

enunciação pela positiva das matérias de Direito Administrativo que são passíveis de ser submetidas a arbitragem. Ao legislador competirá, entretanto, identificar limites coerentes que, pela negativa, permitam identificar as matérias que não devem poder ser submetidas a arbitragem, e nas quais, por isso, ela deve ser expressamente proibida.

Nesta perspectiva, a proposta de revisão do CPTA orienta-se no sentido de admitir que todos os tipos de matérias são, à partida, passíveis de arbitragem, incluindo no domínio da fiscalização da legalidade de atos administrativos, sem restrições incompreensíveis e, como vimos, difíceis de interpretar, como as que hoje resultam da previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea c). Ao legislador caberá, entretanto, quando o considere justificado, ressaltar, na legislação especial, as situações que, por contenderem com mais relevantes interesses públicos ou dizerem respeito a direitos indisponíveis dos particulares nas suas relações com a Administração (*maxime*, direitos, liberdades e garantias), entenda que devem ser reconhecidas como sendo objeto de uma *reserva constitucional da jurisdição do Estado* e, como tais, vedadas à arbitragem.

A nosso ver, deste modo a arbitragem de Direito Administrativo ganha, finalmente, as suas *cartas de cidadania*, o que implica lançar os fundamentos para que, um dia, a questão da arbitrabilidade neste domínio passe a colocar-se em termos semelhantes àqueles em que se coloca nos domínios do direito privado: isto é, partindo de um princípio geral de admissibilidade da arbitragem para, através de um exercício de subsunção a partir dos casos em que a lei a proíba, se estabelecer um ou mais critérios dos quais deva depender a imposição de limites de âmbito geral a essa arbitrabilidade.

Pedro Costa Gonçalves

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Advogado

## Arbitragem e Regulação (a arbitrabilidade dos conflitos regulatórios)

### Entrada no tema

Ocupamo-nos no presente texto das inter-relações entre a arbitragem e a regulação. O tema revela-se suscetível de abordagem a partir de, pelo menos, duas perspetivas diferenciadas: *i)* uma vez que a regulação constitui uma forma de ação pública e, em especial, de ação administrativa, poderia pensar-se em tratar, em termos genéricos, das inter-relações entre arbitragem e ação da Administração Pública e, neste âmbito, atender, em especial, à arbitrabilidade de certos modos de ação administrativa ou à extensão da arbitrabilidade no campo da legalidade administrativa<sup>1</sup>; *ii)* sem perder de vista a natureza (em grande medida) administrativa da missão de regulação, seria viável adotar, em vez da anterior, uma perspetiva mais focada, considerando, em particular, as ligações existentes ou possíveis entre arbitragem e a província da regulação e os seus atores principais (*reguladores, regulados e consumidores*).

Vamos seguir a segunda perspetiva considerada, orientando, portanto, a exposição para a análise da arbitragem enquanto modo de resolução de conflitos que emergem em domínios regulados (objeto de regulação administrativa) e que envolvem, em princípio, os atores desses *setores*

<sup>1</sup> De certo modo, já nos ocupámos dessas matérias; v., por último, “Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”, publicado nos *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 777 e segs.

*regulados*: tipicamente, pode tratar-se de “conflitos entre reguladores e entidades reguladas e entre reguladores e beneficiários da regulação”, de “conflitos entre as entidades reguladas” ou de “conflitos entre as entidades reguladas e os consumidores”. Trata-se, pois, de averiguar em que termos pode a arbitragem surgir como ferramenta de composição destes três tipos de conflitos.

O enfoque da exposição, bem como a dupla perspectiva que considerámos afastam do nosso horizonte a exploração de uma outra categoria de inter-relações entre arbitragem e regulação. Referimo-nos agora à possível equação da arbitragem (privada ou administrativa, nacional ou internacional) como um campo de incidência da regulação pública<sup>2</sup>. A arbitragem, é, de facto, um domínio clássico de uma regulação (*rectius*, de regulamentação) da responsabilidade do Estado, que se materializa na definição dos aspetos essenciais do funcionamento, do procedimento e da organização da arbitragem, mas também na garantia do controlo do funcionamento desse sistema – “garantia de controlo dos tribunais arbitrais pelos tribunais do Estado”<sup>3</sup> –, e que pressupõe a intervenção dos árbitros como prestação de um serviço (mandato para a produção de uma decisão de resolução do conflito) e ainda que, além de outros aspetos<sup>4</sup>, não desconhece, e até promove, uma dimensão concorrencial, quer na relação entre a arbitragem e a justiça dos tribunais do Estado (“justiça em concorrência”), quer no “mercado de serviços de arbitragem”. Para esta perspectiva, mais do que o estudo da interseção entre os domínios da

<sup>2</sup> Desenvolvendo um estudo com base neste enfoque, adotando uma “Regulierungsperspektive” no estudo da arbitragem administrativa, cf. KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht (eine Studie zu Rechtsrahmen und Kontrolle nichtstaatlicher Streitentscheidung im Verwaltungsrecht)*, Duncker & Humblot, 2014, em especial, pp. 19 e 41 e segs.

<sup>3</sup> Neste preciso sentido, a respeito da arbitragem no domínio do direito internacional, cf. H. SONNAUER, *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte*, Köln, Karl Heymanns, 1992.

<sup>4</sup> Um outro aspeto da regulamentação pública da arbitragem prende-se com o reconhecimento de um poder normativo das partes do conflito para a determinação das regras do processo; sobre este aspeto, numa leitura muito crítica desta forma de “private delegation” (delegação de poderes normativos em entidades privadas), cf., no direito norte-americano, DAVID HORTON, “Arbitration as delegation”, *New York University Law Review*, vol. 86 (2011), p. 437 e segs.

arbitragem e da regulação, parece estar presente a compreensão jurídica de um deles (arbitragem) com base nas ferramentas de análise e de compreensão próprios do outro (regulação).

## 1. Regulação e setores regulados

Como é sabido, a regulação constitui uma missão ou responsabilidade do Estado Administrativo do nosso tempo, na sua faceta de *Estado Regulador*. O conceito remete para uma responsabilidade pública complexa, que, dentro de um quadro constitucional de fundo, coenvolve a intervenção do poder legislativo e de organismos da máquina administrativa.

Com efeito, a regulação começa com o estabelecimento de regras gerais e abstratas, que definem as condições normativas de desenvolvimento das atividades reguladas e que cumprem uma “função de orientação de sistema”<sup>5</sup> – regras que provêm do legislador europeu (regulamentos e diretivas), do legislador nacional (v.g., a lei das comunicações eletrónicas, lei que fixa as bases gerais de organização do sistema elétrico nacional, lei que aprova o regime jurídico das instituições de crédito), bem como da Administração Pública (regulamentos administrativos) – e inclui, a seguir, uma tarefa prática, operativa, de aplicação das referidas regras, no quadro de um uma “função de implementação” que reclama uma tarefa continuada de observação, de acompanhamento e de fiscalização das atividades reguladas, bem como a adoção de sanções em caso de infração. Em termos gerais, a regulação constitui, pois, uma tarefa ou missão pública desdobrada em fases ou momentos de intervenção *legislativa e administrativa e normativa* ou *concreta* e, em geral, desenvolve-se através de poderes de *regulamentação*, de poderes de *supervisão* e de *sancionamento*.

Sem abandonarmos esse conceito amplo – amplitude decorrente sobretudo pela inclusão do poder legislativo e da legislação –<sup>6</sup>, não nos

<sup>5</sup> Sobre esta função de orientação, cf. STEFAN STORR, “Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend gerelt werden?”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 1018.

<sup>6</sup> É esse sentido amplo que, ao longo da nossa investigação, temos vindo a adotar: cf. *Regulação, electricidade e telecomunicações*, Coimbra, Coimbra Editora (Cedipe),

custa reconhecer que a regulação é, em geral, percecionada como uma missão fundamentalmente administrativa, que tem como polo um organismo regulador (“o regulador”) que pertence à Administração Pública e que, em regra, se encontra investido de poderes de regulamentação, de supervisão e de sanção de natureza administrativa. Esta é uma perceção correta, que, de certo modo, capta os momentos ou pontos essenciais da institucionalização e do funcionamento do Estado Regulador.

Embora não se possa considerar o seu campo de ação exclusivo, a regulação corresponde, em regra, a uma “intervenção pública sobre atividades privadas” e, em especial, atividades privadas de carácter económico (industrial e, sobretudo, comercial: oferta de serviços e de produtos), que se desenvolvem no “mercado”<sup>7</sup>. Neste sentido, a regulação representa uma modalidade de *intervenção pública no mercado*: de uma intervenção que, é certo, não se materializa na oferta de serviços, nem no fornecimento de bens, mas que não deixa de representar uma presença pública; e, acrescente-se, uma presença de grande importância e com um poderoso impacto no funcionamento do mercado.

Como de algum modo já está implícito na exposição anterior, a hipótese que vamos considerar é a de a missão de regulação se encontrar confiada a um organismo público autónomo e independente dos agentes regulados: equaciona-se, portanto, um cenário de *hétero-regulação* e não de autorregulação (como é, tipicamente, o caso da regulação das profissões enquadradas em ordens ou câmaras profissionais).

Estamos já em condições de compreender o “triângulo regulatório”<sup>8</sup> que, em geral, representa a imagem dos mercados regulados: o vértice superior e central desse triângulo é ocupado pelo organismo regulador e os vértices da base são ocupados, por um lado, pelas entidades reguladas

2008, p. 15; *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora (Cedipre), 2013, p. 79.

<sup>7</sup> Trata-se, “em regra”, de uma intervenção pública sobre uma atividade privada, mas esta regra conhece exceções, por exemplo, quanto à regulação no setor da água e dos *resíduos*, que são atividades públicas, correspondentes a serviços públicos (municipais e estaduais).

<sup>8</sup> Sobre esta dimensão triangular da regulação pública, cf. J. Hellermann, “Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht”, *VVDStRL*, n.º 70, 2011, pp. 371 e segs.; Nina A. Mendelson, “Regulatory beneficiaries and informal agency policy making”, *Cornell Law Review*, vol. 92, n.º 3, 2007, p. 397 e segs.

e, por outro lado, pelos consumidores ou, em geral, pelos beneficiários da regulação (trata-se das “pessoas que beneficiam da regulação que atinge as entidades reguladas”, categoria que inclui imediatamente os consumidores<sup>9</sup>, mas que pode abranger universos mais amplos, como os contribuintes<sup>10</sup>, os cidadãos em geral, e, de certo modo, até as próprias entidades reguladas<sup>11</sup>).

Além de circunscrito à hétero-regulação de atividades económicas, o presente texto vai ocupar-se apenas da regulação desenvolvida por um organismo dedicado, em regra, uma *entidade administrativa independente*. Assim, o âmbito do conceito de regulação que aqui se assume coincide, quase integralmente, com o âmbito legal de intervenção das “entidades reguladoras”, tal como definido na Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto – a lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo – que, nos termos do seu artigo 1.º, aprova a “lei-quadro das entidades reguladoras” (LQER); a correspondência não é integral por duas razões: por um lado, no contexto do nosso estudo, não há nenhuma razão para não incluir no conceito de regulação a regulação e supervisão bancárias da responsabilidade do Banco de Portugal (cf. artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 67/2013, que exclui o Banco de Portugal, bem como a Entidade Reguladora da Comunicação Social do âmbito de aplicação da LQER); por outro lado, na medida em que vamos considerar aqui “setores regulados”, não se nos afigura apropriada a inclusão da Autoridade de Concorrência, cuja missão não se projeta num setor

<sup>9</sup> Sobre os “direitos” dos consumidores (utentes) no contexto da regulação, cf. GIOVANNA IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci Editore, 2004.

<sup>10</sup> Os contribuintes são, por exemplo, beneficiários da supervisão bancária, pois, como é bem sabido, podem vir a ter de suportar, pela via dos impostos, as consequências de uma supervisão bancária laxista e incompetente.

<sup>11</sup> As entidades reguladas são destinatárias da regulação, mas também beneficiam da regulação que incide sobre os outros (entidades concorrentes), quer no quadro da igualdade de tratamento e de exigências, quer, muito especialmente, nos casos em que sobre todas as entidades reguladas recai o ónus de suportar os custos decorrentes da falência de uma delas (como sucede com as entidades participantes no Sistema de Indemnização aos Investidores: Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho).

específico (“setor regulado”), mas em toda a economia, nem tem, pelo menos de forma tão nítida, a dimensão triangular presente nos setores regulados<sup>12</sup>.

Assim, nas inter-relações com a arbitragem, vamos considerar aqui a regulação das seguintes atividades: seguradora (Instituto de Seguros de Portugal); no mercado dos valores mobiliários (Comissão de Mercado de Valores Mobiliários); de fornecimento de serviços de energia e de gás natural (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos); de prestação de serviços de comunicações eletrónicas e serviços postais (ANACOM); de gestão de serviços públicos de abastecimento de água e de recolha de resíduos (ERSAR); de prestação de cuidados de saúde (ERS); do setor da mobilidade e dos transportes (terrestres, fluviais e ferroviários) e a atividade económica no setor dos portos comerciais e transportes marítimos (Autoridade da Mobilidade e dos Transportes); atividades do setor da aviação civil (Instituto Nacional de Aviação Civil); das instituições de crédito (Banco de Portugal).

Cada uma das atividades objeto de regulação corresponde a um “setor” ou “sistema regulado”, no qual se localizam ou atuam, com diferentes papéis, as três categorias de atores que já conhecemos: o organismo regulador, as entidades reguladas e os consumidores ou, mais amplamente, os beneficiários da regulação.

## 2. Arbitragem, resolução administrativa de conflitos e atividade arbitral da Administração Pública

A arbitragem é uma modalidade de hétéro-composição de conflitos alternativa ao serviço público de justiça prestado pelo aparelho judiciário do Estado; as decisões arbitrais têm o mesmo valor e a mesma força

<sup>12</sup> Com efeito, a regulação da concorrência –“regulação transversal” – é sobretudo centrada nas práticas restritivas e nas operações de concentração e, embora atenda à proteção dos consumidores [ver, no sentido da proteção dos consumidores, os artigos 11.º, n.º 2, alínea b), 41.º, n.º 1, e n.º 2, alínea k) do regime jurídico da concorrência: Lei n.º 19/2012, de 8 de maio], pondera este objetivo apenas de uma forma genérica e não no quadro de uma preocupação específica de defesa dos consumidores perante os agentes económicos regulados.

jurídica das sentenças dos tribunais do Estado; nos termos da lei, a arbitragem pode ser voluntária, quando esteja na disponibilidade das partes o poder de recorrer à via arbitral, ou necessária, quando os interessados estejam adstritos a solicitar a resolução de um conflito a uma instância arbitral sem a possibilidade de o fazerem nos tribunais do Estado<sup>13</sup>.

Integrando a categoria dos designados *meios alternativos de resolução de conflitos* (ao lado da negociação, da mediação e da conciliação), a arbitragem distingue-se dos restantes meios ou processos em razão do seu carácter jurisdicional e, em concreto, por envolver a produção de uma decisão juridicamente vinculativa, que se impõe às partes do conflito, e que a ordem jurídica equipara a uma sentença judicial

Na arbitragem, a instância à qual é confiada a resolução do conflito constitui um tribunal, que se designa “tribunal arbitral” – trata-se, aliás, de um conceito constitucional: artigo 209.º, n.º 2 da CRP, que, naturalmente, é acolhido na Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), bem como no Código do Processo Civil e no Código do Processo nos Tribunais Administrativos.

A caracterização breve da arbitragem que acaba de se fazer permite imediatamente distingui-la da *atividade administrativa de resolução de litígios*, a qual, por razões que já se explicam, não se confunde com a designada *atividade arbitral da Administração* (com grande proximidade da arbitragem).

Estas duas modalidades de intervenção administrativa em processos de resolução de litígios apresentam um relevo importante no contexto do presente estudo, designadamente porque, mais do que quaisquer outras instâncias administrativas, os organismos reguladores veem-se, com alguma frequência, investidos de “poderes administrativos de resolução de conflitos” e, eventualmente, até de “poderes arbitrais”.

<sup>13</sup> A arbitragem pode ainda ser *voluntária* para uma parte e *necessária* para outra parte do conflito: eis o que sucede na arbitragem para a resolução de conflitos no âmbito do fornecimento de serviços públicos essenciais (cf. artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada por último pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro) ou por força do direito à outorga do compromisso arbitral, nos termos do artigo 182.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos.

Começamos pela resolução administrativa de conflitos, que em Itália se reconduz à “funzione giustiziale” da Administração Pública<sup>14</sup>, em cujo âmbito são praticados os atos ali designados “decisioni amministrative”<sup>15</sup> e aos quais a doutrina germânica atribui um nome, de feição mais descritiva: “atos administrativos de resolução de litígios”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cf. MARCO CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012; Simone Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1 e segs. O conceito de “giustiziale” não parece ter tradução exata no direito português (designadamente, não significa “judicial”, pois o vocábulo italiano correspondente é “giudiziale”); trata-se de um conceito especificamente associado à resolução, em modo imparcial e objetivo (“resolução justa”), de conflitos pela Administração Pública; a função “giustiziale” corresponde, pois, a uma função da Administração Pública. Tradicionalmente, o conceito remete para a resolução de conflitos entre a Administração Pública e o cidadão, no âmbito dos procedimentos de impugnação de atos administrativos: nesta linha, cf. MARCO CALABRÒ, *ob. cit.*, p. 1; como alguma doutrina já sublinhou (numa asserção também válida para o direito português), “essa” função “giustiziale” tem vindo a ser marginalizada, mas, com o advento do Estado Regulador, tem-se assistido a um renascer do relevo dessa função; sobre estes aspetos, cf. M. GIOVANNINI, *Amministrazione pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2007, p. 238; Simone Lucattini, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>15</sup> O conceito de “decisione” foi introduzido no direito italiano por Cino Vitta, em 1906 e veio a ser trabalhado pelos grandes administrativistas italianos, como Massimo Severo Giannini, Mario Nigro, Feliciano Benvenuti, etc.; cf. MARCO CALABRÒ, *ob. cit.*, p. 32 e segs.; Simone Lucattini, *ob. cit.*, p. 40 e segs. Hoje, entende-se por decisão administrativa (*hoc sensu*) o ato administrativo formado em modo contencioso, ou seja, num procedimento desenvolvido com objetivo de dar expressão a um conflito de interesses ou de opiniões entre os administrados ou entre estes e a Administração. As notas típicas da figura assentam na subsistência de um interesse específico na justa resolução de uma controvérsia e na estrutura contenciosa do procedimento, inspirado nas regras do contraditório. Como a doutrina citada explica, ao longo do tempo verificou-se uma espécie de depuração do conceito que, para as correntes maioritárias, viu a sua operatividade circunscrita às decisões sobre recursos e impugnações administrativas. Todavia, na linha de Simone Lucattini, o conceito de “decisione” revela-se adequado para identificar os atos pelos quais a Administração é chamada a resolver conflitos no âmbito da regulação dos mercados.

<sup>16</sup> Sobre esta categoria de atos administrativos, cf. H. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, München, Beck, vol. I (1999), p. 232, e vol. II (2000), p. 53; H. J. KNACK/H.-G. HENNEKE, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Köln, Carl Heymanns, 2009, p. 729.

Pois bem, o que aqui está em causa é a atribuição aos organismos reguladores de uma função pública de resolução de litígios entre entidades privadas, em *complemento* ou mesmo em *substituição* dos tribunais – ainda que, neste último caso, por intermédio de atos (administrativos) sujeitos a apreciação de tribunais: pode tratar-se de conflitos entre as entidades reguladas<sup>17</sup> ou de conflitos entre as entidades reguladas e os consumidores<sup>18</sup>.

Por razões que se compreendem, esta modalidade de resolução de conflitos, através de uma decisão dos reguladores (“regulatory adjudication”<sup>19</sup>), no desenvolvimento de um poder por vezes designado quase-jurisdicional<sup>20</sup>, suscita algumas dúvidas, designadamente na parte em que pode ser interpretada como uma violação da reserva constitucional dos tribunais e, ainda, na medida em que pode deslocar do “juiz natural” para outra sede a apreciação de determinados conflitos.

Vejamos. Em primeiro lugar, muitos autores põem dúvidas no plano constitucional à atribuição de poderes de resolução de conflitos a instâncias da Administração, fenómeno que, diz-se, coloca a Administração

<sup>17</sup> Veja-se, por exemplo, no setor das comunicações eletrónicas, o artigo 10.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada em nove ocasiões, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 35/2014, de 7 de março), sobre os poderes da ANACOM de resolução de litígios entre empresas reguladas.

<sup>18</sup> Em geral, atente-se contudo no artigo 40.º, n.º 4, da LQER, que se refere apenas a poderes de *mediação* dos reguladores, ainda que a alínea *b*) aluda depois a uma atuação dos mesmos “na resolução de conflitos entre as empresas e outras entidades sujeitas à sua jurisdição, ou entre estas e os seus clientes ou terceiros, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocados”. Mas, em qualquer caso, trata-se de poderes que os reguladores exercem “nos termos e limites dos respetivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação (cf. prómio do n.º 4): ou seja, neste ponto (como em muitos outros), a LQER limita-se a sistematizar um conjunto de possibilidades, servindo como *guião* para a elaboração (legislativa) dos estatutos de cada regulador.

<sup>19</sup> Cf. ROBERT R. BRUCE *et alii*, *Dispute resolution in telecommunications sector: current practices and future directions*, Word Bank Working Paper No. 20, Word Bank, Washington D.C., 2004, em especial, p. 6.

<sup>20</sup> Sobre isto, cf. PAOLO ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2004, em especial, pp. 133 e segs. e 219 e segs. (referindo-se, neste caso, ao desenvolvimento de uma função parajurisdicional pelas autoridades reguladoras); ENRICO LEONARDO CAMILLI/MARCELLO CLARICH, “Poteri quasi-giudiziali dell’Autorità indipendenti”, in M. D’ALBERTI/A. PAJNO, *Arbitrati dei mercati (Le autorità indipendenti e l’economia)*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 107 e segs.

no exercício de funções de *jurisdictio*<sup>21</sup>. Em resposta, diz-se que não é necessariamente assim, porquanto está aqui presente um poder que não visa apenas a resolução de uma controvérsia, mas também o bom funcionamento do setor regulado. A justiça e a função judicial consideram as controvérsias num plano retrospectivo e na dimensão exclusiva dos interesses das partes; diferentemente, a “justiça dos reguladores” tende a prosseguir um interesse próprio da regulação, visando a disciplina e o funcionamento do setor regulado, ainda que esta resposta surja por ocasião da resolução de uma disputa entre particulares. Há aqui, portanto, uma realização da regulação, dos fins da regulação, mediante um ato que, em simultâneo, resolve um conflito<sup>22</sup>. A presença desta finalidade especificamente regulatória permite referenciar neste caso uma missão de “*judgar, regulando*”<sup>23</sup>.

Em segundo lugar, sobre o argumento de que a resolução administrativa desvia do “juiz natural” a resolução do conflito, cumpre dizer, em primeiro lugar, que isso só ocorre na hipótese de a lei *impor* a resolução administrativa sem deixar às partes a opção pela via judiciária. Mas, mesmo que não haja opção para as partes (ou, pelo menos, para uma delas), não se pode dizer que a apreciação da controvérsia é desviada do juiz natural num caso em que a lei indica como juiz natural para a *decisão última* do caso o juiz administrativo, competente para apreciar a

<sup>21</sup> Na linha de uma visão prudente quanto à admissibilidade constitucional dos atos administrativos de resolução de conflitos, cf., por exemplo, D. WILKE, “Die Rechtsprechende Gewalt”, in: Isensee/Kirchhof (org.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin, 2007, p. 667.

<sup>22</sup> Neste sentido, cf. SIMONE LUCATTINI, *ob. cit.*, p. 223 e segs. – nas págs. 93 e 118 e segs., a Autora alude, neste âmbito, à ideia de “regulation by litigation”; de origem norte-americana, este conceito refere-se a uma realidade muito particular, que nada tem a ver com a resolução administrativa de conflitos. Com efeito, do que se trata é de utilizar as vias judiciais e, portanto, o recurso aos tribunais para se obterem resultados que, em condições normais, deveriam ser produzidos pelos sistemas formais de regulação; a “criação” do conflito e a intervenção dos tribunais para o resolver surgem como instrumentos ao serviço da regulação; cf. A.P. MORRISS/B. YANDLE/A. DORCHAK, *Regulation by litigation*, Yale University Press, 2009.

<sup>23</sup> Em sentido oposto, aludindo a uma função de “regolare giudicando”, cf. SIMONE LUCATTINI, *ob. cit.*, p. 216 e segs.

legalidade do ato administrativo de resolução do conflito<sup>24</sup>. É que, apesar de uma dimensão privada (no âmbito da relação entre as partes), o conflito também conhece uma dimensão pública, o que justifica a intervenção administrativa e, na sequência, a intervenção do juiz natural das relações jurídicas administrativas.

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.

Mas pode suceder que a lei adote uma solução diferente e atribua ao organismo regulador uma função de resolução de conflitos enquanto *instância arbitral*, estabelecendo que o mesmo “pode ser” chamado pelas partes interessadas a resolver controvérsias nos termos do regime jurídico da arbitragem voluntária. Neste cenário, a lei disponibiliza às partes (as entidades reguladas ou os consumidores) o poder de confiarem ao organismo regulador a resolução justa, imparcial e neutra de conflitos. O organismo regulador surgirá agora como uma espécie de *tribunal arbitral constituído por um único árbitro*. Estaremos então no domínio da *atividade arbitral da Administração*, a qual representa, aliás abertamente, o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional por uma instância administrativa. Mas a conjugação da habilitação legal (que resolve o problema da *competência* do regulador para este tipo de intervenção) com a natureza e o enquadramento arbitral (desde que de base voluntária) da intervenção dessa instância parece assegurar a regularidade da solução<sup>25</sup>.

Podem não se apresentar fácil determinar, num caso concreto, se se está perante uma hipótese de resolução administrativa ou de resolução arbitral de um conflito: a presença, ou não, de uma finalidade regulatória

<sup>24</sup> Embora, reconhecemos, o juiz administrativo vá “judgar o juízo” formulado pelo organismo regulador e não diretamente a controvérsia.

<sup>25</sup> Sobre a atividade arbitral da Administração, cf. M. MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la administración en el transporte terrestre*, Madrid, Marcial Pons, 1998; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 241 e segs.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, I vol, Madrid, Ramón Areces, S. A., 2000, p. 292 e segs.

pode contribuir para o esclarecimento, mas a percepção dessa finalidade pode não ser clara; poderá ainda haver outros indícios, como, por exemplo, a indicação de que a impugnação da decisão do regulador segue os termos gerais dos atos administrativos ou a referência explícita ao caráter arbitral da intervenção. Na falta de indicações como essas ou idênticas, tendemos a considerar uma situação de arbitragem pelo regulador apenas nos casos em que a lei lhe conceda expressamente competência para, na resolução de conflitos, funcionar como árbitro e desde que, em concreto, o acionamento da sua intervenção se basear num acordo (convenção de arbitragem) das partes do conflito. Na ausência desta dupla condição, a intervenção dos organismos reguladores na resolução de conflitos reconduz-se ao exercício da função administrativa e desemboca na prática de atos administrativos (de resolução de conflitos) e a sua admissibilidade depende da demonstração da presença de um interesse público<sup>26</sup>.

Diferentemente da resolução administrativa (por ato administrativo), a resolução arbitral de conflitos por organismos reguladores constitui um excelente exemplo de *interplay* entre regulação e arbitragem. Na verdade, não será decerto fácil encontrar uma ligação mais íntima entre os âmbitos da regulação e da arbitragem do que a que resulta do exercício de funções arbitrais por organismos reguladores.

Sem prejuízo do exposto, sucede que, tanto quanto conhecemos, não existe no direito português nenhum exemplo claro de atribuição de funções arbitrais a organismos reguladores, nem, em geral, a instância da Administração Pública.

Contudo, a LQER parece abrir a porta à possibilidade de arbitragem pelos reguladores. Numa disposição com a epígrafe “proteção do consumidor”, ali se estabelece que compete às entidades reguladoras a reso-

<sup>26</sup> Outra será a questão de saber se uma solução desse tipo se revela conforme com a Constituição e com a reserva do juiz. A decisão sobre isto também vai depender da presença, ou não, de um interesse público administrativo a justificar a intervenção regulatória e a acomodá-la dentro dos limites constitucionais. Nesta apreciação, um fator a ponderar consistirá em saber se, ainda que no contexto de um conflito (v.g., entre a empresa regulada e uma concorrente ou um consumidor) e para o resolver, a autoridade reguladora é, ou não, chamada a pôr no terreno competências de que dispõe em geral ou que, em qualquer caso e considerando a missão de regulação, se devem considerar competências normais e adequadas de um regulador.

lução de conflitos entre operadores sujeitos à sua regulação<sup>27</sup>, ou entre estes e consumidores, designadamente: “mediante solicitação dos interessados, promover o tratamento das reclamações através de (mediação, conciliação ou) arbitragem, em termos processuais simples, expeditos e tendencialmente gratuitos” [cf. artigo 47.º, n.º 3, alínea *d*)] – “interessados” para efeitos desta norma são os consumidores e os operadores regulados; estes não de, pelo menos, ter aderido ao mecanismo de “tratamento de reclamações” [veja-se a referência à adesão na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 47.º].

Admitindo que o transcrito receita retenda efetivamente referir-se ao exercício da arbitragem pelas entidades reguladoras, ficam-nos, porém, dúvidas sobre a natureza dessa disposição, designadamente quanto à sua qualificação como “norma de competência” ou como mera “norma de base ou de enquadramento” para a elaboração das leis estatutárias. No sentido de que se trata de uma norma de competência parece apontar o facto de, ao contrário do que sucede em regra na LQER com a indicação dos poderes das entidades reguladoras<sup>28</sup>, o n.º 3 do artigo 47.º determinar expressamente que “compete às entidades reguladoras”. Mas, ainda assim, no que especificamente se refere à arbitragem, parece-nos uma norma de competência muito incompleta, pelo que nos inclinamos para concluir no sentido da sua insuficiência para, sem mais, habilitar as entidades reguladoras autorizadas a exercerem funções arbitrais e a atuarem como tribunais arbitrais.

Seja como for quanto a esse ponto, parece-nos que o disposto na alínea *e*) do mesmo n.º 3 do artigo 47.º – sobre a competência das entidades reguladoras para “emitir recomendações ou, na sequência do tratamento das reclamações, ordenar aos operadores sujeitos à sua regulação a adoção das providências necessárias à reparação justa dos direitos dos consumidores” – só pode compreender-se no quadro de uma adesão dos operadores regulados ao “tratamento das reclamações” nos termos das alíneas *a*) e *d*). De outro modo, quer dizer, sem o consentimento dos operadores regulados (na lógica da arbitragem), vemos com alguma

<sup>27</sup> Não nos parece acertada a inclusão da referência à *resolução de conflitos entre operadores* num preceito sobre a proteção dos consumidores.

<sup>28</sup> Veja-se, em especial, o artigo 40.º (poderes) que, invariavelmente, inicia os n.ºs 1, 2, 3 e 4, com a locução seguinte: “nos termos e limites dos respetivos estatutos”.



dificuldade a compatibilidade constitucional, por exemplo, da solução consistente em atribuir a uma entidade da Administração Pública o poder de arbitrar uma indenização para reparar um prejuízo privado. Com efeito, nesse cenário, a ausência de um interesse público administrativo deslegitima a intervenção regulatória enquanto ação *administrativa* de resolução de conflitos.

### 3. Sistematização e arbitrabilidade dos conflitos nos setores regulados

O estudo das ligações entre arbitragem e regulação é, de algum modo, simplificado, se se basear numa sistematização dos tipos mais frequentes de conflitos que podem emergir nos setores regulados. Neste contexto, identificamos três tipos fundamentais: *conflitos entre organismo regulador e entidades reguladas e entre organismos reguladores e beneficiários da regulação* (“*conflitos administrativos*”); *conflitos entre entidades reguladas* (“*conflitos comerciais*”); *conflitos entre entidades reguladas e consumidores* (“*conflitos de consumo*”).

Na exposição subsequente, vamos caracterizar cada um destes tipos de relações conflituais e definir em que termos a arbitragem pode surgir como processo de resolução dos mesmos.

#### 3.1. Conflitos entre organismo regulador e entidades reguladas e entre organismos reguladores e beneficiários da regulação

Em primeiro lugar, surgem-nos os conflitos entre as entidades reguladoras e as instituições reguladas: trata-se de conflitos que eclodem no desenvolvimento de relações jurídicas administrativas e que, em geral, se relacionam com o exercício de poderes públicos de regulação, tendo origem em regulamentos e em atos administrativos da autoria dos organismos reguladores e, porventura, em contratos administrativos que estes celebram com os regulados (*contratos regulatórios*<sup>29</sup>). Esta categoria – de *conflitos administrativos*, dada a sua conexão com questões de Direito

<sup>29</sup> Sobre os contratos regulatórios e, em geral, as relações entre regulação e contrato, cf. a nossa obra *Reflexões, cit.*, p. 93 e segs.

Administrativo – acolhe os “conflitos regulatórios” por excelência, quer dizer, conflitos que apresentam uma ligação mais direta e também mais óbvia com o campo da regulação pública. Em princípio, a apreciação dos mesmos compete aos tribunais da jurisdição administrativa, sem prejuízo da competência específica do *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão* quanto a decisões dos reguladores em processos de contraordenação.

A questão da arbitrabilidade dos conflitos regulatórios relacionados com questões de Direito Administrativo resolve-se nos termos gerais do artigo 180.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, do qual resulta a autorização para a constituição de tribunais arbitrais para o julgamento de questões respeitantes a contratos administrativos (incluindo, claro, os contratos administrativos regulatórios), questões de responsabilidade civil extracontratual dos organismos reguladores e “questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”. Apesar da nebulosa que envolve esta autorização para a arbitragem sobre atos administrativos, supomos que poderão estar abrangidas, por exemplo, as decisões de aplicação de coimas ou outras medidas sancionatórias adotadas pelos reguladores. Por não estarem previstos na autorização legal, excluem-se da esfera de arbitrabilidade os regulamentos da Administração Pública, entre os quais se contam os regulamentos dos organismos reguladores.

Não estando prevista, em termos gerais, na LQER, nem especificamente nas respetivas leis estatutárias, a credencial dos organismos reguladores para o recurso à arbitragem encontra-se no já citado artigo 180.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos – cujo excerto “*pode ser constituído tribunal arbitral*” subentende que se trata de uma *poder* de toda a Administração Pública, e em particular, das pessoas coletivas de direito público; aquele preceito contém pois a autorização legal a que se refere o n.º 5 do artigo 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)<sup>30</sup>. Embora a possibilidade de recurso à arbitragem dos por parte dos organismos reguladores esteja

<sup>30</sup> Por si mesma, a Lei da Arbitragem Voluntária apenas autoriza o Estado e as outras pessoas coletivas de direito público a celebrarem convenções de arbitragem que “tiverem por objeto litígios de direito privado”; quanto aos litígios no âmbito do direito público,



fora de dúvida, falta no direito português uma lei específica que regule, de forma detalhada, a adesão à via da arbitragem ou a outros meios alternativos de resolução de litígios pelas administrações públicas, como é o caso, por exemplo, nos Estados Unidos, do “Administrative Dispute Resolution Act”, de 1996<sup>31</sup>.

Esta categoria de conflitos regulatórios (“conflitos administrativos”) inclui ainda os conflitos entre o organismo regulador e, em geral, os *beneficiários da regulação* (que, já o vimos, podem ser os consumidores, mas também outros universos de sujeitos, como os utilizadores de um serviço, os contribuintes ou os cidadãos em geral). Podem estar aqui envolvidos litígios relacionados com a adoção de medidas administrativas dos reguladores (v.g., regulamentos ou atos administrativos que infringem direitos dos consumidores<sup>32</sup>), cenário que, quanto ao tema da arbitrabilidade, convoca o mesmo tipo de resposta que se aplica aos conflitos entre reguladores e entidades reguladas. Ainda no campo específico das relações entre regulador e beneficiários da regulação podem surgir litígios resultantes da “omissão” ou “inação regulatória”, pois a categoria dos

a mesma Lei admite essa possibilidade “na medida em que (Estado e as outras pessoas coletivas de direito público) para tanto estejam autorizadas por lei”.

<sup>31</sup> Além do mais, o “Administrative Dispute Resolution Act” alterou os §§ 575 a 581 do *United States Code*, preceitos inseridos no subcapítulo intitulado “meios alternativos de resolução de conflitos no processo administrativo”, sobre o recurso pelas agências administrativas à “arbitration”. Esta lei regula, em geral, as condições e limites do emprego de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito da ação das agências (§ 572), os requisitos do terceiro (“neutral”) que intervém na resolução da controvérsia (§ 573) e o seu dever de confidencialidade (§ 574); a autorização expressa para o recurso à arbitragem (§ 575: *authorization of arbitration*); a força executiva das convenções de arbitragem (§ 576: *enforcement of arbitration agreements*); a seleção dos árbitros (§ 577: *arbitrators*); os poderes dos árbitros (§ 578: *authority of the arbitrator*); as regras da arbitragem (§ 579: *arbitration proceedings*); as decisões arbitrais (§ 580: *arbitration awards*); o recurso da decisões arbitrais (§ 581: *judicial review*) – a alínea deste último preceito (§ 581) estabelece que a decisão de uma agência recorrer ou não a um meio alternativo de resolução de conflitos deve ser reconduzido “to the discretion of the agency and shall not be subject to judicial review”.

<sup>32</sup> O eixo fundamental dos direitos dos consumidores assenta na participação (procedimental) na formação das regras e dos atos administrativos dos organismos reguladores que possam interferir com os seus interesses específicos enquanto consumidores; esta é a área mais calhada para infrações dos reguladores e, portanto, para o surgimento de conflitos administrativos entre estes e os consumidores.

beneficiários da regulação junta precisamente os sujeitos que beneficiam da “ação” dos reguladores (e do funcionamento correto do sistema regulado) e que, portanto, podem ser prejudicados ou lesados pela “inação”. O tema da inação administrativa e regulatória tem estado no centro das preocupações da doutrina norte-americana<sup>33</sup>, e, com a adoção do modelo do Estado Regulador acabará por ocupar também a doutrina europeia: eis o que nos parece, tendo em consideração que a regulação e, em especial, o efetivo desempenho da função reguladora constituem elementos essenciais do Estado Regulador enquanto *estrutura de garantia da proteção e da realização dos direitos dos cidadãos* e enquanto responsável pelo funcionamento correto do mercado. Pois bem, os conflitos neste segmento podem originar pretensões de condenação e de intimação dos organismos reguladores ao exercício das suas incumbências, bem como, “depois do mal feito”, pretensões indemnizatórias. Quanto às primeiras, vemos alguma dificuldade na dinamização de soluções arbitrais, mas já não diremos o mesmo, pelo menos em termos teóricos, quanto às pretensões indemnizatórias.

### 3.2. Conflitos entre entidades reguladas

No interior de um setor regulado dos que aqui estamos a considerar, as entidades reguladas são empresas que oferecem bens e serviços no mercado com a finalidade de obtenção de ganhos. Trata-se, pois, de operadores económicos que se localizam do lado da oferta e que *disputam* o mercado, numa lógica concorrencial: é assim no mercado bancário,

<sup>33</sup> Sobre o tema da inação administrativa e regulatória e as possibilidades de controlo judicial da mesma, cf. P. H. A. LEHNER, “Judicial review of administrative inaction”, *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983, p. 627 e segs.; CASS R. SUNSTEIN, “Reviewing agency inaction after Heckler v. Chaney”, *University of Chicago Law Review*, 1985, vol. 52, p. 653 e segs.; ERIC BIBER, “Two sides of the same coin: judicial review of administrative agency action and inaction”, *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 26, n.º 3, 2008, 461; “The importance of resource allocation in administrative law”, *Administrative Law Review*, vol. 60, n.º 1, 2008, 1. GLEN STASZEWSKI, “The Federal Inaction Commission”, *Emory Law Journal*, 2009-2010, 359; D. T. DEACON, “Deregulation through non-enforcement”, *New York University Law Review*, vol. 78, 2010, p. 794 e segs.

dos seguros, da saúde, das comunicações eletrônicas ou da energia; uma outra feição apresenta o setor da água e dos resíduos<sup>34</sup>.

Pois bem, entre as empresas concorrentes que atuam no mesmo mercado podem eclodir conflitos de vária ordem – vamos designá-los, em sentido lato, *conflitos comerciais* –, cuja resolução seguirá as vias normais que a ordem jurídica disponibiliza, incluindo, claro, a arbitragem. Em princípio, esta conflitualidade não conhece uma ligação especial com os temas da regulação pública.

Mas pode também suceder que os conflitos entre as empresas que atuam num dado mercado se relacionem com eventuais práticas proibidas (“práticas restritivas”) nos termos do regime jurídico da concorrência (v.g., abuso de posição dominante ou abuso de dependência económica), hipótese em que o “conflito” pode desencadear uma intervenção da Autoridade da Concorrência: embora esteja aqui delineada uma intervenção de tipo sancionatório e não, exatamente, uma modalidade de resolução de conflitos, a decisão da Autoridade da Concorrência pode ter o efeito prático de resolver o conflito, v.g., impondo à empresa infratora o dever de fornecer o acesso a um recurso essencial por si controlado antes recusado ou o dever de aplicar a parceiros comerciais condições iguais no caso de prestações equivalentes. Mas, sem prejuízo da intervenção da Autoridade da Concorrência (intervenção de interesse público e oficiosa), as partes podem submeter esse mesmo litígio à apreciação de um tribunal arbitral, que, neste cenário, poderá funcionar como um *tribunal arbitral da concorrência*<sup>35</sup>.

O último exemplo já ilustra a ideia, mas esta ainda se torna mais nítida quando se consideram certos conflitos entre empresas reguladas diretamente relacionados com o valor promoção da concorrência dentro

<sup>34</sup> Nesse caso, a regulação não incide sobre um mercado concorrencial; de resto, a lei garante o *exclusivo territorial* do abastecimento de água, do tratamento e da recolha de resíduos.

<sup>35</sup> Sobre as relações entre arbitragem e concorrência, cf. “Dossier temático I” na *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 11/12 (2012), p. 193 e segs., com as contribuições de José Robin de Andrade, “Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais”; Laurence Idot, “Arbitration, European competition law and public order”; Christopher Hodges, “New modes of redress for consumers and competition law”; Assimakis P. Komminos, “Arbitration and EU competition law”.

do setor regulado. Em particular nas indústrias de rede (comunicações eletrônicas, energia, transportes), a efetivação da concorrência no mercado depende, em larga medida, da interoperabilidade das redes e do acesso das várias empresas às redes das empresas concorrentes (“third party access”). O tema da interligação e do acesso às redes suscita dificuldades específicas, porque reclama um entendimento e o estabelecimento de relações comerciais entre empresas que disputam o mesmo mercado, em concorrência. Assim se explica o relevo destes “acordos entre competidores” e, claro, também o relevo das faltas de acordo ou do incumprimento dos acordos. É precisamente para a resolução dos conflitos nestes domínios que as leis atribuem aos organismos reguladores os *poderes administrativos de resolução de conflitos* a que acima nos referimos: assim sucede nos setores das comunicações eletrônicas<sup>36</sup> e da energia<sup>37</sup>. A ligação íntima entre estes conflitos e os objetivos da regulação permite perceber a qualificação dos mesmos como “conflitos regulatórios”, bem como o sentido da devolução aos reguladores dos poderes para os resolver. Ao determinar a resolução do conflito, os reguladores prosseguem o objetivo precípua da regulação económica: a promoção da concorrência, por via da eliminação de obstáculos ou barreiras anticoncorrenciais.

Neste cenário de conflitualidade entre empresas, sem prejuízo da possibilidade de acionamento da intervenção dos reguladores, as partes poderão submeter a resolução do conflito a arbitragem. Por vezes, os reguladores têm até a incumbência de fomentar a arbitragem neste âmbito: vejam-se, por exemplo, os Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde que a autorizam a estabelecer protocolos com centros de arbitragem institucionalizada para a resolução de conflitos entre estabelecimentos do SNS ou entre os mesmos e prestadores do setor privado e social ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada,

<sup>36</sup> Cf. artigo 10.º da Lei das Comunicações Eletrónicas.

<sup>37</sup> Cf., em especial, artigo 3.º, n.º 3, alínea c), dos Estatutos da ERSE (última redação: Decreto-Lei n.º 84/2013, ainda não adaptado à LQER), sobre a incumbência da ERSE para atuar como autoridade de resolução de litígios entre a empresa verticalmente integrada e o operador da rede de transporte no que respeita a queixas apresentadas por qualquer interessado.

de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde, ou ainda entre prestadores de cuidados de saúde e utentes<sup>38</sup>.

A finalizar este ponto, uma nota para deixar a dúvida sobre se o recurso à arbitragem por parte das entidades reguladas é possível na hipótese de a lei determinar que a intervenção do regulador terá sempre de ocorrer antes do recurso a uma via judicial; num caso assim, a lei parece reclamar a administrativização do conflito, o que pode ser lido como uma proibição de recurso imediato a qualquer via judicial, incluindo a arbitral.

### 3.3. Conflitos entre entidades reguladas e consumidores

O último item da sistemática dos conflitos nas áreas da regulação refere-se aos conflitos entre entidades reguladas e consumidores: estamos perante casos típicos de *conflitos de consumo*, domínio especialmente propenso à arbitragem, como decorre, aliás, da Lei de Defesa do Consumidor<sup>39</sup>, cujo artigo 14.º atribui à Administração Pública a incumbência de promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo.

Ainda nos termos da legislação geral, mas já com uma incidência particular em setores regulados, importa ter em consideração a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente dos *serviços públicos essenciais* (fornecimento de água, de energia elétrica, de gás natural e de gases de petróleo liquefeitos canalizados; comunicações eletrónicas; serviços postais; recolha e tratamento de águas residuais; gestão resíduos sólidos urbanos), quase todos eles objeto de regulação no âmbito de um setor regulado<sup>40</sup>: nos termos do artigo 15.º desse diploma, os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem

<sup>38</sup> Cf. artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.

<sup>39</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de julho (alterada, por último, pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho).

<sup>40</sup> A Lei n.º 23/96 foi alterada, por último, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro. Só não se encontra abrangido por um setor regulado o fornecimento de gases de petróleo liquefeitos canalizados.

gem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.

Sem prejuízo destas referências à arbitragem, um outro fator revela-se aqui decisivo para a inclusão deste tipo de litígios no perímetro do conceito de “conflitos regulatórios”. Concretamente, está aqui em causa a o facto de a proteção do consumidor surgir, ao lado da defesa e promoção da concorrência, como uma das finalidades da regulação pública e da missão dos organismos reguladores<sup>41</sup>. Observe-se que não está aqui presente apenas a ideia (ideologia) de que a regulação com o propósito da defesa e da promoção da concorrência se apresenta benéfica para os consumidores<sup>42</sup>, mas, mais do que isso, a atribuição aos reguladores de uma específica responsabilidade no campo da proteção dos consumidores: cf., em geral, o artigo 47.º da LQER. Neste particular, os organismos reguladores têm a incumbência de fomentar e de intervir em processos de mediação e de conciliação de conflitos, bem como, o dever de divulgar e promover a arbitragem: veja-se, por exemplo no setor elétrico, o diploma que fixa as bases gerais do sistema elétrico nacional<sup>43</sup> que, num preceito especificamente dedicado à arbitragem, estabelece que “compete à ERSE promover a arbitragem destinada à resolução de conflitos entre os agentes e os clientes” (artigo 74.º, n.º 4), competência que os Estatutos da ERSE pormenorizam, além do mais, no sentido de a autorizar a criar novos centros de arbitragem institucionalizada; a mesma autorização foi conferida à ERSAR<sup>44</sup>; já no caso da ERS, apesar de não autorizarem a criação de novos centros, os Estatutos autorizam-na

<sup>41</sup> Sobre isto, cf. J. HELLERMANN, *ob. cit.*, pp. 368 e segs.; Wolfgang Durner, “Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht”, *VVDStRL*, n.º 70, 2011, pp. 401 e segs.

<sup>42</sup> Nesta linha de destaque do *interface* entre concorrência e proteção do consumidor, cf. United Nations Conference on Trade and Development, *The benefit of competition policy for consumers*, 2014, in [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd27\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd27_en.pdf). Nesse relatório, afirma-se o seguinte: “Governments should encourage fair and effective competition in order to provide consumers with the greatest range of choice among products and services at the lowest cost.”

<sup>43</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro.

<sup>44</sup> Cf. artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 10/2014, de 6 de março.

a celebrar protocolos com centros de arbitragem institucionalizada para a resolução de conflitos entre prestadores de cuidados de saúde e utentes.

#### 4. Síntese conclusiva

Nos três níveis típicos de relacionamento que se processa no âmbito do triângulo da regulação, existem situações várias de conflito ou de litígio. Na medida em que estejam em causa conflitos associados a uma intervenção dos organismos reguladores ou, em todo o caso, a um domínio coincidente com as responsabilidades desses organismos no interior dos setores regulados, pode aludir-se, em sentido amplo, a conflitos regulatórios.

O processo de americanização do direito europeu e de imitação do modelo de *Administrative State* norte-americano fomenta a diversificação dos meios de resolução de conflitos, surgindo, neste âmbito e com algum destaque, o novo modelo de resolução administrativa de conflitos mediante decisão dos reguladores (*regulatory adjudication*). Além disso, a divulgação e o fomento dos meios alternativos em geral e da arbitragem em particular inscrevem-se também no catálogo de incumbências dos reguladores, que, por vezes, são mesmo estimulados a criar centros de arbitragem, sobretudo para a resolução de conflitos entre as empresas e os consumidores.

O estudo empreendido conduz-nos a duas conclusões principais: *i*) a arbitragem mostra-se um instrumento, *em princípio*, idóneo para a resolução de todos os tipos de conflitos regulatórios (conflitos administrativos, conflitos comerciais e conflitos de consumo); *ii*) revelar-se-ia de grande utilidade (e oportunidade) uma lei específica sobre a arbitragem no âmbito das relações jurídicas administrativas, que, de forma cuidada e específica, regulasse, entre outras, as questões da arbitrabilidade de regulamentos e de atos administrativos, dos termos da apreciação da legalidade administrativa, do recurso de mérito (ou não) das decisões arbitrais, dos critérios para a designação dos árbitros e para a fixação dos respetivos honorários, que definisse regras de transparência do processo e de publicidade das decisões etc., e que, de caminho, contribuísse para resgatar a arbitragem de Direito Administrativo da terra de suspeita e de desconfiança para que alguns, até de uma forma inflamada, querem atirá-la.

**Nuno Villa-Lobos**

*Presidente do CAAD*

*Coordenador da Revista "Arbitragem Tributária"*

**Tânia Carvalhais Pereira**

*Jurista do CAAD. Docente da pós-graduação em Fiscalidade*

*e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica*

*Coordenadora da Revista "Arbitragem Tributária"*

## A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários

### 1. Considerações iniciais

A arbitragem em matéria tributária foi introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro de 2011, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), no uso da autorização legislativa prevista no artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril. A singularidade e o pioneirismo deste instituto, sem paralelo nos ordenamentos da mesma família jurídica, foram amplamente reconhecidos pela doutrina nacional<sup>1</sup> e recentemente reafirmados no quadro do primeiro reenvio prejudicial de um tribunal arbitral tributário, quer nas conclusões do advogado geral Spuznar, como no acórdão *Ascendi*<sup>2</sup>. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça (TJ) reconheceu, pela primeira vez, e sem reservas, um tribunal arbitral voluntário como seu interlo-

<sup>1</sup> Cf. entre outros, JORGE LOPES DE SOUSA, "Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária", Guia da Arbitragem Tributária, AAVV., Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina 2013, pp. 95 e ss.; SAMUEL FERNANDES DE ALMEIDA, "Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem tributária", Estudos em homenagem do Prof. J. L. Saldanha Sanches, AAVV., Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama (coord.), AAVV. Vol. V, Coimbra Editora, 2011, pp.382 e ss.; SÉRGIO VASQUES, "Os primeiros passos da arbitragem tributária", Arbitragem Tributária n.º 1, 2014, AAVV., Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (coord.), p. 12.

<sup>2</sup> Acórdão do TJ, *Ascendi*, C-377/13, de 12-06-2014.

**REVISTA INTERNACIONAL DE  
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**  
Ano 2014

**Director**

Dário Moura Vicente  
Sub-director  
Armindo Ribeiro Mendes  
Director Adjunto  
António Vieira da Silva

**Sede da Redacção**

Associação Portuguesa de Arbitragem  
Rua de Santa Bárbara, 46 – 5º  
1169-015 Lisboa  
apa@arbitragem.pt

**Proprietário**

Associação Portuguesa de Arbitragem  
Rua S. Bárbara, 46 – 5º  
1169-015 Lisboa  
N.º de registo de pessoa colectiva: 507 507 207  
www.arbitragem.pt

**Editor**

Edições Almedina, SA.  
Rua Fernandes Tomás, 76-80  
3000-167 Coimbra  
www.almedina.net  
editora@almedina.net

**Data**

Dezembro/2014  
Depósito Legal 292271/09

**Tiragem**

300 exemplares  
N.º de registo na ERC  
125619

REVISTA  
INTERNACIONAL  
DE  
ARBITRAGEM  
E  
CONCILIAÇÃO

Vol. VII – 2014

NÚMERO ESPECIAL:

ARBITRAGEM E DIREITO PÚBLICO

B-6-7

