas entidades de um amplo leque de poderes – em especial, poderes normativos, sancionatórios e de resolução de litígios – insere-se num importante movimento de transformação do direito administrativo. Caracteriza-se, designadamente, pela adoção de modelos de gestão próprios do setor privado, pela adoção de processos de decisão participada e pela visão do administrado como um “cliente”. Esta “privatização” da atividade administrativa<sup>1</sup> recebeu relevantes contributos das ciências económicas e sociais e nela coexistem figuras tradicionais do direito público e do direito privado.

O moderno direito administrativo acompanhou com atenção a afirmação dos ADR, particularmente da mediação, em diversos ramos do direito. Entre nós, e no contexto das ARI, a previsão da mediação como mecanismo de resolução de litígios entre regulados e entre estes e os consumidores antecede a própria LQERI, embora a sua efetiva utilização se tenha revelado diminuta. Este diploma veio, destarte, reconhecer expressamente a mediação como mecanismo de resolução de litígios pelas ARI e estendeu-a virtualmente a todos os reguladores incluídos no seu âmbito de aplicação.

---

<sup>1</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE 2014: 25

Sucedem que a importação de figuras do direito privado para o direito administrativo e, em particular, para o universo das ARI, exige do legislador e/ou do aplicador uma compatibilização entre ramos do direito e regimes jurídicos em muitos aspetos antagónicos. Nesse contexto se situa, justamente, o nosso estudo.

Propomo-nos indagar sobre os contornos do regime jurídico da mediação pelas ARI e aferir se e em que medida a cumulação pelo regulador das funções de mediador justifica especiais adaptações ao regime geral da mediação. É claro que, para tanto, teremos de encontrar o lugar da mediação no contexto do exercício do poder de resolução de litígios pelas ARI e aferir da sua utilidade e interesse.

No âmbito do nosso estudo interessam-nos, exclusivamente, os conflitos entre regulados. Deixaremos, pois, de parte – não obstante referências dispersas que por motivos de mero enquadramento possamos fazer – os conflitos entre consumidores e regulados, atenta a sua especificidade e as evidentes conexões com as matérias do direito do consumo. Propomo-nos conferir ao nosso estudo uma vocação universalista, procurando traçar um quadro geral aplicável, em tese, aos vários setores regulados (desde que incluídos no âmbito de aplicação da LQERI). Nesse sentido, as referências que faremos às diferentes ARI assumem uma natureza pontual e meramente exemplificativa e/ou enquadradora.

PRIMEIRA PARTE  
**ENQUADRAMENTO**

**1.1 Entrada no tema: O poder de resolução de litígios entre regulados pelas ARI**

Na sua caracterização clássica o modelo de regulação independente dos mercados caracteriza-se pelo chamado triângulo regulatório, com o órgão regulador no vértice superior de um triângulo equilátero, equilibrando os interesses das entidades reguladas num dos vértices da base, e o dos consumidores, utentes ou, em geral, beneficiários da atividade de regulação no outro. Ao regulador cumpre assegurar o “[b]om funcionamento do mercado, aberto e transparente, visando a regulação tão só fixar regras gerais e garantir a sua aplicação de uma forma neutra e independente”.<sup>2</sup> Para tanto, são tradicionalmente reconhecidos aos reguladores três tipos de poderes: normativo, executivo e o poder de resolução de litígios.

No contexto regulatório os litígios surgem na relação entre os três vértices do triângulo, a saber: conflitos entre os regulados e entre estes e os consumidores; conflitos entre o regulador e os regulados; conflitos entre reguladores e, finalmente, conflitos entre os reguladores e os consumidores.<sup>3</sup> Excluindo os conflitos em que regulador aparece como parte, em todos os outros pode o legislador conferir-lhe o poder de os resolver ou promover a sua resolução.

A resolução de litígios entre regulados incluiu-se, desde a primeira hora, no leque de atribuições das *independent regulatory agencies* norte-americanas. Uma das principais atividades desenvolvidas pelas *agencies* é a chamada *adjudication*, que se consubstancia na resolução de conflitos entre empresas do setor regulado ou entre estas e os consumidores através de uma decisão vinculativa para as partes, passível de apreciação pelos tribunais judiciais mediante *judicial review*.<sup>4</sup> A resolução de litígios é, de resto, uma das funções centrais das *agencies* que podem, para este efeito, lançar mão igualmente de mecanismos alternativos de resolução de conflitos aí denominados *alternative dispute resolution*.

A dificuldade dos tribunais judiciais em proporcionarem uma resposta eficaz aos litígios emergentes nos mercados regulados é frequentemente apontada como a principal justificação da atribuição destes poderes às ARI. S LUCATTINI entende

---

<sup>2</sup> Cf. VITAL MOREIRA/F MAÇÃS 2003: 15

<sup>3</sup> Cf. P GONÇALVES 2014: 67-69

<sup>4</sup> Sobre *adjudication e judicial review*, cf. M SOHONI: 2013

mesmo que é o desfasamento entre o tempo do processo judicial e o tempo da economia, cuja diversa natureza – linear e fruto de um automatismo postulado pelo sistema, no caso do primeiro, e ininterrupto e desvinculado de automatismos, no caso do segundo – que está na base da inadequação do processo judicial à resolução das controvérsias nos mercados em que o comércio jurídico se desenvolve com especial rapidez e requer segurança jurídica na prestação dos serviços.<sup>5</sup> A necessidade de uma decisão quase em “tempo real” e a tecnicidade das questões envolvidas desaconselha, pois, a sua submissão aos tribunais comuns. Por outro lado, a existência de relações económicas que se prolongam no tempo recomenda uma abordagem menos conflituosa e mais conciliatória. T PERROUD salienta igualmente a inadequação da decisão judicial para responder a conflitos policêntricos que reclamam a harmonização dos diversos interesses em presença, como sucede normalmente nos litígios submetidos às ARI.<sup>6</sup>

A abertura à concorrência de setores como a energia ou as telecomunicações determinou a importação dos modelos regulatórios das *agencies* para a Europa. O legislador comunitário estabeleceu, concomitantemente, a criação de reguladores destinados a garantir o bom funcionamento destes mercados e algumas diretivas chegaram mesmo a especificar atribuição às ARI dos EM da competência para a resolução de litígios entre os regulados.<sup>7</sup>

O poder de resolução de litígios constitui uma atividade própria e necessária ao exercício da regulação<sup>8</sup> pelo que, mesmo antes da entrada em vigor da LQERI, a generalidade dos estatutos das ARI nacionais já o consagravam.<sup>9</sup> <sup>10</sup> A LQERI veio apenas reconhecer uma função decorrente da própria natureza dos reguladores e daquela que vinha sendo já a prática generalizada. Destaca-se, em todo o caso, a amplitude com que é agora consagrada a possibilidade de recurso pelas ARI aos ADR. Trata-se, como veremos adiante, de uma tendência crescente, iniciada nos

---

<sup>5</sup> Cf. S LUCATTINI 2013: 46 – 49

<sup>6</sup> Cf. T. PERROUD 2013: 277- 283; F. MAÇÃS *et al*, 2004: 387-390

<sup>7</sup> Cf. art 20º, nºs 3 e 4, da Dir. 96/92/CE, de 19 de Dezembro de 1996, relativa ao mercado da eletricidade e art 21º, nºs 2 e 3, da Dir. 98/30/CE de 22, de Junho de 1998, relativa ao mercado do gás natural.

<sup>8</sup> Cf. J. MONTERO PASCUAL 2014: 77

<sup>9</sup> Cf. art 3º, al *i*) e art 24º do DL 97/2002 de 12 de Abril, os arts 6º, al *q*) e art 18º do DL 309/2001, de 7 de Dezembro o art 47º do DL 127/2009, de 27 de Maio, que aprovaram, respetivamente, os anteriores estatutos da ERSE, do ICP-Anacom e ERS.

<sup>10</sup> F. MAÇÃS 2006: 47, nota 136, questiona se “[n]ão bastaria lançar mão de medidas cautelares” [...], “sobretudo quando dispomos de soluções que permitem aos tribunais adotar uma sentença em 48 horas.”

EUA<sup>11</sup>, que reforça o leque de alternativas ao dispor das ARI nos conflitos entre regulados e entre estes e os consumidores, permitindo-lhes diferenciar a abordagem em função do concreto tipo de litígio e das exigências particulares do setor em causa.

## 1.2 A decisão administrativa de resolução de litígios

A doutrina tem dividido a resolução de litígios pelas ARI duas categorias, a saber; a atividade arbitral da administração e os atos administrativos de resolução de litígios.<sup>12</sup> Da nossa parte, até por força da redação do art 40º, nº 4, als *a)* e *b)*, da LQERI, preferimos distinguir entre a resolução de litígios por recurso a ADR, em que se inclui a arbitragem, não obstante a natureza vinculativa e de feição jurisdicional da decisão arbitral, e a resolução administrativa de litígios. Com efeito, a LQERI junta na al *a)* do nº 4 do art 40º a mediação e a arbitragem enquanto mecanismos alternativos de resolução de conflitos e distingue, na al *b)*, o reconhecimento, ou não, pelas ARI, de direitos invocados no contexto de resolução de conflitos, remetendo claramente para a resolução por ato administrativo.<sup>13</sup>

A decisão administrativa de conflitos é, de longe, o mecanismo mais usado pelas ARI para dirimirem litígios entre regulados. É também quanto a esta forma de resolução que se fala em atividade parajudicial das ARI, já que, as mais das vezes, o regulador decide por ato administrativo de litígios jurídico-privados que envolvem sujeitos também eles privados que atuam nos mercados regulados.<sup>14</sup> Contrariamente ao que sucede no domínio da arbitragem, em que as ARI atuam despidas das suas vestes de autoridade pública, na decisão administrativa de litígios as ARI atuam no âmbito do exercício da função administrativa, mediante a prática de atos administrativos e, portanto, usando do *ius imperium* que lhes advém da sua natureza de autoridade pública.<sup>15</sup>

A atividade parajudicial da AP, e das ARI em particular, tem merecido da doutrina um olhar atento, designadamente sob o prisma da reserva constitucional da função

---

<sup>11</sup> Em 1990 o Congresso americano aprovou os chamados *ADR and Negotiated Rulemaking Acts*, encorajando o recurso a ADR pelas *agencies*.

<sup>12</sup> Cf. F MAÇÃS 2006: 23

<sup>13</sup> A LQERI inclui na categoria de *poderes de mediação* a mediação, a arbitragem e a resolução administrativa de litígios. Cremos que a expressão *poderes de resolução de litígios* se afiguraria mais exata.

<sup>14</sup> Contra a ideia de que as ARI desenvolvem uma atividade parajudicial, S LUCATTINI 2013: 15 e E CAMILLI e M CLARICH 2010: 107 e ss.

<sup>15</sup> Cf. P GONÇALVES 2014: 73

jurisdicional consagrada no art 202º da CRP. Do que se cura é da questão de saber se a resolução de conflitos pelas ARI se contém no exercício da função administrativa ou se, pelo contrário, se traduz já no exercício da função jurisdicional. A propósito da distinção entre a função administrativa e a função jurisdicional, VIEIRA DE ANDRADE, referindo-se expressamente à composição de conflitos pela AP, sublinha que “[e]staremos perante um ato jurisdicional quando a sua prática se destine precisamente (especificamente, exclusivamente ou a título principal) à “realização do interesse público de composição de conflitos”, à “realização do direito e da justiça” ou à “realização de uma questão de direito”; estaremos perante um ato administrativo se, mesmo que a decisão envolva uma composição de interesses, ela for apenas o meio para a prossecução de outro (ou outros) interesses públicos, isto é, se a finalidade exclusiva, principal ou específica da medida for a satisfação de necessidades públicas que não de dizer do direito no caso concreto”.<sup>16</sup> <sup>17</sup> Significa isto que na sua função de resolução de litígios a AP não pode aparecer como uma instância independente. Ela há-de ser imparcial quanto às partes mas comprometida com a realização do interesse público, “[u]sando a dirimção de conflitos entre sujeitos privados como meio para a prossecução do interesse público”.<sup>18</sup>

S LUCATTINI salienta, a propósito justamente desta questão que, mesmo no contexto da resolução de conflitos entre sujeitos privados, o regulador prossegue interesses próprios da regulação em ordem ao bom funcionamento do setor regulado.<sup>19</sup> E, como afirma P GONÇALVES, “[A] presença de uma finalidade regulatória (v.g. proteção da concorrência, proteção dos consumidores) e, portanto, de um interesse público a prosseguir atrai a resolução administrativa de conflitos para a esfera da função administrativa (de regulação) e torna legítima a solução nesse sentido”.<sup>20</sup>

Acresce que o princípio da separação de poderes não supõe uma reserva orgânica da função jurisdicional para os tribunais. Como é consabido, a nossa CRP admite, ainda que dentro de limites funcionais, a possibilidade de instâncias administrativas

---

<sup>16</sup> VIEIRA DE ANDRADE 1998: 219. Em sentido idêntico, GOMES CANOTILHO 2015: 675; J MIRANDA 2014: 29-34

<sup>17</sup> P RANGEL 2001: 302 e ss. alude à distinção entre reserva relativa de jurisdição, quando a AP atua na dirimção de conflitos em nome da prossecução de um interesse público, e reserva absoluta, nos casos em que está em causa unicamente uma questão jurídica.

<sup>18</sup> Cf. N LONGOBARDI 2009: 253

<sup>19</sup> Cf. LUCATTINI 2013. Em sentido idêntico, P GONÇALVES 2014: 74

<sup>20</sup> Cf. P GONÇALVES 2014: 75. Em sentido idêntico, A HUERGO LORA 2000: 258-259

decidirem de litígios privados, conquanto essa decisão seja passível de recurso para os tribunais judiciais.<sup>21 22</sup>

Mais recentemente a doutrina vem debruçando-se sobre a separação de poderes no interior das próprias ARI. Do que se cura, em síntese, é de saber se pode decidir com independência quem simultaneamente detém poderes normativos sobre as atividades reguladas frequentemente em causa no litígio.<sup>23</sup> Aludindo ao princípio da separação dos poderes legislativo e judicial, alguns autores entendem que a atividade das ARI deve restringir-se ou à regulamentação de um dado setor ou à resolução de litígios, não devendo nunca ter lugar em simultâneo. Isto porque, no entender destes autores<sup>24</sup>, os reguladores acabam por julgar em causa própria, já que estarão mais preocupados em garantir a estabilidade regulatória do que em resolver de forma justa o conflito. Outros autores, salientando o carácter regulatório do poder de resolução de litígios<sup>25</sup>, entendem que os reguladores devem poder dispor de amplos poderes e de uma gama de diferentes técnicas de resolução de litígios.<sup>26</sup> Esta última tese, que tem vingado na Europa e em certo sentido também nos EUA, tem procurado resolver a questão no âmbito do quadro de procedimentos internos das ARI.<sup>27</sup> Com efeito, o APA contempla um princípio de separação de funções no seio das *agencias* à luz do qual os membros do *staff* encarregues da investigação num dado procedimento não podem participar na tomada de decisão final. Naturalmente que esta separação de funções é mais relevante quando estão em causa procedimentos de natureza sancionatória.<sup>28</sup> Entre nós, como na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, o legislador não impôs, para lá dos termos gerais da LQERI e, naturalmente, do CPA, um procedimento próprio de resolução de litígios no contexto das ARI, deixando essa tarefa de regulamentação às próprias ARI.

---

<sup>21</sup> Cf. no mesmo sentido, mas na doutrina espanhola, A HUERGO LORA 2010: 260. Na doutrina italiana, cf. G SANTANIELLO 2010: 52 e ss

<sup>22</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE 1998: 221 e ss.; J LUCAS CARDOSO 2002: 494; P RANGEL 2001: 310 e ss.: os autores chamam, todavia, a atenção para a existência de um núcleo essencial de matérias cuja reserva constitucional demanda a intervenção dos tribunais no decurso de todo o processo.

<sup>23</sup> A questão coloca-se com maior acuidade na decisão administrativa de conflitos e igualmente e na arbitragem, como faz notar G SANTANIELLO 2010: 466

<sup>24</sup> Cf. D HELM 1994: 85

<sup>25</sup> Em causa está a chamada *regulation by litigation*, isto é, casos em que os procedimentos de resolução de conflitos expõem lacunas regulatórias permitindo ao regulador proceder à respetiva integração. Sobre esta questão, cf. SLUCATTINI 2013: 93, nota 29 e A MORIS *et al*: 2008

<sup>26</sup> Cf. AILEEN MCHARH 1999: 213

<sup>27</sup> Neste sentido, cf. F MAÇÃS *et al* 2004: 436

<sup>28</sup> Cf. N LONGOBARDI 2009: 161 e ss.

### 1.3 Os mecanismos alternativos de resolução de litígios

Os ADR surgiram nos EUA, na década de 60, e depressa chegaram à Europa. Traduzem, como vimos, uma resposta à crise do monopólio estadual da justiça embora nem sempre estejam numa relação de verdadeira alternatividade, como sugere a sua designação.<sup>29</sup> Não existe unanimidade na sua definição, nem uma tipologia fechada, pelo que a doutrina costuma reconduzi-los à categoria genérica de “[p]rocedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais”.<sup>30</sup> De resto, atendendo à sua configuração incerta e ao seu conteúdo heterogéneo, há mesmo quem questione se constituem uma categoria autónoma.<sup>31</sup>

O Direito da UE há muito se interessou pelos ADR, não apenas como meio de resolução de litígios entre sujeitos privados mas como forma de assegurar o bom funcionamento do mercado interno.<sup>32</sup> A UE tem sublinhado, desde a publicação do Plano de Ação relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no mercado interno, em 14 de Fevereiro de 1996, a importância dos EM aprofundarem os seus sistemas de ADR. Estas preocupações foram objeto das Rec. 98/257/CE e 2001/310/CE, que vieram estabelecer os princípios fundamentais sobre os ADR, e de um Livro Verde sobre os ADR em matéria civil e comercial publicado em 19 de Abril de 2002. Contudo, o impulso decisivo deu-se com a Dir 2008/52/CE relativa à mediação em matéria civil e comercial, a que adiante nos referiremos em maior detalhe.<sup>33</sup> No âmbito da resolução de litígios entre os particulares e a AP, o direito europeu tem sido mais incipiente, destacando-se porém a Rec (2001)9, na qual se pretendeu impulsionar o uso de ADR na resolução de litígios entre particulares e a AP em atos individuais, contratos, responsabilidade e questões relativas a quantias monetárias.

O impulso da UE no sentido do aprofundamento dos sistemas de ADR refletiu-se nos diversos EM. Em Portugal, com exceção da arbitragem comercial, cujas raízes remontam ao período medieval, dir-se-á que o início do século coincide com o momento em que de forma decisiva o poder público começou a interessar-se pelos ADR, particularmente na resolução de conflitos de consumo. Surgem assim os Centros de Arbitragem, os Julgados de Paz e, finalmente, a legislação enquadradora

---

<sup>29</sup> Cf. P COSTA E SILVA 2009: 34-37

<sup>30</sup> Cf. M FRANÇA GOUVEIA 2014: 17-18

<sup>31</sup> Cf. NINO LONGOBARDI 2009: 187

<sup>32</sup> Cf. Considerando V da Dir. 2008/52/CE; S LUCATTINI 2013: 2

<sup>33</sup> Cf. também o Código Europeu de Conduta para Mediadores

da arbitragem e da mediação. Paralelamente, assiste-se a uma aposta decisiva na mediação nas áreas laboral, penal e familiar.<sup>34</sup>

Em sede de regulação pública, se já antes da LQERI os estatutos de diversas ARI previam a possibilidade dos reguladores usarem de ADR na resolução de litígios entre regulados e/ou entre estes e os consumidores, com a LQERI essa possibilidade é genericamente reconhecida a todas as ARI incluídas no seu âmbito de aplicação.<sup>35</sup>

No elenco tradicional dos ADR típicos é costume incluir-se a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. A negociação define-se, nas palavras de M FRANÇA GOUVEIA, como “[u]m processo de resolução de conflitos através do qual uma ou ambas as partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas”. Distingue-se da mediação porque não existe aqui um terceiro imparcial: as partes procuram um acordo utilizando por sua conta e risco as técnicas de negociação. Por essa razão, há quem considere que a negociação não passa de uma componente de outros mecanismos de resolução de litígios, cuja autonomização carece de sentido.<sup>36</sup> A mediação, por seu turno, corresponde a uma “[f]orma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.<sup>37</sup> A conciliação, por sua vez, não comporta uma definição unânime. Como salienta M FRANÇA GOUVEIA, “[H]á quem entenda que só pode chamar-se conciliação à jurisdicional<sup>38</sup>, há quem defenda uma distinção entre mediação e conciliação, sendo esta avaliadora e a mediação facilitadora e, por último, há autores que discordam da distinção entre as duas figuras, considerando que se tratam de níveis diferentes da mediação”. A autora conclui, contudo, por reconduzir a conciliação às tentativas de acordo promovidas em sede judicial ou arbitral pelo juiz ou pelo árbitro.<sup>39</sup> Finalmente, a arbitragem é uma modalidade de resolução de litígios em que a decisão é confiada a terceiros – árbitros – que constituem um tribunal arbitral e distingue-se dos demais ADR essencialmente pelos seus efeitos

---

<sup>34</sup> Sobre a evolução dos ADR em Portugal, cf. M FRANÇA GOUVEIA 2014: 32 e ss.

<sup>35</sup> Excluem-se do âmbito da LQERI a ERC e o Banco de Portugal.

<sup>36</sup> Cf. M FRANÇA GOUVEIA 2013: 41-42

<sup>37</sup> Cf. art 2º da LM.

<sup>38</sup> Este parece ser o entendimento acolhido no art 87º-C do novo CPTA cuja PPL de autorização legislativa se encontra em discussão na especialidade na AR.

<sup>39</sup> Cf. M FRANÇA GOUVEIA 2014: 104-106. Para a autora a conciliação distingue-se da mediação porque o conciliador tem o efetivo poder e resolver do litígio, ainda que só o exerça posteriormente.

de natureza jurisdicional: a decisão do tribunal tem força executiva, equiparando-se a uma sentença de um tribunal judicial.<sup>40</sup>

Os ADR descritos obedecem, apesar das diferenças, a um denominador comum: trata-se reconhecidamente de procedimentos mais flexíveis e adaptáveis ao caso concreto, sobretudo quando comparados com a decisão judicial ou mesmo com a decisão administrativa. Embora não se substituam às soluções mais tradicionais, proporcionam uma tutela complementar e, no contexto das ARI, oferecem ao regulador um amplo leque de possibilidades no domínio do exercício do poder de resolução de litígios a afinar e selecionar em face das exigências setoriais em causa e do caso concreto.<sup>41</sup>

#### **1.4 O espaço da mediação na resolução de litígios entre regulados: justificação de interesse**

Apesar de há muito na disponibilidade das ARI, particularmente nos EUA, os ADR são ainda olhados com alguma desconfiança e, não raras vezes, são mesmo desconhecidos.<sup>42</sup> Há, por outro lado, quem neles veja a panaceia para todos os males, particularmente para os que decorrem da crise do sistema estadual de justiça. Não nos revemos em nenhuma destas visões extremadas. Cremos que a utilização dos ADR, em especial da mediação, pelas ARI, responderá a algumas fragilidades do atual procedimento de decisão administrativa, da arbitragem e mesmo do processo nos tribunais judiciais. À semelhança do que sucede no sistema de tribunal multiportas francês<sup>43</sup>, entendemos que as ARI devem dispor, como em geral já dispõem, de um amplo leque de mecanismos de resolução de litígios que selecionam em função das idiossincrasias próprias do caso concreto. E é no contexto desse leque alargado de possibilidades que a mediação poderá desempenhar um relevante papel na resolução de litígios entre regulados.

Nos mercados regulados, a importância de obter uma decisão final e definitiva em tempo útil coloca-se com especial acuidade. E, bem se vê, a possibilidade de

---

<sup>40</sup> O conceito de tribunal arbitral decorre do art 209 º, n º 2, da CRP, e é acolhido na lei, designadamente na LAV, no CPC e no CPTA.

<sup>41</sup> Neste sentido, Cf. S LUCATTINI 2013: 70 e ss. Em sentido contrário, T PERROUD 2013: 292, entende que o carácter não obrigatório dos ADR exclui a sua utilização nos setores regulados porque, por exemplo, o operador histórico não tem qualquer interesse em abrir as suas redes e procurará arrastar as negociações tanto quanto possível.

<sup>42</sup> Cf. V TILMAN 2011: 6

<sup>43</sup> Como explica P COSTA E SILVA 2009: 79, no sistema francês a parte começa por acorrer ao tribunal que pode reenviá-la para uma outra instância de resolução de conflitos que considere mais adequada.

recurso da decisão administrativa ou do laudo arbitral para os tribunais judiciais constitui um entrave a essa resposta célere. Nestes casos, a decisão final pode tardar vários meses. Diferentemente, o procedimento de mediação, porque termina com um acordo entre as partes, não só não é suscetível de impugnação mas, pela sua natureza consensual, oferece reforçadas garantias de execução e cumprimento.

Como salienta S BOYRON, “[o] moderno direito administrativo, onde a regulação é usada para vigiar os mercados ou para controlar os serviços de utilidade pública e a forma como são prestados, reclama novas formas de resolução de litígios” e, neste contexto, “[a] mediação é conhecida por ser um mecanismo bem sucedido na resolução de conflitos comerciais”.<sup>44</sup> Ademais, a natureza dos regulados e das relações comerciais que entre si estabelecem – em geral empresas de grande dimensão que estabelecem relações comerciais estáveis e duradouras – reclama soluções mais consensuais. A mediação permite que os regulados mantenham, apesar do litígio, saudáveis relações comerciais e oferece-lhes uma resolução de natureza mais duradora e mais flexível, quer ao nível do procedimento quer igualmente da decisão. É que os termos do acordo são adaptáveis às necessidades das partes e podem não se basear estritamente no direito aplicável, mas atenderem a critérios de economia e equidade.<sup>45</sup> Além disso, a mediação apresenta-se como um mecanismo mais adequado a dar resposta aos chamados conflitos policêntricos já que, ao passo que a decisão administrativa e o laudo arbitral decorrem de “decisões fragmentadas em procedimentos autónomos”, a mediação proporciona uma visão mais holística do litígio, permitindo compaginar também os interesses de terceiros e outros aspetos relevantes para as partes.<sup>46</sup> A mediação proporciona, igualmente, um resultado mais previsível porque o mesmo é, a todo o momento, controlado pelas partes.

Uma das mais reconhecidas vantagens da mediação prende-se com a sua natureza confidencial. Num procedimento de mediação a informação disponibilizada pelas partes não pode ser utilizada para efeitos sancionatórios ou judiciais. Ora, em setores de grande inovação tecnológica e científica como são, em grande medida, os setores regulados, as garantias de confidencialidade nos processos de resolução de litígios assumem uma importância fulcral. Ademais, o acordo celebrado no termo da mediação tem também uma natureza meramente privada e aí se podem estabelecer adicionais obrigações de confidencialidade que as partes julguem

---

<sup>44</sup> Cf. S BOYRON 2007: 267

<sup>45</sup> V TILMAN 2011: 6, salienta que, no âmbito de conflitos comerciais, são as grandes empresas que, procurando evitar a incerteza associada a um processo judicial e preservar a relação comercial com a contraparte, mais recorrem à mediação.

<sup>46</sup> Cf. R BRUCE/R MACMILLIAN 2004: 17

convenientes. Contrariamente, a decisão administrativa tem uma natureza pública e é frequentemente publicitada pelos reguladores nos seus boletins e sítios e eletrónicos, o mesmo sucedendo com a decisão judicial. Ora, em empresas de grande dimensão e visibilidade, os riscos reputacionais e de imagem constituem uma variável importante com evidente valor económico a ter em conta na resolução de um litígio. Acresce que, quer a decisão administrativa, quer a decisão judicial, constituem jurisprudência passível de ser invocada em situações futuras e esse – chamemos-lhe assim – “efeito colateral” é frequentemente apontado pelas empresas como uma desvantagem e correspondente vantagem da mediação.

Do ponto de vista do regulador, a mediação apresenta, igualmente, vantagens assinaláveis. O exercício, pelas ARI, de funções de mediação permite colocar a regulação na mesa das negociações e antecipar eventuais entraves do próprio regulador a uma dada solução. A mediação proporciona igualmente ao regulador um acompanhamento constante dos avanços tecnológicos do setor, permitindo-lhe identificar novos desafios regulatórios.<sup>47</sup> Por outro lado, como salientam R BRUCE e R MACMILLIAN, o seu envolvimento pode induzir as partes a comportarem-se de forma mais razoável e construtiva no decurso do procedimento de mediação. Reconhecemos, apesar disso, que presença do regulador poderá motivar uma postura mais recatada e estratégica das partes se as obrigações de confidencialidade não forem absolutamente claras e o processo não lhes inspirar segurança e confiança.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Cf., a este propósito, nota 25 *supra*.

<sup>48</sup> Cf. R BRUCE/R MACMILLIAN 2004: 17

## SEGUNDA PARTE

### A MEDIAÇÃO PELAS ARI: CONSIDERAÇÕES GERAIS

#### 2.1. Enquadramento jurídico-legal da mediação no contexto europeu e nacional

O direito da UE tem assumido um papel determinante na promoção dos ADR, e da mediação em particular, nos diferentes EM. Instrumentos como a Rec (2001)9 e, muito em particular, a Dir 2008/52/CE, aliados a outros que aqui não cabe detalhar, vieram impulsionar o recurso à mediação em diversos domínios no direito interno dos EM.

Com a Rec (2001)9 o Conselho da Europa pretendeu incentivar o recurso a ADR entre a AP e os particulares. Esta recomendação resulta, designadamente, da constatação de que, em muitos EM, o aumento progressivo da litigância administrativa tem prejudicado a capacidade dos tribunais administrativos proferirem uma decisão em tempo útil e de que, para serem eficazes, os processos judiciais carecem, em muitos casos, de uma maior flexibilidade.<sup>49</sup> A Rec (2001)9 elenca, na categoria de ADR, a mediação, a conciliação, a transação, a arbitragem e a *internal review*<sup>50</sup>, estabelecendo como âmbito de aplicação indicativo os litígios relativos a atos administrativos individuais, a contratos, à responsabilidade civil e, em geral, às questões relativas a quantias monetárias.

No contexto particular das ARI, o direito da UE, sem limitar o leque de mecanismos de resolução de litígios à disposição dos reguladores, estabeleceu em alguns instrumentos a possibilidade das ARI recusarem apreciar um dado litígio se existirem outros mecanismos, nomeadamente a mediação por entidades externas, capazes de proporcionar uma decisão mais adequada e tempestiva.<sup>51</sup>

A Dir 2008/52/CE, a que já nos referimos, apesar de se aplicar, exclusivamente, aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial constituiu, para a generalidade dos EM, um impulso decisivo ao uso deste ADR nos litígios de matéria

---

<sup>49</sup> Cf. Council of Europe Publishing 2002: 13 e ss.; ainda sobre a Rec (2001)9, cf. N LONGOBARDI 2009: 193 e ss.

<sup>50</sup> A *internal review* corresponde a uma forma de impugnação administrativa com fundamento na legitimidade e/ou mérito dos atos administrativos. Cf N LONGOBARDI 2009: 194

<sup>51</sup> Cf. art 21º, nº 3, da Dir 2002/21/CE, alterada pela Dir 2009/140/CE, que estabeleceu um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas.

civil e comercial também no direito interno.<sup>52</sup> Fora do âmbito da diretiva ficaram, expressamente, “[m]atérias fiscais, aduaneiras ou administrativas e a responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado *acta jure imperii*.”<sup>53</sup> Em face da necessidade de adequação aos diversos ordenamentos jurídicos a diretiva adotou, no seu art 3º, uma definição abrangente de mediação que inclui a mediação voluntária e obrigatória e ainda a “[m]ediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão”. Excluem-se, todavia, as mediações realizadas pelo juiz ou pelo tribunal no contexto de um processo judicial.

Ainda na Dir 2008/52/CE o legislador comunitário chama a atenção para a confidencialidade da mediação, aspeto essencial e distintivo deste ADR. No art 7º determina-se que, salvo decisão das partes em contrário, nem os mediadores nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação podem ser obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais referentes a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação. O legislador comunitário não parece, contudo, ter escolhido uma redação muito feliz. É que a natureza elementar da confidencialidade da mediação tem de inspirar nas partes a confiança de que, não só não impende sobre os intervenientes uma obrigação de disponibilização da informação mas, pelo contrário, impende sobre os mesmos uma obrigação no sentido da manutenção do sigilo durante e no final do processo, sem prejuízo, naturalmente, das situações contadas em que expressamente se prevejam exceções.<sup>54</sup>

O legislador comunitário reconheceu ainda no art 6º da diretiva, a importância da executividade dos acordos obtidos em mediação como fator crítico de sucesso deste ADR. A norma responde ao Considerando 19.º de onde se extrai a intenção de que a mediação não consubstancie uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos depender da boa vontade das partes e salienta-se que, nesse sentido, os EM deverão assegurar que as partes possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Com isto se procurou, como salienta P COSTA E SILVA, responder aos “[d]ireitos internos à luz

---

<sup>52</sup> P COSTA E SILVA 2009: 80-81, salienta a “vocaçao universalista” da diretiva que, logo no Considerando 8.º, dá nota de que “[n]ada impede que os EM criem regimes internos de mediação, em torno das soluções dela constantes, aplicáveis à mediação não transfronteiriça”.

<sup>53</sup> Cf. art 1º, nº 2, da Dir 2008/52/CE

<sup>54</sup> O Considerando 23.º da diretiva permite clarificar a redação do art 7º ao dar nota de que se procurou prever “[u]m nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis no que diz respeito à forma de proteger a confidencialidade da mediação em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial”.

dos quais um acordo escrito, celebrado entre as partes, com ou sem homologação judicial, não é um título executivo”.<sup>55</sup>

Entre nós, apesar de alguns afloramentos anteriores, o marco decisivo no domínio da consagração legal da mediação aconteceu com a criação dos Julgados de Paz pela Lei 78/2001, de 13 de Julho. Este diploma, entretanto alterado pela Lei 54/2013, de 31 de Julho, prevê, no seu art 16º, a existência em cada Julgado de Paz de um serviço de mediação competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência do Julgado de Paz. O regime jurídico dos Julgados de Paz não disciplinou, contudo, os termos do procedimento, a atividade privada de mediação ou estatuto do mediador.

Entre nós, a Dir 2008/52/CE, a que nos referimos *supra*, veio a ser transposta, numa primeira fase, pelo DL 29/2009, de 20 de Junho, que aditou ao anterior CPC quatro arts: o art 249º-A referente à mediação pré-judicial e à suspensão de prazos, o art 249º-B relativo à homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial, o art 249º-C sobre a confidencialidade da mediação e, finalmente, o art 279º-A relativo à suspensão da instância. Até este momento a disciplina da mediação encontrava-se dispersa por vários diplomas e era extremamente lacunosa no que dizia respeito à mediação privada.

Só com aprovação da LM o legislador veio estabelecer um “[r]egime geral da mediação”, regulando “[d]e forma sistemática os diversos aspetos envolvidos num processo de mediação”.<sup>56</sup> Como se extrai da definição constante da al a) do art 2º, o diploma abrange não apenas a mediação pública mas igualmente a mediação privada, que vê assim regulamentado o seu regime jurídico. O objeto do diploma, definindo nas quatro alíneas do art 1º (os princípios gerais aplicáveis à mediação em Portugal, o regime jurídico da mediação civil e comercial, o regime jurídico dos mediadores e o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação) tem contudo, como apontam D LOPES e A PATRÃO, intensidades normativas diferenciadas.<sup>57</sup> No Capítulo II, a LM veio estabelecer os princípios orientadores do procedimento de mediação. Aí se determina, por exemplo, o seu carácter voluntário, afastando-se a mediação obrigatória,<sup>58</sup> e, bem assim, o âmbito do princípio da confidencialidade, de resto mais amplo que o consagrado na Dir 2008/52/CE.<sup>59</sup> Consagram-se ainda,

---

<sup>55</sup> Cf. P COSTA E SILVA, 2009: 83

<sup>56</sup> Cf. D LOPES/A PATRÃO 2014: 11-12

<sup>57</sup> D LOPES /A PATRÃO 2014: 14-16

<sup>58</sup> Sobre as várias dimensões do princípio da voluntariedade, cf. D LOPES/PATRÃO, 2014: 28-29

<sup>59</sup> A Dir 2008/52/CE apenas obriga o mediador a manter sigilo sobre as informações decorrentes da mediação ao passo que a LM estende esse dever de confidencialidade a todo o conteúdo da mediação

nos arts 6º e 7º, as exigências inerentes aos princípios da igualdade, da imparcialidade e da independência. Já no art 9.º o legislador estabelece o princípio da executoriedade ao determinar, embora sujeitando aos requisitos aí elencados, a dispensa de homologação judicial para efeitos de atribuição de força executiva ao acordo de mediação.

Os princípios gerais da mediação consagrados neste capítulo II têm uma vocação universalista, tal como resulta do art 3º, e, portanto, aplicam-se quer na mediação privada, quer na mediação pública, independentemente do tipo e natureza do litígio. Já o Capítulo III, referente ao procedimento de mediação propriamente dito, aplica-se, exclusivamente, à mediação de litígios em matéria civil e comercial, excluindo-se, portanto, para além dos tipos aí expressamente afastados (mediação familiar, laboral e penal) a mediação administrativa. No capítulo IV, a LM estabelece o estatuto do mediador de conflitos. Aí se regulamentam os respetivos direitos, deveres e impedimentos. As normas relativas ao estatuto do mediador aplicam-se à mediação privada e à mediação pública mas, quanto a esta última, apenas no que não for incompatível com as normas especiais da Secção II do capítulo V referente, especificamente, aos mediadores dos sistemas públicos de mediação.

## **2.2. A Mediação pelas ARI na LQERI**

Com exceção da CNPD<sup>60</sup> e da ERC<sup>61</sup>, a única referência constitucional às ARI consta do disposto no art 267º, nº 3, da CRP, nos termos do qual “ [a] lei pode criar entidades administrativas independentes”. O legislador constitucional pretendeu assegurar a constitucionalidade da criação por lei destas entidades, um fenómeno, de resto, já existente à data da introdução da norma pela Lei Constitucional 1/97. Neste contexto, há muito que a doutrina reclamava a criação de uma lei-quadro que viesse racionalizar “[e]m termos materiais e procedimentais a criação das ARI, e que, por outro lado, estabeleça um quadro de referência quanto ao seu regime-jurídico, que limite a tentação da singularidade de regimes sem justificação

---

(e não apenas às informações daí resultantes) fazendo-o impender sobre as partes e sobre os demais intervenientes.

<sup>60</sup> No art 35º, nº 2, da CRP, prevê-se a proteção dos dados pessoais “designadamente através de uma entidade administrativa independente”.

<sup>61</sup> Cf. art 39º da CRP.

razoável”.<sup>62</sup> Porém, só com a assinatura do MoU se caminhou decisivamente no sentido de que, em 2013, a LQERI visse a luz do dia.<sup>63</sup>

Com a LQERI o legislador pretendeu estabelecer um regime geral que, na medida do possível, homogeneizasse o concreto regime jurídico das ARI. Isso mesmo decorre, quer do nome que lhe atribuiu – “lei-quadro” –, quer do disposto no seu art 3º, nº 1, onde se determina a adaptação dos estatutos das ARI ao disposto na LQERI. Sucede que, não obstante a sua designação, a LQERI não tem valor reforçado. Este diploma não é nem uma lei orgânica, nem uma lei cuja aprovação carece de maioria de dois terços, e nem é, como poderia pensar-se, pressuposto normativo necessário de outras leis.<sup>64</sup> E é assim porque, como afirma o TC, “[o]s atributos de *pressuposto normativo necessário* e de *vinculatividade material* relativamente a outras leis que caracterizam as leis com valor reforçado” têm resultar diretamente do texto constitucional”.<sup>65</sup> <sup>66</sup> Ora, como é consabido, fora destes casos, vale o princípio do nº 2 do art 112º da CRP, onde se determina que lei e decreto-lei têm igual valor e podem revogar-se mutuamente.<sup>67</sup> Significa isto que, apesar da intenção uniformizadora, na prática, o Governo pode legislar por decreto-lei nos estatutos das ARI em termos incompatíveis com a LQERI sem que isso configure uma ilegalidade ou inconstitucionalidade indireta.<sup>68</sup>

No que concerne particularmente à mediação, como já vimos, a LQERI, no seu art 40º, nº 4, al a), veio reconhecer transversalmente a todas ARI incluídas no seu âmbito de aplicação poderes de mediação de litígios, designadamente entre os regulados. Não estabeleceu, contudo, quaisquer regras de carácter procedimental. Assim, em face da natureza meramente enquadradora da LQERI, da densificação normativa do preceito, e bem assim, da própria letra da lei, parece-nos que só poderão ser reconhecidos poderes de mediação às ARI cujos estatutos expressamente o prevejam. É que se, por um lado, o art 7º, nº 3, als b) e c), determina que os estatutos devem conter a “missão, atribuições e âmbito dos setores e das atividades económicas reguladas;” e os “poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações”, por outro lado, no corpo do art 40º, nº 4, o legislador sublinha que a disponibilização de serviços de mediação pelas ARI tem lugar “nos termos e limites dos respetivos

---

<sup>62</sup> Cf. VITAL MOREIRA/F MAÇÃS 2003: 260

<sup>63</sup> Anteriores tentativas incluem a apresentação por VITAL MOREIRA/ F MAÇÃS 2003, de uma proposta de lei-quadro.

<sup>64</sup> Cf. art 112º, nº 3, da CRP

<sup>65</sup> Cf. Ac do TC nº 134/2010

<sup>66</sup> Expressando entendimento diverso, cf. J FREITAS DA ROCHA 2008: 788

<sup>67</sup> Cf. M AFONSO VAZ 2013: 447

<sup>68</sup> A propósito do valor jurídico-constitucional da LQERI, cf. P GONÇALVES /L LOPES 2015: 336-337

estatutos” e apenas “quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação”, *recticus*, de resolução de litígios. Significa isto que a legitimidade do exercício da mediação pelas ARI não se basta com o reconhecimento genérico desse poder pela LQERI, dependendo de uma expressa disposição estatutária que, em concreto, lhe atribua essa competência. O citado preceito assumirá, pois, uma natureza meramente enquadramento para efeitos de legitimar essa consagração nos concretos estatutos das ARI.<sup>69</sup>

Se olharmos para os estatutos das ARI já adaptados pelo legislador à LQERI, verificámos que é diversa a amplitude e o âmbito dos poderes de mediação reconhecidos aos diferentes reguladores. E em algumas situações, o legislador alude à conciliação ao invés da mediação, opção que, não obstante, parece decorrer mais de uma certa confusão terminológica do que das idiosincrasias próprias dos setores em causa.<sup>70 71</sup> Com efeito, a amplitude com que a mediação aparece consagrada nos estatutos da ERSE – onde se prevê a realização de ações de conciliação e mediação ou o recurso à arbitragem sempre que tal esteja previsto na lei ou mediante solicitação dos interessados<sup>72</sup> – ou mesmo nos estatutos da ERS – que preveem a mediação ou conciliação voluntárias entre estabelecimentos do SNS ou entre estes e prestadores do setor privado e social, ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde<sup>73</sup> – contrasta, por exemplo, com a previsão contida nos novos estatutos da ERSAR, onde se estabelece apenas o recurso à conciliação, ou com as normas estatutárias da AMT, que não atribuem verdadeiros poderes de mediação mas apenas a possibilidade de promover a dinamização e cooperação com os mecanismos alternativos de resolução de conflitos já existentes.<sup>74</sup> Acresce que a generalidade dos estatutos se limitam a definir o quadro estatutário em que as ARI hão de balizar a sua atuação no exercício do poder de resolução de litígios. Estabelecem o alcance e o limite dos poderes de mediação do regulador mas não determinam as regras procedimentais, deixando-as para regulamentação da própria ARI ou dependentes de integração legislativa pelo

---

<sup>69</sup> Em sentido idêntico, embora quanto à arbitragem, cf. P GONÇALVES 2014: 77

<sup>70</sup> Para D MOURA VICENTE 2010: 386: “[a]mbas as figuram designam a mesma atividade fundamental [...] existirá porventura uma diferença de grau, mas não de natureza, na intervenção cometida a terceiros, tendo em vista a resolução de um litígio”.

<sup>71</sup> Em França, os termos mediação e conciliação são utilizados indistintamente.

<sup>72</sup> Cf. art 20º, nº 1, al a), do DL 84/2013, de 25 de Junho.

<sup>73</sup> Cf. art 28º do DL 126/2014, de 22 de Agosto.

<sup>74</sup> Cf. art 14º, nº 1, al b), da Lei 10/2014, de 6 Março e art 38º do DL 78º/2014, de 14 de Maio.

aplicador.<sup>75</sup>

### **2.3. O Regime jurídico da mediação de litígios pelas ARI**

#### **2.3.1. Da mediabilidade dos litígios entre regulados**

Geralmente a doutrina distingue os tipos os litígios surgidos na esfera de atuação das ARI em função dos sujeitos, a saber: conflitos entre regulados; conflitos entre estes e os consumidores; e conflitos entre as ARI e os regulados ou os consumidores. Contudo, se nos fixarmos apenas no universo do nosso estudo – os litígios entre regulados – teremos de atentar na sua diversidade quer quanto aos sujeitos, quer quanto ao objeto. Quanto aos sujeitos, os litígios entre regulados podem opor dois particulares, um particular e um ente público ou dois entes públicos. Pense-se, no primeiro caso, nas situações em que cabe à ERSE mediar um litígio entre dois comercializadores, ou entre um produtor e o operador da rede de transporte<sup>76</sup> ou, no caso da ANACOM<sup>77</sup>, entre dois prestadores de serviços de comunicações móveis. Já não será assim quando a ERS medeia um conflito entre um estabelecimento do SNS (um hospital E.P.E., por exemplo) e um prestador do setor privado ou na mediação de conflitos emergentes de contratos de parceria público-privada entre o Estado (representado pela Administrações Regionais de Saúde) e as empresas gestoras de estabelecimentos de saúde do SNS, todos litígios que opõem um ente público a um particular. Diferentemente sucede também quando a ERSAR procura resolver através da mediação/conciliação<sup>78</sup> uma disputa entre duas empresas municipais gestoras de sistemas multimunicipais de abastecimento de água, opondo, portanto, dois entes públicos.

Uma análise global sobre o tipo de litígios apresentados perante as ARI permite ainda distinguir aqueles que incidem sobre uma relação jurídica de direito privado daqueles cujo objeto é já uma relação jurídico-administrativa. Basta pensar, neste último caso, nos litígios relativos ao acesso às redes ou às interligações em

---

<sup>75</sup> É, de resto, o que se prevê, por exemplo, no n.º 2 do art 28.º dos estatutos da ERS onde se determina que as condições e requisitos para submissão de conflitos a mediação ou conciliação são definidas por regulamento.

<sup>76</sup> Salientando a utilidade da medição nos conflitos entre regulados do setor energético, cf. B MYERS 1997: 56-58

<sup>77</sup> Surpreendentemente, nos novos estatutos da ANACOM aprovados pelo DL 39/2005, de 16 de Março, apenas se prevê a resolução de litígios entre regulados por decisão administrativa (art 8.º, n.º1, al g)).

<sup>78</sup> Os novos estatutos da ERSAR preveem apenas a conciliação, embora pareça existir aqui alguma confusão terminológica com a mediação.

setores como o do gás e eletricidade ou o das comunicações eletrônicas. É ainda possível divisar aqueles que incidem sobre contratos, quer de direito privado, quer contratos administrativos, e que pelo seu impacto regulatório reclamam ou beneficiam da intervenção do regulador. Pense-se, por exemplo, nos conflitos que opõem regulados a propósito de contratos de concessão, contratos de parceria público-privada ou, particularmente no setor da saúde, dos litígios emergentes de contratos de convenção entre o Estado (SNS) e os prestadores privados de cuidados de saúde. Significa isto que, na sua atividade de mediação, caberá às ARI a mediação de litígios de natureza privada mas, igualmente, de conflitos que se situam já na esfera do direito administrativo.

A admissibilidade da mediação, pelo regulador, de litígios puramente privados não suscita problemas. A competência das ARI para o exercício de poderes de mediação resulta expressamente da LQERI e dos estatutos, e a admissibilidade da mediação nos litígios de natureza civil e comercial decorre, desde logo, do princípio da autonomia contratual das partes e é agora expressamente reconhecida na LM.

Mais controversa é já a mediação no direito administrativo. Trata-se, reconhecidamente, da importação de uma figura típica do direito privado mas que pelas suas características de flexibilidade, celeridade e partilha de decisão se quadra bem na tendência atual do moderno direito administrativo. Como sublinham I MEENE e M WESTERVELD, a mediação está em linha com o moderno direito administrativo, designadamente com o princípio da boa administração e com a transformação ocorrida na relação entre o Estado e os cidadãos que passaram, progressivamente, de sujeitos do Estado, para cidadãos e, mais recentemente, para clientes.<sup>79</sup> De resto, como afirma S BOYRON, se “[a] mediação é um mecanismo modelo na resolução de litígios contratuais e comerciais em direito privado, é natural que venha a ser usada em conflitos que envolvam empresas prestadoras de serviços de interesse público ou mesmo em sede de contratação pública”.<sup>80</sup>

Contudo, se é verdade que se revela no direito administrativo uma tendência crescente no sentido de rever os tradicionais procedimentos de tomada de decisão, procurando que as decisões superiormente impostas sejam substituídas por entendimentos nascidos de lógicas mais participadas, há, por outro lado, quem, interpretando rigidamente o princípio da legalidade, continue questionar os termos da admissibilidade da mediação no direito administrativo. A doutrina interroga-se particularmente sobre a questão de saber se quando uma das partes é um ente

---

<sup>79</sup> I MEENE/MWESTERVELD 2009: 13-16

<sup>80</sup> Cf. S BOYRON 2007: 282

público e o litígio incide sobre o exercício de poderes de autoridade é ainda admissível recorrer à mediação.<sup>81</sup> Nestes casos, haverá que compatibilizar a negociação inerente à mediação com a prossecução do interesse público e, se for o caso, com os limites à indisponibilidade do poder administrativo. No fundo, do que se cura, como sublinha A MASUCCI, é do reconhecimento de que “[o] procedimento de mediação pressupõe a possibilidade jurídica de ‘negociar’ uma solução do litígio. Se, por motivos jurídicos, não existe espaço algum para uma solução acordada, o conflito não pode ser resolvido através da mediação”.<sup>82</sup>

A mediação em direito administrativo recebe um tratamento diferenciado nos ordenamentos jurídicos europeus. Em França, o recuso à mediação é afastado nos conflitos que envolvam o exercício de poderes administrativos, sejam discricionários ou vinculados, sem prejuízo da sua admissibilidade nos litígios sobre contratos administrativos ou responsabilidade da AP.<sup>83</sup> Já na Alemanha a mediação de litígios que impliquem o exercício de poderes públicos é admitida sempre que estiver em causa o exercício de poderes discricionários e, no caso de poderes vinculados, se o litígio se referir aos pressupostos de facto e/ou de direito da decisão administrativa.

Entre nós a mediação administrativa não se encontra expressamente prevista.<sup>84</sup> O nosso quadro normativo não a prevê mas também não a proíbe, pelo que a sua admissibilidade relevará sempre da indagação sobre o alcance do princípio da indisponibilidade do poder administrativo e da autonomia contratual da administração, à luz do caso concreto.<sup>85</sup> Em todo o caso, bem vistas as coisas, a mediação tem uma natureza “acessória” relativamente ao contrato que, no seu termo, venha a ser celebrado entre as partes, pelo que a sua admissibilidade há-de aferir-se em função da legalidade do acordo que põe termo ao litígio. E, naturalmente, que se as partes têm legitimidade para a celebração do contrato, por maioria de razão terão legitimidade para participar numa negociação ou numa mediação que o anteceda.

---

<sup>81</sup> Na Rec (2001)9 o Conselho da Europa admite a possibilidade do mediador convidar a entidade administrativa a revogar ou modificar um dado ato com fundamento em conveniência ou legalidade. Contra, N LOGOBARDI 2004: 188

<sup>82</sup> Cf. A MASUCCI 2009: 18

<sup>83</sup> Cf. N LONGOBARDI 2009: 188

<sup>84</sup> Apesar disso, o CAAD previu nos seus estatutos a mediação de litígios respeitantes a contratos, relações jurídicas de emprego público e matéria fiscal.

<sup>85</sup> O novo CPTA admite-se, no art 87º-C, a mediação administrativa, restringindo-a às causas que caibam “âmbito dos poderes de disposição das partes” e remetendo o respetivo regime jurídico para diploma próprio.

Frequentemente, embora não necessariamente, a mediação administrativa conduz à celebração de um contrato de transação entre o particular e a AP.<sup>86</sup> A transação corresponde a um “contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas prestações”.<sup>87</sup> <sup>88</sup> Supõe, portanto, uma prévia negociação e nada obsta, pois, a que resulte de uma prévia mediação. Numa interpretação conservadora diremos que a transação administrativa pode ter lugar sempre que AP puder dispor do objeto do litígio e, portanto, o mesmo se situar dentro dos limites da autonomia pública contratual (isto é, dentro dos limites da discricionariedade administrativa)<sup>89</sup>. M PORTOCARRERO propõe, porém, uma visão mais alargada do espaço negocial da AP. A autora defende que a transação supõe uma situação de incerteza de facto ou de direito e de potencial conflito em que não está em causa a mera execução da lei numa forma alternativa ao ato administrativo unilateral. Do que se trata é de “[u]ma regulação convencionada através de cedências recíprocas que abdicou do total esclarecimento da situação”.<sup>90</sup> E se a transação supõe uma situação de incerteza, a solução poderá não corresponder na íntegra ao espaço de discricionariedade da AP e aos parâmetros normativos. Se apenas se admitir a transação no espaço tradicional da discricionariedade pode não se lograr evitar a apreciação judicial da situação, frustrando-se assim a sua função de pacificação e prevenção de conflitos.<sup>91</sup> A autora propõe, com efeito, um âmbito de aplicação semelhante ao defendido pela doutrina alemã, que associa a admissibilidade da transação à existência de uma situação de incerteza (de facto e ou excecionalmente de direito), independentemente do tipo de poder exercido.<sup>92</sup> Evidentemente, o seu conteúdo deverá compaginar-se com os princípios da prossecução do interesse público, da eficiência e da proporcionalidade.

Questão diferente, ainda que conexa, coloca-se quando a ARI é chamada a mediar um litígio que, nos termos da lei ou dos estatutos, pode decidir por ato administrativo. A latitude das normas sobre mediação na LQERI e na generalidade dos estatutos parece conferir às ARI um poder de mediação aplicável à

---

<sup>86</sup> Aludindo, igualmente, à relação entre a mediação e a transação, cf. A C CARVALHO 2015: 8-9 e M PORTOCARRERO 2012: 150

<sup>87</sup> Cf. art 1248º do CC

<sup>88</sup> O sacrifício recíproco de prestações é no entender de A MASUCCI 2009: 35, a diferença fundamental entre a transação e a mediação. Trata-se contudo, a nosso ver, de uma comparação pouco rigorosa porque confronta um tipo contratual e um procedimento de resolução extrajudicial de litígios de feição negocial que, podendo desembocar na celebração de acordo transativo, pode igualmente dar lugar à celebração de qualquer outro contrato. Note-se, todavia, que também na Rec (2001)9 se elenca a transação no catálogo dos ADR.

<sup>89</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA 2013: 711 e ss; P OTERO 2011: 840 e ss.

<sup>90</sup> M PORTOCARRERO, 2012: 201

<sup>91</sup> Argumentos propostos por M PORTOCARRERO 2012: 199-201

<sup>92</sup> Cf. M PORTOCARRERO 2012: 202 e ss.

generalidade dos litígios que lhes são submetidos. Na verdade, mesmo quando a lei determina o poder da ARI decidir de um dado litígio parece, em face da abrangência e da inserção sistemática das normas sobre mediação, que estará na disponibilidade do regulador a escolha do mecanismo de resolução desse conflito. Sucede que aqui a admissibilidade da mediação pode ser mais duvidosa. Como vimos, quando as ARI decidem emitindo um ato administrativo, além da resolução do litígio, a concreta decisão do regulador corresponderá àquela que melhor serve a prossecução de um dado interesse público que lhe cabe preservar. E, nestes casos, apesar de ARI ter um interesse concreto na resolução do litígio – porque incumbida da prossecução de um interesse público – ela não é parte. A questão é particularmente delicada, porque deixar a decisão na disponibilidade das partes pode, em tese, corresponder à adoção de uma solução menos benéfica ou até prejudicial para o interesse público. Pense-se, por exemplo, num conflito entre regulados a propósito de uma solução técnica para acesso a uma rede ou infraestrutura. Pode dar-se o caso de a solução acordada restringir o acesso de outros regulados, o que sempre seria prejudicial à concorrência.

A questão convoca uma análise sobre o princípio da irrenunciabilidade e da inalienabilidade da competência previsto no art 36º do atual CPA. Esta norma, cuja redação é semelhante ao art 29º do Código anterior, estabelece um “princípio da legalidade da fixação da competência”<sup>93</sup> que, em ordem a assegurar a prossecução do interesse público, determina que a competência atribuída por uma norma legal ou regulamentar a um órgão administrativo não pode ser objeto de qualquer ato pelo qual esse órgão renuncie à sua titularidade ou a transmita a outros órgãos da AP, a entidades privadas ou ainda a um órgão supra-partes como um tribunal arbitral.<sup>94</sup> A decisão sobre o sentido em que deve ser exercida a competência administrativa cabe, pois, ao órgão a quem ela foi legalmente atribuída e apenas a ele. Assim, dificilmente poderá compaginar-se com o disposto no art 36º do CPA uma situação em que a ARI abdica *tout court* do seu poder de decisão sobre um dado litígio (quando essa decisão supõe a prossecução direta de um interesse público que lhe haja sido confiado), colocando-a, na íntegra, na disponibilidade das partes.

Entendemos, contudo, e sob pena de inadmissível restrição do âmbito de aplicação da mediação (inadmissível até em face da amplitude com que vem configurado na lei), que não poderá afastar-se, sem mais, a mediação de conflitos passíveis de decisão administrativa. Na verdade, se estão à partida excluídos da mediação

---

<sup>93</sup> A expressão é de M ESTEVES DE OLIVEIRA *et al* 2010: 198

<sup>94</sup> Cf. FREITAS DO AMARAL *et al* 2005: 79; M ESTEVES DE OLIVEIRA *et al* 2005: 192

litígios que suponham o exercício de poderes vinculados, diferentemente sucederá no âmbito do exercício de poderes discricionários. Pense-se, por exemplo, num conflito de acesso a redes ou infraestruturas nomeadamente em casos de monopólio natural (ex. acesso à rede de transporte ou distribuição de eletricidade) ou de obrigações de ligação entre operadoras de telecomunicações. Quando o incumbente ou o operador recusa o acesso ou recusa efetuar a ligação, uma vez preenchidos os pressupostos legais, o regulador não dispõe de qualquer margem de liberdade quanto ao conteúdo do ato, devendo determinar essa ligação.<sup>95</sup> Nestes casos a prossecução do interesse público admite uma e apenas uma solução, pelo não poderá admitir-se que o regulador remeta a decisão para mediação das partes. Diferentemente sucede nos casos em que a lei confere à ARI discricionariedade quanto ao conteúdo da decisão.<sup>96</sup> Atente-se, por exemplo, na generalidade dos conflitos sobre fixação de preços por serviços prestados entre regulados (que, em regra, poderão negociá-los livremente ou entre balizas previamente fixadas por lei ou pela ARI).<sup>97</sup> Nestes casos, quando os regulados não chegam a acordo, podem solicitar ao regulador que fixe o preço e nada obsta a que a ARI entenda, com o acordo das partes, remeter a decisão para um procedimento de mediação.

Acresce que, mesmo nas situações de vinculação quanto ao conteúdo, frequentemente o legislador reserva à AP espaços de discricionariedade. Como ensina FREITAS DO AMARAL, não existem já atos absolutamente discricionários ou absolutamente vinculados.<sup>98</sup> É o que sucede quando a AP dispõe de discricionariedade quanto ao momento da prática do ato, às formalidades a adotar, à forma do ato ou mesmo quanto à faculdade de apor, ou não, no pacto administrativo condições, termos, modos ou outras cláusulas acessórias.<sup>99</sup> Nestes casos, e se se divisar útil para as partes, entendemos que a ARI poderá restringir o conteúdo da mediação aos aspetos em que a lei lhe conferiu discricionariedade.<sup>100</sup> Não podemos esquecer que estão em causa exclusivamente conflitos entre operadores regulados que não chegariam sequer ao conhecimento do regulador se

---

<sup>95</sup> Cf. F MAÇÃS 2006: 32-33

<sup>96</sup> A solução não é isenta de dúvidas, já que poderia afirmar-se que, na prática, equivale a considerar a discricionariedade da administração uma espécie de “indiferente jurídico”. Neste sentido, A HUERGO LORA 2000: 91; M PORTOCARRERO 2012: 200

<sup>97</sup> Veja-se o que sucede nos conflitos surgidos no setor das telecomunicações sobre preços de cobrados pela PTC para distribuição do serviço de TDT ou sobre preços de portabilidade entre operadoras de telecomunicações.

<sup>98</sup> Cf. FREITAS DO AMARAL 2014: 89

<sup>99</sup> Cf. FREITAS DO AMARAL 2014: 107-109

<sup>100</sup> Cf. A MASUCCI 2009: 18

fossem resolvidos por acordo das partes.<sup>101</sup> E se o legislador conferiu às partes este largo espaço de autonomia, por maioria de razão terá de admitir que o acordo que põe termo ao conflito possa ter lugar no decurso de uma mediação pelo regulador. Além disso, a escolha da mediação como mecanismo de resolução do litígio, pela sua natureza flexível e não conflitual, pode surgir, em face de uma concreta situação, como a opção que melhor responde ao interesse público a prosseguir pela ARI. Com efeito, numa vasta maioria dos casos, o interesse público satisfaz-se com a mera resolução do litígio e com o regular funcionamento do mercado, independentemente da concreta solução adotada pelas partes. Pense-se, por exemplo, num conflito sobre a competência para a prestação de um serviço numa determinada área. Em regra, para o consumidor (e, nesse sentido, para o regulador) é indiferente qual a entidade prestadora do serviço, contanto que o mesmo seja adequadamente prestado.

No quadro dos limites acabados de traçar, a submissão de um litígio à mediação dependerá sempre do âmbito que, para tanto, haja sido estabelecido no quadro regulamentar de cada concreta ARI e da vontade das partes, mas não dispensa, como se viu, uma análise prévia casuística por parte do regulador.

### **2.3.2. Do regime jurídico da mediação pelas ARI**

Vimos que mesmo antes da entrada em vigor da LQERI e da LM as ARI já recorriam à mediação para a resolução de litígios entre regulados. O regime jurídico deste procedimento constava, regra geral, de regulamento emanado pelo próprio regulador.<sup>102</sup> Vimos também que, não obstante o reconhecimento genérico de poderes de mediação às ARI pela LQERI, nem por isso o respetivo procedimento tem vindo a ser objeto de regulamentação nos estatutos dos reguladores. Na generalidade dos casos os estatutos das ARI limitam-se a conferir-lhes poderes de mediação e nada adiantam quando comparados com as normas de enquadramento da LQERI. Assim, a disciplina da mediação de litígios pelas ARI há-de descortinar-se por integração legislativa ou, como até agora tem sucedido, há-de de ser objeto de posterior regulamentação pelo regulador.

---

<sup>101</sup> Nestes casos o controlo do regulador sobre o conteúdo ou efeitos de um dado acordo é feito *a posteriori*, mediante o exercício dos seus poderes regulatórios e sancionatórios.

<sup>102</sup> Cf., a título de exemplo, o *Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos da ERSE*, 2002, e ainda o *Protocolo de Mediação de Conflitos na ERS*

A possibilidade das ARI regulamentarem o âmbito e a forma de exercício da sua atividade de mediação não suscita problemas de maior. Estaremos, com efeito, no domínio dos chamados regulamentos de execução, isto é, de “[r]egulamentos (que) estabelecem condições para a aplicação prática de uma lei, regulando aspetos de pormenor, e dão resposta a questões técnicas que a lei deixou em aberto”.<sup>103</sup> A regulamentação do procedimento pelas ARI pode mesmo traduzir uma vantagem acrescida ao permitir adequá-lo às particularidades do setor em causa. Em todo o caso, uma vez que o legislador (europeu e nacional) recortou a disciplina jurídica da mediação em função da natureza do litígio mediado, na mediação de litígios comerciais as ARI deverão seguir de perto o procedimento constante da LM. Já nos litígios administrativos, porque não existe no nosso ordenamento jurídico um regime próprio da mediação administrativa, a amplitude com que poderão regulamentar parece mais alargada. Em qualquer caso, o procedimento deverá respeitar os princípios aplicáveis a todos os tipos de mediação consagrados, como vimos, nos arts 3º a 9º da LM.

Nada obsta, porém, a que as regras do procedimento resultem de um acordo entre as partes e a ARI na qualidade de mediador. É esse, de resto, o entendimento vertido no art 16º, nº 2, al f), da LM e, ainda que se entendesse dever aplicar-se supletivamente ao procedimento de mediação nas ARI os princípios do CPA, o que nos parece francamente duvidoso, sempre valeria a norma constante do art 57º relativa aos chamados acordos endoprocedimentais. Aí se prevê a possibilidade do órgão competente para a decisão final e os interessados acordarem por escrito os termos do procedimento, prevendo, por exemplo, trâmites procedimentais não previstos na lei que possam adequar-se em função do caso concreto.<sup>104</sup>

Aqui chegados, traçada a fronteira dos litígios mediáveis e encontrado o respetivo regime jurídico importa saber se, e em que medida, a mediação pelas ARI justifica especiais adaptações ao regime geral que estudámos.

---

<sup>103</sup> Cf. M AROSO DE ALMEIDA 2015: 151

<sup>104</sup> Cf. P GONCALVES 2013 (1): 16

## TERCEIRA PARTE

### **A MEDIAÇÃO PELAS ARI: PRINCIPAIS ASPECTOS JURIDICO-LEGAIS À LUZ DA LEI DA MEDIAÇÃO**

#### **3.1. O princípio da confidencialidade**

A confidencialidade constitui uma marca distintiva da mediação sem a qual o seu sucesso estaria em larga medida comprometido. Por essa razão, o legislador configura-a como princípio geral aplicável a todos os tipos de mediação e, portanto, também à mediação administrativa. O legislador português foi até, como vimos, mais exigente que o legislador comunitário ao sujeitar a sigilo todo o conteúdo das sessões de mediação e não apenas as informações daí resultantes, vinculando não apenas o mediador e os seus assistentes mas igualmente as partes e os demais intervenientes.<sup>105</sup>

A confidencialidade impõe-se ao mediador numa dupla vertente: por um lado, impede-o de usar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento haja obtido por força da mediação e, já numa vertente interna ao próprio procedimento, impede-o de transmitir às outras partes as informações que lhe tiverem sido prestadas a título confidencial por um dos mediados. Impõe-se ainda às próprias partes, designadamente em juízo, porquanto todo o conteúdo da mediação está protegido e não pode ser valorado nos tribunais judiciais e arbitrais.

Importa, contudo, notar que, apesar de ínsito ao próprio conceito de mediação, o sigilo não constitui um valor absoluto. O próprio legislador consagrou na LM exceções ao princípio da confidencialidade, estabelecidas por razões de ordem pública e aí elencadas a título exemplificativo. A confidencialidade cessa, ainda, por motivos que se prendem com o sentido da própria mediação, isto é, quando tal seja necessário para aplicar ou executar o acordo alcançado ou quando a manutenção do segredo se revele contrária às finalidades da mediação.

A adaptação de instrumentos próprios do direito civil ao direito administrativo, pela diversa natureza dos dois ramos do direito, demanda amiúde a compatibilização de interesses à primeira vista antagónicos. D LOPES/A PATRÃO apontam, justamente, para aquilo que parece ser a existência de uma “[t]ensão intrínseca entre

---

<sup>105</sup> Cf. D LOPES/A PATRÃO 2014: 40

confidencialidade (da mediação) e transparência da AP” na mediação dos litígios administrativos.<sup>106</sup> No mesmo sentido, S BOYRON alerta para a difícil conciliação entre a transparência e necessidade de garantir a *accountability* dos entes públicos e a confidencialidade de negociações que podem ter um impacto, mesmo que diminuto, no interesse público.<sup>107</sup> Acresce que, neste contexto, o princípio transparência revela-se em duas dimensões em si mesmas contraditórias. A plena transparência entre as partes depende da confidencialidade da mediação, mas a confidencialidade da mediação contende com o princípio da transparência administrativa de que é beneficiária a generalidade dos cidadãos.<sup>108</sup> Do que se trata, bem vistas as coisas, é de um evidente conflito entre os princípios tradicionais do direito administrativo e o princípio da autonomia privada transversal a todo o direito privado.<sup>109</sup>

Como é consabido, a nossa CRP estabelece no art 268º, nº s 1 e 2, o direito à informação administrativa, reconhecido pela generalidade da doutrina como um direito, liberdade e garantia de natureza análoga. No que se reporta ao direito à informação não procedimental – cujo propósito é, justamente, o de banir o segredo administrativo e favorecer a transparência da AP – o n.º 2 do referido preceito consagra o chamado princípio do arquivo aberto ao determinar o acesso dos cidadãos aos arquivos e registos administrativos.<sup>110</sup> Numa primeira análise, dir-se-ia, pois, que a confidencialidade da mediação pelas ARI, particularmente quando estão em causa litígios administrativos, acomoda-se mal com o princípio da transparência e da administração aberta.

Sucedo que, se o princípio da confidencialidade comporta, como vimos, restrições diversas, designadamente por motivos de ordem pública, o direito à informação não goza, igualmente, de uma proteção absoluta. Ele comporta, naturalmente, exceções decorrentes, desde logo, da necessidade de acautelar outros bens constitucionalmente protegidos. A indagação sobre o âmbito de proteção da norma do art 268º CRP supõe, com efeito, a observância dos princípios jurídico-constitucionais que enformam a atividade administrativa, desde logo dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.<sup>111</sup> É esse, de resto, o entendimento vertido no art 82.º do CPA (e decorria já do anterior art 62.º), onde o legislador estabelece um conjunto de restrições de acesso motivadas pela

---

<sup>106</sup> Cf. D LOPES /A PATRÃO,2014: 45

<sup>107</sup> Cf. S BOYRON 2007: 286

<sup>108</sup> Cf. S BOYRON 2007: 288

<sup>109</sup> Cf. S BOYRON 2007: 278 e ss.

<sup>110</sup> Cf. J FIGUEIREDO DIAS 2011: 257; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA 2014: 827

<sup>111</sup> Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA,2010: 827

ponderação de outros interesses relevantes. O CPA, cuja aplicação às ARI está agora expressamente consagrada no art 2º, nº 2, al c), estabelece como exceção ao direito de consulta os processos que contenham documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica. Esta exclusão estende-se, naturalmente, às situações onde se estabeleçam obrigações de segredo profissional.<sup>112</sup>

Também a LADA estabelece restrições no acesso à informação. Essas limitações relevam não só do art 6º referente às “restrições de acesso” mas também da própria definição de “documento administrativo” constante do art 3º. Nos termos do art 3º, nº 1, al a), e nº 3 da LADA, considera-se “documento administrativo” qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, eletrônica ou outra forma material, na posse dos órgãos e entidades referidos no artigo 4.º da lei, ou detidos em seu nome, mas excluem-se as notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante e bem assim os documentos cuja elaboração não releve da atividade administrativa. No art 6º a LADA estabelece restrições relativas ao acesso a documentos que contenham informações cujo conhecimento possa pôr em risco a segurança interna e externa do Estado, bem como aos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa, e aos documentos nominativos, remetendo para legislação própria as matérias em segredo de justiça. Mais se estabelece que o acesso aos documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos pode ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração, e que o acesso aos inquéritos e sindicâncias só tem lugar após o decurso do prazo para eventual procedimento disciplinar.

Se a mediação traduz, ainda, o exercício da função administrativa pelas ARI, naturalmente que os documentos trazidos ao processo pelas partes e, bem assim, as atas do procedimento, se incluem na categoria dos documentos administrativos a que alude a LADA no seu art 3º. E, ainda que se antecipem restrições no acesso de terceiros ao processo – porque este inclui, designadamente, documentos que contêm segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna dos regulados – essa avaliação não deixará de ter uma natureza casuística, permitindo ou podendo permitir o acesso a parte ou a partes do processo de mediação ou mesmo do acordo. Esse acesso, ainda que parcial, é de molde a pôr em causa o sucesso da mediação enquanto mecanismo de resolução de litígios no seio das ARI. É que,

---

<sup>112</sup> Cf. Neste sentido, M ESTEVES DE OLIVEIRA *et al* 2010: 332

como *supra* já salientámos, é a confiança que *a priori* as partes depositam na confidencialidade do procedimento que assegura um ambiente propício à negociação franca e aberta. Obrigar a ARI a disponibilizar documentos que lhe tenham sido entregues no decurso da mediação ou a disponibilizar atas contendo informação que, em rigor, não lhe pertence, mina a confiança dos regulados e, bem vistas as coisas, coloca em causa o sentido da mediação e a sua utilidade no contexto do regulador.

Importa não perder de vista a natureza “instrumental” do papel que desempenha a ARI/mediadora neste que é, essencialmente, um processo das partes e em que – reitere-se – a ARI não é parte. Parece-nos que, com as devidas adaptações, valerá aqui idêntica reserva à que J CAUPERS assinala relativamente à compatibilização entre o direito à informação e o dever de sigilo do Provedor de Justiça: “[e]ntendemos que o Provedor de Justiça não pode ser constrangido a proporcionar o acesso a quaisquer documentos de terceiros.” Uma pressão dessa natureza “viria inevitavelmente a minar a base de confiança de que o Provedor necessita para bem desempenhar as suas funções”.<sup>113</sup> Julgamos, em todo o caso, que sempre se aplicariam as restrições de acesso impostas pelo segredo profissional do mediador constantes da LM, cujo sentido e alcance não pode deixar de ser o de abranger não só os concretos funcionários que em cada momento exercem funções de mediação mas a própria ARI. Esta leitura abrangente quanto ao sujeito e objeto do sigilo profissional decorre, aliás, do artigo 14º da LQERI que sujeita os titulares dos órgãos das entidades reguladoras, bem como o seu pessoal e os prestadores de serviços ao dever de sigilo sobre todos os assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções.

Da conjugação destas normas parece extrair-se a inadmissibilidade da consulta por parte de terceiros de qualquer elemento da mediação, pois que, como vimos, é essa a exata abrangência do dever de sigilo do mediador prevista no nº 1 do art 5º da LM. Entendemos, destarte, que nada obsta a que a ARI divulgue dados de natureza genérica ou estatística referentes aos processos que lhe coube mediar o que, de resto, já sucede amiúde noutros países.

O âmbito do segredo imposto ao mediador não pode deixar de relevar também internamente, no contexto da própria ARI. Na verdade, se se afigura inadmissível a valoração do conteúdo da mediação em tribunal ou em sede de arbitragem, ela não poderá também servir de mecanismo de obtenção de informações para efeitos sancionatórios. O conteúdo da mediação não pode, pois, dar lugar à instauração

---

<sup>113</sup> Cf. J CAUPERS 2006: 94

pela ARI de qualquer procedimento sancionatório, ainda que no decorrer da mediação se desvende a prática, por qualquer dos regulados, de uma infração que ao regulador caiba punir. Mas a mediação não pode servir, outrossim, para o branqueamento de infrações cometidas pelos regulados obstando, *tout court*, ao exercício, pela ARI, dos seus poderes sancionatórios. Um tal entendimento sempre potenciará a desvirtuação da mediação, incentivando os regulados a revelarem nesse contexto infrações que hajam praticado como forma de obstar a um eventual procedimento sancionatório e aos eventuais danos de imagem decorrentes da publicidade das sanções. Consideramos que se impõe, a este propósito, uma solução de compromisso que possibilite à ARI o exercício do poder sancionatório quando, ainda que os factos que dão causa à infração hajam sido abordados no contexto da mediação, a ARI deles tome conhecimento por outro meio ou também por outro meio.

### **3.2. Os princípios da imparcialidade e da independência**

A imparcialidade e independência do mediador são apontadas como fatores cruciais ao desempenho das suas funções. Constituem, de resto, princípios transversais a todas as mediações consagrados nos arts 6º e 7º da LM e no ponto 2º do Código Europeu de Conduta para Mediadores. Ao mediador exige-se que seja imparcial, tratando as partes com isenção e conferindo-lhes um tratamento equitativo, e que seja independente, atuando livre de qualquer pressão externa, valor ou interesse pessoal. Como salientam D LOPES e A PATRÃO, com o princípio da imparcialidade o legislador procurou garantir “[a] equidistância e neutralidade do mediador para com as partes ou para com o objeto da disputa, ao passo que no princípio da independência se visa o exercício livre e descomprometido da função”<sup>114</sup> A independência do mediador, assim definida, reconduz-se a uma ideia de neutralidade, na medida em que se exige que ponha de parte as suas convicções pessoais e, por outro lado, que não se submeta a quaisquer ordens ou instruções, incluindo das partes.

Sucedo que no nosso estudo o mediador é, simultaneamente, o regulador, pelo que só muito dificilmente se poderá afirmar tratar-se de um terceiro absolutamente estranho ao objeto do litígio. Como dissemos *supra*, existe sempre uma conexão – mais forte ou mais ténue – com a finalidade regulatória, sem o que carece de sentido a submissão do litígio ao regulador. A mediação pelas ARI supõe sempre a

---

<sup>114</sup> Cf. D LOPES/A PATRÃO 2014: 50-51.

prosseção – ainda que de forma indireta ou reflexa – de um interesse público, razão pela qual não pode dizer-se que a sua atuação na qualidade de mediador é absolutamente descomprometida. Acresce que, como salientam J M PURDY e B GRAY, não pode olvidar-se quanto aos mediadores que são simultaneamente funcionários da AP ou da ARI, que é muitas vezes ao seu “empregador” que caberá implementar ou executar a solução alcançada na mediação.<sup>115</sup> Teremos assim de reconhecer que, podendo ser absolutamente isento para com as partes ou para com o objeto do conflito, o regulador/mediador não deixará de ter relevantes convicções ou juízos sobre o setor, a política regulatória e o enquadramento jurídico e regulatório do litígio.

Não nos parece, todavia, que o papel das ARI/mediadoras saia beliscado. Tradicionalmente, a doutrina desdobra o princípio da imparcialidade numa dimensão negativa e numa outra positiva. A primeira contém um conjunto de proibições (ex. não discriminação, não favorecimento, igualdade de tratamento) e a segunda supõe que, na sua atuação, a AP tome em consideração todos os interesses em presença.<sup>116</sup> Há ainda quem identifique no princípio da imparcialidade da AP uma vertente subjetiva e uma outra objetiva. “[A] imparcialidade subjetiva projeta-se como um princípio na ação dos funcionários públicos, a imparcialidade objetiva como um princípio de funcionamento dos órgãos administrativos”<sup>117</sup>. Pretende-se, em suma, assegurar que a AP prossegue exclusivamente o interesse público, nisso se traduzindo o exercício objetivo e desinteressado da função administrativa.<sup>118</sup>

A propósito das exigências de independência e imparcialidade que se colocam às ARI, alguns autores preferem falar em “neutralidade”.<sup>119</sup> A distinção entre imparcialidade e neutralidade não apresenta contornos claros. No domínio das ARI, a generalidade da doutrina entende que o conceito de neutralidade corresponde à indiferença perante os interesses em jogo, ao passo que a imparcialidade se refere à exigência de um comportamento não discriminatório no confronto entre os sujeitos destinatários da ação administrativa.<sup>120</sup> É comum falar-se em neutralidade para referir o necessário distanciamento da AP face aos interesses político-partidários, o que, no contexto da resolução de litígios entre regulados, vale,

---

<sup>115</sup> Cf. J M PURDY/ B GRAY 1994: 161

<sup>116</sup> Sobre a noção de imparcialidade, Cf. M T MELO RIBEIRO 1996: 153 e ss.

<sup>117</sup> Cf. ERIC MITARD 1999: 410

<sup>118</sup> Cf. M T MELO RIBEIRO 1996: 156

<sup>119</sup> Cf. B QUIRNY 2006 : 397

<sup>120</sup> Cf. G SANTANIELLO, 2010: 27; Também, M T MELO RIBEIRO, 1996: 189

*mutatis mutandis*, para o distanciamento relativamente aos interesses ou à política regulatória prosseguida pela própria ARI.

A imparcialidade da AP nunca é, contudo, total ou absoluta.<sup>121</sup> O desafio consiste na conciliação entre o interesse particular das partes na resolução do litígio – objetivo primeiro da mediação – e o interesse público a prosseguir pela ARI. Não se trata, como vimos, de interesses necessariamente divergentes, desde logo porque, numa boa partes dos casos, o interesse público satisfaz-se com mera resolução do litígio entre as partes. Por outro lado, a natureza voluntária da mediação atenua, em grande medida, esta relativa imparcialidade. As partes só sujeitam o litígio à mediação da ARI se assim o entenderem e são livres de a abandonar a todo o tempo. Ademais, esta “imparcialidade relativa” seria sempre mais grave nos casos de decisão administrativa, onde a ARI impõe ao regulado uma decisão vinculativa mediante a prática de um ato administrativo.

Por outro lado, a circunstância de o mediador trazer o “interesse público” ou a “visão do regulador” para a mesa das negociações pode revelar-se de extrema utilidade para as partes e constituir, justamente, o fator distintivo entre a mediação pela ARI e a mediação realizada por um mediador “externo”. É que a presença do regulador na mediação permite antecipar eventuais constrangimentos regulatórios ou mesmo entraves da ARI a uma dada solução. Permite, ademais, como adiante se verá, equacionar soluções que não dependem já da estrita vontade das partes mas envolvem, na sua configuração ou execução, o próprio regulador.

Fundamental será, pois, assegurar que a mediação é efetivamente isenta e imparcial quanto às partes e quanto ao objeto do litígio, e que é assim percecionada pelas mesmas. Nesse sentido vêm sendo gizadas algumas soluções pelos próprios reguladores. A mais comum é a escolha, de entre os funcionários/mediadores, de um mediador ou equipa de mediadores que não pertença ao departamento mais diretamente relacionado com o objeto do litígio. Note-se, todavia, que pode revelar-se útil, no caso de uma equipa plural, nomear um elemento que integre, justamente, esse departamento e que aporte ao procedimento os necessários conhecimentos técnicos e regulatórios. Noutros casos, porém, as ARI escolhem formar equipas de mediação mistas que integram funcionários da ARI e peritos externos.<sup>122</sup>

Casos há em que o regulador prefere não exercer diretamente funções de mediação, mas não deixa de reconhecer a valia deste ADR na resolução de litígios

---

<sup>121</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE 1974: 225

<sup>122</sup> Cf. J.M.PURDY/ B.GRAY 1994: 165

entre regulados. É o que sucede, por exemplo, com a OFCOM que analisa casuisticamente os litígios que lhe são submetidos e, se for o caso, remete para as soluções de ADR que lhe pareçam adequadas, recusando-se a resolver o litígio por decisão administrativa (“*adjudication*”). Por vezes é mesmo o próprio regulador quem cria ou incentiva a criação de instituições de mediação especializada, independentes e externas à ARI. É o que sucede, por exemplo, com o OTA2, uma instituição de resolução de litígios encarregue pela OFCOM de resolver os conflitos entre os regulados e a *Openreach* - a entidade gestora das redes britânicas de telecomunicações - no âmbito da implementação e desempenho dos produtos e serviços disponibilizados por aquela. Estas soluções não parecem, contudo, admissíveis no nosso ordenamento jurídico, atento o disposto no nº 5 do art 40º da LQERI que proíbe os órgãos da ARI de delegarem ou concessionarem a entidades públicas ou privadas a prossecução de quaisquer das suas atribuições ou poderes regulatórios e sancionatórios.

### **3.3 A executoriedade do acordo de mediação**

A Dir 2008/52/CE já apontava, no seu art 6º, para a necessidade dos EM garantirem a executoriedade dos acordos obtidos na sequência de um procedimento de mediação. O legislador português estabeleceu idêntico princípio na LM onde se determina que o acordo pode ser objeto de homologação judicial, a requerimento das partes, ou pode ser-lhe reconhecida força executiva se preenchidos os requisitos aí elencados.<sup>123</sup>

O princípio da executoriedade não tem, contudo, idêntica extensão nos casos de mediação administrativa. É que o art 10º da LM parece restringir a homologação judicial aos litígios em matéria civil e comercial, pois a LM exclui a mediação administrativa do âmbito de aplicação das normas relativas à tramitação do procedimento e aos efeitos do acordo.<sup>124</sup> Acresce que, quando no art 9º, nº 1, al c), se estabelece como requisito para o reconhecimento de força executiva independente de homologação que na mediação “[t]enha(m) participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça” vale por dizer que, ou o concreto funcionário ou mediador interno ou externo da ARI está inscrito nas listas do Ministério da Justiça ao abrigo da Portaria

---

<sup>123</sup> A homologação judicial do acordo acaba por comprometer a confidencialidade do seu conteúdo que passará a ter publicidade idêntica a uma decisão judicial. Neste sentido, DLOPES/A PATRÃO 2014: 96; M FRANÇA GOUVEIA 2014: 89.

<sup>124</sup> Sobre a natureza dos acordos obtidos em mediação administrativa, Cf. S BOYRON, 2007: 284.

344/2013, de 27 de Novembro, ou o acordo (desde que não homologado judicialmente) terá natureza de mero documento particular.<sup>125</sup> Restará às partes a possibilidade de conferirem força executiva ao acordo fazendo-o constar de documento exarado por notário ou por outras entidades com competência para o efeito, nos termos gerais da al b) do nº 1 do art 703 do CCiv.<sup>126</sup>

Diferentemente sucede quando, no contexto da mediação, as partes concluem que a resolução do litígio implica a prática de um ato por parte da ARI ou que a execução do acordo de mediação depende da atuação da ARI. Trata-se, com efeito, de uma situação que foge aos estritos padrões da mediação na medida em que, no decurso do procedimento, a ARI despe a sua veste de terceiro imparcial e assume a posição de parte interessada. No atual contexto, em que a mediação no seio das ARI decorre com grande informalidade e flexibilidade ao nível do procedimento, sucede com alguma frequência que as partes e o mediador concluam que, até em nome da coerência da política regulatória, a melhor solução para o litígio, e bem assim para a salvaguarda do interesse público, passa pela alteração de um dado regulamento, pela prática de um ato administrativo ou mesmo pela emissão de uma dada informação ou recomendação. Nestes casos não se trata já de uma mediação mas de uma negociação em que a ARI entrará como parte no acordo. Estaremos aqui no domínio dos chamados contratos regulatórios, isto é, de contratos celebrados entre a ARI e uma ou mais empresas reguladas onde se dispõe sobre a formulação e/ou implementação de normas regulatórias. O contrato regulatório pode ter como objeto medidas regulatórias que a ARI poderia determinar por via regulamentar, ou traduzir a adoção de medidas de aplicação da lei ou de regulamentos, quer no domínio do acompanhamento e controlo da atividade regulada, quer no âmbito do exercício do poder sancionatório.<sup>127</sup> O regime dos contratos regulatórios extravasa, manifestamente, os limites do presente estudo. Referiremos apenas que, no que se reporta ao seu cumprimento, os contratos regulatórios seguem, naturalmente, os termos gerais. Assim, na ausência de uma disposição contratual sobre resolução de litígios e atenta a sua natureza de documento particular, a parte que se entenda credora ou lesada terá

---

<sup>125</sup> Em França a executoriedade do acordo depende sempre de homologação judicial. Já no direito italiano optou-se por um regime misto: mesmo que mediação seja feita por instituição reconhecida pelo Ministério da Justiça, uma ou ambas as partes têm de requerer a homologação judicial do acordo.

<sup>126</sup> Em Espanha só são título executivo os acordos lavrados em escritura pública. Já na Alemanha a executoriedade do acordo pode ser obtida se o mesmo constar de escritura pública, mediante homologação judicial ou ainda por força de um instituto jurídico sem paralelo no ordenamento jurídico nacional – o “Anwaltsvergleich” - que consiste num acordo concluído com a assistência dos advogados das partes em forma de transação judicial.

<sup>127</sup> Cf. P GONÇALVES, 2013: 134 e ss.; T PROSSER 2005: 5-57

sempre de intentar nos tribunais administrativos uma ação administrativa comum destinada à obtenção de uma sentença que lhe sirva de título executivo.

#### 4. CONCLUSÃO

As mutações em curso no direito administrativo convocam frequentemente a adaptação de figuras tradicionais do direito privado ao direito administrativo. É, paradigmaticamente, o caso da mediação, há muito prevista na generalidade dos estatutos das ARI mas ainda pouco utilizada. A nova LQERI, ao reconhecer a sua potencial aplicação a todas as ARI incluídas no seu âmbito de aplicação, veio, contudo, dar um novo fôlego a esta figura.

A mediação de conflitos entre regulados pelas ARI reveste-se de inegável interesse prático para ambos, regulador e partes no litígio. Porém, o seu regime jurídico não se encontra previsto nem na LERI nem nos estatutos dos diferentes reguladores, o que contribui para adensar o ceticismo relativamente à valia deste ADR.

As ARI podem ser chamadas a mediar litígios de natureza privada e, igualmente, conflitos que se situam já na esfera do direito administrativo. E a diversa natureza dos conflitos reflete-se, naturalmente, no regime jurídico a aplicar pelo regulador. Com efeito, se relativamente aos conflitos de natureza comercial a admissibilidade da mediação decorre diretamente da LM e do próprio princípio da autonomia privada das partes, nos litígios jurídico-administrativos essa admissibilidade e os limites ao conteúdo do acordo dependem de uma indagação sobre o alcance do princípio da indisponibilidade do poder administrativo e da autonomia contratual da administração, à luz do caso concreto.

Maiores reservas se colocam, porém, à mediação pelas ARI de litígios cuja resolução convoca a prossecução direta de um interesse público e que, portanto, nos termos da lei ou dos estatutos, são passíveis de resolução por ato administrativo. Apesar da delicadeza da questão, parece-nos que a abrangência com que a mediação aparece consagrada na LQERI e nos estatutos das ARI, admite que as ARI mediem estes litígios ou parte destes litígios conquanto a solução se situe nos espaços da discricionariedade administrativa. A questão não é, todavia, como ficou expresso, isenta de dúvidas.

Verificámos que o legislador deixou para regulamentação dos reguladores os termos do procedimento de mediação. Não obstante, a LM estabelece os princípios gerais aplicáveis a todos os tipos de mediação cujo respeito se impõe ao poder regulamentar da ARI e, no caso dos litígios de natureza comercial, deverão observar-se, igualmente, as normas procedimentais contidas na LM. Nada obsta, porém, como vimos, a que os termos do procedimento sejam acordados entre as partes e o regulador.

A cumulação das funções de mediador e regulador e a importação para o direito administrativo de uma figura típica do direito privado, como é paradigmaticamente a mediação, obriga à integração de princípios aparentemente antagónicos. Do confronto entre o princípio da confidencialidade da mediação e princípio da transparência administrativa concluímos que o sigilo imposto por lei ao mediador assume a natureza de segredo profissional e estende-se não apenas ao concreto ou concretos mediadores em causa no litígio mais a toda a ARI, impondo-se quer no domínio das suas relações internas quer no espaço das relações externas. Não fica obviamente prejudicada a possibilidade do regulador divulgar dados de natureza genérica ou estatística referentes aos processos de mediação.

Por outro, o mediador/regulador, sendo absolutamente isento em relação às partes, não deixará de ter relevantes convicções ou juízos sobre o setor, a política regulatória e o enquadramento jurídico e regulatório do litígio. A indagação sobre a aparente antinomia entre as funções de regulador e mediador à luz do princípio da imparcialidade reveste, todavia, escassa relevância prática, sobretudo se pensarmos que a natureza voluntária da mediação, contrariamente ao que sucede na decisão administrativa, sempre atenuará esta “imparcialidade relativa”.

Concluimos, finalmente, que a circunstância de o regulador ser chamado a mediar litígios jurídico-administrativos a par de litígios de natureza privada determina a existência de um duplo regime no que diz respeito à excecutoriedade do acordo. Isto porque está à partida excluída a homologação judicial nos litígios de natureza administrativa. Por outro lado, a circunstância da LM não estar pensada para a mediação pelas ARI, ou mesmo pela própria AP, acarreta, na prática, uma evidente limitação do princípio da excecutoriedade da mediação na generalidade dos litígios mediados pelos reguladores.

Aqui chegados, entendemos que a parca utilização da mediação pelas ARI deve-se pelo menos em parte, à relativa indefinição do seu regime jurídico. O legislador da LQERI perdeu uma boa oportunidade para traçar, nesse diploma, um quadro geral da utilização de ADR pelas ARI. Esperamos, contudo, que o regime da mediação administrativa a que parece aludir o novo CPTA veja em breve a luz do dia e possa contribuir para uma maior definição do alcance e limites deste instituto nas ARI.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo*, 2.º Ed., Almedina 2015

AMARAL, FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª Ed. (*Reimp*), Almedina, 2014

AMARAL, DIOGO FREITAS DO/ CAUPERS, JOÃO/ CLARO, JOÃO MARTINS / RAPOSO, JOÃO GARCIA/ DIAS, MARIA DA GLÓRIA / SIZA VIEIRA, PEDRO/ SILVA, VASCO PEREIRA DA, *Código do procedimento Administrativo Anotado*, 6.ª Ed., Almedina, 2007

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. L, Coimbra, 1974

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE *A reserva do juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação de indemnizações por nacionalizações*, *Scientia Iuridica*, n.ºs 274-276, 1998

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2014

ASIMOW, MICHAEL, *When the Curtain Falls: Separation of Functions in the Federal Administrative Agencies*, *Columbia Law Review*, Vol. 81, n.º 4, Maio, 1981

BOYRON, SOPHIE, *Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms*, *European Public Law*, n.º13, Vol. 2, 2007

CAMILLI, ENRICO LEONARDO/ CLARICH, MARCELO, *Poteri Quasi-Giudiziali delle Autorità Indipendenti*, M.D'Alberti/A.Pajno, *Arbitrati dei Mercati (Le autorità indipendenti e l'economia)*, Bologna, Il Mulino, 2010

CANOLILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed. (*Reimp*), Almedina, 2015

CARVALHO, ANA CELESTE, *A mediação em matéria administrativa: uma possibilidade com futuro*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, 2015

CATARINO, LUÍS GUILHERME, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros - Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Almedina, 2010.

CAUPERS, JOÃO, *A pretexto do dever de sigilo do Provedor de Justiça, O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, pág. 94, disponível em [http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos\\_VolumeComemorativo30Anos.pdf](http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf)

CARVALHO, JORGE MORAIS, *A Consagração legal da Mediação em Portugal*, *Julgar* n.º15, Setembro-Dezembro, 2011

Council of Europe, Alternatives to litigation between administrative authorities and private parties - Legal Issues Publishing, May 2002

CORREIA, SÉRVULO, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, (*reimp*) Almedina, 2013

DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2011

Energy ADR Forum, Using ADR to Resolve Industry Disputes – The Better way, Report on the Energy ADR Forum, Outubro de 2006.

ENTERRIA, GARCIA DE/FERNANDEZ, TOMÁS-RÁMON, Curso de Derecho Administrativo, vol. I, 13ª Ed. Civitas, Madrid, 2006

GONCALVES, PEDRO COSTA, Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão), Justiça Administrativa n.º 100, 2013

GONGALVES, PEDRO COSTA, Arbitragem e Regulação (a arbitrabilidade dos conflitos regulatórios), Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. VII, 2014

GONÇALVES, PEDRO COSTA (Org), Estudos de Regulação Pública – II, Coimbra, 2015

GONÇALVES, PEDRO COSTA, O Novo regime das entidades independentes de regulação, Textos de Regulação da Saúde, Entidade Reguladora da Saúde, Ano 2013

GONÇALVES, PEDRO COSTA, Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante, CEDIPRE, Coimbra 2013

HELM, D, British Utility Regulation: Theory, Practice and Reform, Oxford Review of Economic Policy, 1994

LORA, ALEJANDRO HUERGO, La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo, Real Colegio de España, 2000

LUCATTINI, SIMONE, Modelli di Giustizia per i Mercati, Giappichelli Editore, 2013

LONGOBARDI, NINO, Modelli Amministrativi per la risoluzione delle controversie, in Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale, Giapichelli Editore, 2 Ed. Torino, 2009

LOPES, DULCE/ PATRÃO, AFONSO, Lei da Mediação Comentada, Almedina, 2014

MAÇÃS, FERNANDA, O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes, Justiça Administrativa n.º 58, 2006

MAÇÃS, FERNANDA/ CATARINO, LUÍS GUILHERME/ COSTA, JOAQUIM CARDOSO DA, O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-

Financeiro, Estudos de Regulação Pública – I, (Organização de Vital Moreira), Coimbra 2004

MASUCCI, ALFONSO, El Procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo – Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa, Revista de Administración Pública, n.º 178, Janeiro-Abril, 2009

MCHART, AILEEN, Separation of Functions and Regulatory Agencies: Dispute Resolution in the Privatised Utilities, Administrative Justice in the 21st Century, Hart Publishing, 1999

MEDEIROS, RUI, Arbitragem necessária e Constituição, Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, 2015

MEENE, INEKE VAN DE/ WESTERVELD, MIES, Where Mediation and Administrative Law Meet: mutual influence between mediation and administrative law disputes, Paper apresentado na Law and Society Association Annual Meeting, Denver, Estados Unidos da América, 2009.

MIRANDA, JORGE, Manual de Direito Constitucional, Vol III, TOMO V, Almedina, 2014

MITARD, ERIC, L'impartialité administrative, AJDA, n.º 6, 1999

MOREIRA, VITAL/ MAÇÃS, FERNANDA, Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra, 2003

MORISS, ANDREW/ YANDLE, BRUCE/ DORCHARK, ANDREW, Regulation by Litigation, Yale University Press, 2008

MOULÈNES, CHRISTINE BRÈCHONS, La place du juge administrative dans le contentieux économique publique, AJDA, n.º 9, 2000

MYERS, EDUARD B., The Future Is Now: Mediation & Mergers in Energy Industry, *Natural Resources & Environment*, Vol. 12, No. 1, 1999

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/ GONÇALVES, PEDRO COSTA/ PACHECO DE AMORIM, J., Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª Ed. Almedina, 2010

OTERO, PAULO, Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Almedina, 2011

PASCUAL, JUAN JOSÉ MONTERO, Regulación Económica - La actividad administrativa de regulación de los mercados, Tirant lo Blanch, Valencia 2014

PERROUD, THOMAS, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2013

PROSSER, TONY, Regulatory Contracts and Stakeholder Regulation, *Annals of Public & Cooperative Economics*, Vol. 76, No. 1, Março, 2005

PORTOCARRERO, MARTA, A (in)disponibilidade do poder administrativo nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, na transacção e na arbitragem, policopiado, Porto, 2012

QUIRNY, BERNARD, Principe Général d'Impartialité Administrative, Revue du Droit Public, n.º 2, 2006

RIBEIRO, MARIA TERESA DE MELO, O Princípio da Imparcialidade na Administração Pública, Almedina, 1996

SANTANIELLO, GIUSEPPE, Trattato do Dritto Amministrativo, G.Paolo Cirillo/Roberto Chieppa, CEDAM, 2010

SILVA, PAULA COSTA E, A Nova Face da Justiça-Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, Coimbra, 2009

SOHONI, MILA, Agency Adjudication and Judicial Nondelegation: An Article III Canon, University Law Review, Vol. 107, n.º 4, 2013

SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE/LOMBA, PEDRO/ OTERO, PAULO (Coord), Comentário à Constituição Portuguesa, III Vol., 1.º Tomo, Almedina, 2008

TILMAN, VINCENT, Lessons Learnt from the implementation of the EU Mediation Directive: the business perspective, Policy Department C: Citizens and Constitutional Affairs, European Parliament, 2011, disponível em [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies)

PURDY, J.M./ GRAY, B., Government Agencies as Mediators in Public Conflicts, The International Journal of Conflict Management, 1994, Vol. 5, n.º 2

RANGEL, PAULO CASTRO, Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001

VAZ, MANUEL AFONSO, Lei de Reserva da Lei – A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976, 2.ª Ed., Coimbra, 2013

VICENTE, DÁRIO MOURA, A Directiva sobre a mediação em matéria Civil de Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa, Direito Internacional privado – Ensaios, Vol. III, Almedina, 2010

#### **Outros documentos consultados:**

Código Europeu de Conduta para Mediadores, tradução para português disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo\\_Europeu\\_de\\_Conduta\\_para\\_Mediadores\\_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85](http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85)

Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos da ERSE, Outubro de 2002, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/mediacaoconciliacaodeconflitos/Paginas/default.aspx>

Protocolo de Mediação de Conflitos na Entidade Reguladora da Saúde, disponível em <https://www.ers.pt/pages/398>

Os acórdãos do TC citados estão todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

As diretivas e recomendações citadas estão todas disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>