

Regulação Administrativa e Contrato

[publicado em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Vol. II, 987-1023].

Pedro Costa Gonçalves

Nota prévia. 1 - Sentido dos conceitos em presença. 1.1 - Contrato. 1.2 - Regulação administrativa. 2 - Relações entre contrato e regulação administrativa. 2.1 - Regulação administrativa e contrato privado. 2.1.1 - O contrato privado como objecto de regulação administrativa. 2.1.2 - Contrato privado e regulação administrativa como instrumentos em alternativa na regulação do mercado. 2.2 - Regulação administrativa e contrato público. 2.2.1 - A regulação administrativa *como* contrato. 2.2.2 - A regulação administrativa *por* contrato. 3 - O contrato regulatório. 3.1 - O contrato regulatório na regulação por agência. 3.2 - O contrato regulatório como alternativa ou como complemento à regulação por agência. 3.3 - O contrato regulatório como contrato interno.

Nota prévia

Apesar de consabidamente não circunscrever as suas investigações académicas e os seus escritos ao tema da instituição contratual no âmbito do direito público, o nome do Professor Sérvulo Correia encontra-se, ainda assim, associado, de forma indissolúvel, ao estudo do contrato administrativo. A sua magistral dissertação de doutoramento, publicada em 1987, continua a constituir um imprescindível ponto de passagem - e de paragem - para todos os que pretendam conhecer os fundamentos teóricos e os contornos do regime jurídico português do contrato administrativo.

Assim se explica que, na presente circunstância, em que temos a grande honra de participar no Livro de Homenagem ao Professor Sérvulo Correia, se tenha revelado aos nossos olhos oportuno apresentar um contributo para a compreensão de uma aplicação particular da categoria do contrato administrativo - o *contrato regulatório*. Em linhas por ora muito gerais, a figura do contrato regulatório procura recortar o fenómeno da utilização do contrato como um *instrumento* ou *mecanismo jurídico* ou como uma *estratégia* de implementação de regulação pública administrativa.

A delimitação rigorosa do perímetro e a integral compreensão do sentido daquela categoria contratual aconselha, contudo, uma concomitante e mais vasta reflexão acerca

das interferências e intersecções entre os dois operadores jurídicos envolvidos na formulação: a *regulação* – em particular, a regulação pública administrativa – e o *contrato*.

1 – Sentido dos conceitos em presença

Pretendendo-se, no presente texto, conhecer as relações e as interferências entre a regulação administrativa e o contrato, impõe-se, então, desenvolver uma primeira tarefa, consistente na definição dos contornos de cada um dos conceitos em estudo.

1.1 – Contrato

Assume-se aqui o conceito jurídico vulgar ou corrente de contrato: acordo entre duas ou mais pessoas feito em vista da produção de efeitos jurídicos obrigatórios, os quais se impõem apenas às pessoas que o subscrevem ⁽¹⁾.

Tendo presente esse conceito, percebe-se que a ligação entre a figura contrato e o tópico genérico da regulação – por ora, enquanto «orientação de condutas e disciplina de relações entre pessoas» – se apresente de uma forma imediata, quase intuitiva. Esta ideia vem captada pela associação do contrato à *autonomia* – quer privada, quer pública – e, por conseguinte, ao poder que, pelo direito, às pessoas é reconhecido de se auto-disciplinarem e de regulamentarem os seus interesses próprios.

O contrato impõe-se, assim, como um mecanismo ou uma fonte de regulação no domínio jurídico; numa outra fórmula que traduz a mesma ideia, o contrato apresenta-se como um «regulamento» ⁽²⁾.

Esta dimensão reguladora do contrato encontra-se presente, mesmo para os que, no contexto do designado «novo contratualismo» ⁽³⁾ e da «nova contratação pública» ⁽⁴⁾,

¹ Embora com variações e notas dissonantes entre si, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1966, p. 38 e segs.; Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, p. 647; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, Coimbra, Almedina, p. 27 e segs.; António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 459 e segs.; Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p.525 e segs.; Francisco M. de Brito PEREIRA COELHO, «Contrato – evolução do conceito no direito português», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIV, 1988, Coimbra, p. 233 e segs..

² Cf. Enzo ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009 (tradução do original *Il contratto*, de 1977), p. 125 e segs..

³ Cf. Terry CARNEY & Gaby RAMIA, *From rights to management (contract, new public management & employment services)*, Haia, Kluwer Law International, 2002, p. 26 e segs.: aqui se explica que o «novo contratualismo» assinala o incremento do uso do contrato – em termos jurídicos e não jurídicos – como um elemento-chave da regulação de relações dentro da esfera pública e, por vezes, na esfera privada.

⁴ Cf. Peter VINCENT-JONES, *New public contracting*, Oxford, Oxford University Press, pp. 8-12.

concebem o contrato como uma figura desprovida da nota da obrigatoriedade jurídica. Nesta linha se insere, por exemplo, Peter Vincent-Jones, adepto de uma definição de contrato que prescindiu da característica da *legal enforceability*, considerando suficiente a presença de um acordo que oriente racionalmente uma acção humana; o contrato surge, pois, como um «ponto de referência para a acção subsequente das partes» ⁽⁵⁾⁽⁶⁾. Também aqui, o contrato possui um sentido regulador.

Por fim, uma última nota, para observar que o contrato conhece a dimensão reguladora acabada de referir, quer nas relações de direito privado que se processam entre meros particulares (*contratos privados*), quer nas relações, de direito privado ou de direito público, que se desenvolvem entre quaisquer entidades da Administração Pública e particulares ou entre diferentes entidades da Administração Pública (*contratos públicos* ⁽⁷⁾).

1.2 – Regulação administrativa

⁵ Cf. Peter VINCENT-JONES, *New public contracting*, cit., p. 11, discordando dos autores – como Hugh Collins – que se referem a esses «contratos» sem eficácia jurídica como «quase-contratos» ou «contratos ficcionais».

⁶ VINCENT-JONES ocupa-se do contrato enquanto fundamento ou base de um «regime regulatório», definindo este como a configuração histórica de políticas e instituições que conformam as relações entre o Estado, protagonistas de interesses sociais e actores económicos; *ibidem*, p. 117 e segs.. O tópico remete essencialmente para o contrato como mecanismo de um regime regulatório que opera *dentro* da esfera pública, entre várias estruturas e organismos inseridos na Administração Pública e entre essas estruturas e organismos e os respectivos agentes. Trata-se, a final, de, com fundamento no contrato, conceber em novos moldes o funcionamento e a operação das estruturas administrativas e o complexo de relações que se processam no seio da Administração Pública.

Nestes termos, o contrato, compreendido como ponto de referência de condutas sem a nota da obrigatoriedade jurídica, acabou por se transformar na instituição jurídica fundamental da *Nova Gestão Pública*, com o aparecimento dos designados «contratos internos», como parecem ser os casos dos «contratos-programa» (entre nós, por ex., no sector da saúde) e dos «contratos de gestão» (por ex., entre os municípios e as empresas municipais ou com os gestores públicos); sobre a associação entre contrato e Nova Gestão Pública, cf. AAVV in Yvonne FORTIN & Hugo Van HASSEL (org.), *Contracting in the new public management*, Amesterdão, IOS Press, 2000; Jan-Erik LANE, *New public management*, Londres, Routledge, 2000, p. 147 e segs.; em especial sobre esta categoria dos «contratos internos», além de VINCENT-JONES, *ibidem*, v. A.C.L. DAVIES, *Accountability: a public law analysis of government by contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁷ Como já resulta claro do texto, servimo-nos, nesta circunstância, dos conceitos de *contratos privados* e de *contratos públicos* para, respectivamente, identificar os contratos celebrados na esfera do direito privado, entre meros particulares, e os contratos celebrados com a intervenção de, pelo menos, uma entidade da Administração Pública. No sentido da consideração do «carácter normativo» dos contratos públicos, mesmo dos que tenham um efeito meramente relativo (e não »regulamentar»), cf. Denys de BECHILLON, «Le contrat comme norme dans le droit public positif», *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, p. 15 e segs. (p. 24).

A noção de *regulação administrativa* identifica – e delimita dentro do vasto universo representado pelo conceito isolado de *regulação* – a parcela da regulação proveniente da Administração Pública ou pela qual esta se responsabiliza ⁽⁸⁾.

Importa então que nos aproximemos de uma noção, dir-se-á inicial ou genérica, de regulação. Pois bem, esta associa-se, em regra, a um sistema de *influenciação*, de *orientação* e de *controlo* de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas; esse sistema pode revelar-se de uma forma positiva (na feição de *comandos*, *directrizes* ou *recomendações*) ou de uma forma negativa (na veste de *proibições*, *limitações* ou *advertências*) e utiliza, no seu, *instrumentarium*, a edição de normas, bem como a adopção de medidas de implementação e de reacção à infracção do que aquelas normas estabelecem ⁽⁹⁾.

A partir dessa ideia de *regulação*, pode logo densificar-se o tópico da *auto-regulação* como traduzindo ou correspondendo a uma orientação ou a um critério de adopção de comportamentos que uma pessoa formula para si mesma. Na verdade, cada indivíduo, orientando-se e determinando-se livremente, é um agente regulador das suas condutas próprias. Contudo, para não a confinar a uma realização puramente psicológica e, por consequência, para adquirir relevância jurídica – convertendo-a num conceito operativo na esfera do direito –, impõe-se configurar a *auto-regulação* como o processo pelo qual alguém *consente* ou *aceita* obrigar-se *juridicamente* perante outrem. É assim que, naturalmente, o contrato aparece associado à noção de regulação, revelando-se como mecanismo de *auto-regulação*, uma vez que a juridicidade da regulação nele acolhida é, não só desejada, como sobretudo produzida pelos próprios *sujeitos da regulação* ⁽¹⁰⁾.

⁸ Sobre o conceito de regulação administrativa, cf. Luca De LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, Giappichelli, 2002, p. 77 e segs. Mesmo quando limitado à esfera pública («regulação pública»), o conceito de regulação surge como um «mix» de várias proveniências, que abrange vários actores (legislador e Administração) e vários instrumentos (actos legislativos e múltiplas formas de acção administrativa); neste sentido, cf. Stefan STORR, «Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 1017 e segs. (1019).

⁹ Na descrição dos ciclos ou estágios de um *processo regulatório*, a doutrina assinala cinco momentos fundamentais (ANIME: *agenda* – identificação de uma matéria como objecto de regulação; *negotiation* – negociação, discussão e edição da regra ou do *standard* regulatório; *implementation* – aplicação do disposto na regra pelos regulados e pelos reguladores; *monitoring* – acompanhamento e controlo da aplicação da regra; *enforcement* – imposição, pelo regulador, do cumprimento e reacção ao incumprimento da regra); cf. Kenneth ABBOTT & Duncan SNIDAL, «The governance triangle: regulatory standards institutions and the shadow of the State», in MATTLI/WOODS, *ob. cit.*, p. 44 e segs. (p. 63). Em termos mais elementares, podem considerar-se três momentos decisivos no processo regulatório: i) edição de regras; ii) implementação e acompanhamento da observância de regras; iii) sanção para o incumprimento de regras.

¹⁰ O que se diz do contrato como instrumento de auto-regulação vale, *mutatis mutandis*, para o negócio jurídico unilateral (acto jurídico da autonomia privada que é da autoria de uma parte apenas e que a vincula e põe em vigor uma regulação jurídica; nestes termos, PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 497).

No cenário que acaba de se considerar, a regulação expande-se num contexto relacional marcado pela *autonomia* dos envolvidos, confundindo-se ou acumulando-se, em cada um deles, os papéis de *regulador* (de *sujeito da regulação*) e de *regulado* (de *objecto da regulação*). Como se sabe, esse constitui o paradigma da *regulação (jurídica) de origem ou proveniência privada – regulação civil* ⁽¹¹⁾ ou *auto-regulação privada* ⁽¹²⁾ – que se desenvolve na Sociedade: na «Sociedade civil pautada pelo direito privado», fundada numa ordem jurídica que protege e assegura, ou que se limita a proteger e a assegurar, a realização dos valores da igualdade de todos os cidadãos, da garantia da propriedade, da autonomia privada e da liberdade contratual ⁽¹³⁾.

Diferentemente, a regulação *administrativa* – enquanto sistema de orientação, de influência, e de controlo de condutas – apresenta uma *proveniência ou origem pública*: trata-se, por conseguinte, de um produto de *state actors* ⁽¹⁴⁾, que, todavia, inclui apenas a parcela da regulação que provém de *instâncias integradas na Administração Pública*, e já não a produzida por outros centros de criação de regulação pública, como o poder legislativo. Temos, pois, aqui em vista a regulação enquanto produto da execução de uma função administrativa, da *função administrativa de regulação* ⁽¹⁵⁾.

O facto de a regulação administrativa ter origem pública não impede, todavia, que se revele nas vestes de uma *auto-regulação*: com efeito, mesmo desconsiderando o caso específico dos contratos de direito público ⁽¹⁶⁾, a regulação de proveniência administrativa

¹¹ Sobre o conceito de «regulação civil», cf. David VOGEL, «The private regulation of global corporate conduct», in Walter MATTLI & Ngaire WOODS, *The politics of global regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 151 e segs. (153) – o conceito alude à regulação com origem em *non-state actors*, baseada em esquemas de «soft law», mas também nos mecanismos do direito privado, como é o caso do contrato.

¹² Sobre o conceito de *auto-regulação privada (gesellschaftliche Selbstregulierung)*, cf. Martin EIFERT, «Regulierungsstrategien», in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Munique, C.H.Beck, 2006, p. 1229 e segs., bem como o nosso *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 170 e segs..

¹³ Cf. Karl RIESENHUBER, «Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht», in Karl RIESENHUBER (org.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, 2009, p. 1 e segs. (p. 4).

¹⁴ Aos actores públicos, assimilam-se, para este efeito, as entidades privadas com poderes públicos regulatórios, as quais também produzem uma regulação pública.

¹⁵ Como já vimos, a regulação pública conhece componentes de *legislatio*, mas também de *administratio*; para identificar a regulação pública correspondente a esta última, pode falar-se de uma *função administrativa de regulação*; neste sentido, cf. Loredana GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, 2002, Turim, em especial, p. 152 e segs..

¹⁶ Os quais fundam uma auto-regulação que apresenta em regra uma *proveniência mista*.

pode, na verdade, revelar-se como *auto-regulação* ou como *hetero-regulação* ⁽¹⁷⁾. Em todo o caso, neste instante, mais do que outros aspectos, importa sobretudo sublinhar que a regulação administrativa encontra o seu sinal distintivo na circunstância de ser gerada por entidades da Administração Pública, no desempenho de uma função administrativa ⁽¹⁸⁾.

A distinção anterior – entre a regulação (de origem) privada ou civil e a regulação (de origem) pública – não representa uma mera diferença accidental ou formal relacionada com a paternidade de um sistema de regulação. A bifurcação conhece um alcance mais vasto, que toca a justificação e o próprio sentido da regulação e que, como por vezes se observa, pode até explicar uma associação intuitiva entre *regulação* e (tarefa do) *Estado* ⁽¹⁹⁾. Com efeito, a regulação pública (administrativa ou legislativa) desenvolve-se no sentido da realização de certos objectivos públicos e de concretas finalidades definidas e identificadas em sede político-legislativa; quer isto dizer que a regulação pública se propõe a realização de *interesses públicos*, visando a promoção do *welfare of the community* ⁽²⁰⁾; diferentemente, a regulação privada desconhece um específico *telos*, surgindo simplesmente como veículo de afirmação da liberdade individual e da realização de interesses privados ⁽²¹⁾.

Embora não o tenhamos ainda afirmado de forma clara, importa esclarecer que o presente estudo pressupõe a associação entre regulação pública e intervenção pública na actividade económica que se desenvolve no mercado ⁽²²⁾. *Hoc sensu*, a regulação pública

¹⁷ Neste sentido, cf. Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 52 e segs..

¹⁸ Trata-se, portanto, de considerar o *regulatory government* como um *administrative government*; referindo-se a esta associação, cf. Steven P. Croley, *Regulation and public interests (the possibility of good regulatory government)*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 102 e segs.

¹⁹ No sentido de que a compreensão da regulação como tarefa do Estado é uma hipótese intuitiva, cf. Michael FEHLING, «Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland – Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts», in Hermann HILL (org.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 91 e segs..

²⁰ Pressupõe-se a teoria que considera fundamento da regulação (pública) o interesse público; sobre as teorias da regulação (interesse público, interesse privado e institucionalista), cf. Bronwen MORGAN & Karen YEUNG, *An Introduction to law and regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 16 e segs..

²¹ Assinalando constituir essa uma diferença essencial entre a regulação pública e a regulação privada, cf. EIFERT, *ob. cit.*, p. 1299.

²² Trata-se de uma associação mais ou menos intuitiva, a que existe entre *regulação* e *regulação da economia*. Definindo regulação da economia como «o desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos», cf. Eduardo PAZ FERREIRA & LUÍS Silva MORAIS, «A regulação sectorial da economia – introdução e perspectiva geral», in Eduardo PAZ FERREIRA, LUÍS Silva MORAIS & Gonçalo ANASTÁCIO, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7 e segs. (p. 22).

que se tem em vista é a *regulação económica* e a *regulação social* ⁽²³⁾ dirigida à economia, a todos os seus actores: empresas, utilizadores de serviços e autoridades reguladoras.

Revelando-se como uma (i) *regulação* (ii) de origem pública e administrativa, a *regulação administrativa* exprime-se através dos actos, formais e informais, praticados, em geral, pela Administração Pública; abrangidos são pois os regulamentos administrativos, os actos administrativos (autorizações, ordens, proibições, punições, resoluções de litígios) os contratos, as operações materiais, bem como outras actuações informais (de incentivo, de ameaça, de aviso) desenvolvidas pela Administração ⁽²⁴⁾.

2 – Relações entre contrato e regulação administrativa

Houve já oportunidade de aludir à evidência e à apreensão imediata do fenómeno de intersecção entre contrato e regulação: na verdade, o contrato surge, em todos os cenários que se possam considerar, como uma *fonte* ou um *mecanismo* de regulação dos

²³ Sobre estes conceitos, cf. Vital MOREIRA, *ob. cit.*, p. 39; PAZ FERREIRA & LUÍS MORAIS, *ob. cit.*, p. 23 e segs..

²⁴ Ai estão incluídos todos os *regulatory instruments: rulemaking; adjudication; informal action; regulatory litigation* (cf. CROLEY, *ob. cit.*, p. 102 e segs.), bem como o *consensus* e a *communication* (MORGAN & YEUNG, *ob. cit.*, p. 80 e segs.).

Considerando agora apenas os *regulamentos*, enquanto *normas regulatórias* de origem administrativa [sobre as *normas regulatórias* como normas editadas por autoridades públicas, no exercício de um Poder Público de carácter legislativo ou administrativo, cf. o nosso «Direito Administrativo da Regulação», in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações (Estudos de Direito Administrativo da Regulação)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 21], importa assinalar que podem integrar a esfera do *direito público* ou do *direito privado*, conforme se dirijam ou tenham como *destinatários*: i) instâncias da Administração Pública enquanto responsáveis pelo desempenho de funções públicas, atribuindo-lhes competências e, ou deveres específicos; neste cenário, estaremos diante de *regulamentos administrativos de direito administrativo*; ii) os cidadãos em geral ou os regulados de um determinado sector, para a regulamentação das relações entre si, hipótese em que estaremos em face de *regulamentos administrativos de direito privado* – na bibliografia portuguesa, sobre a possibilidade de os regulamentos administrativos disporem directamente sobre *relações entre particulares* (e não apenas sobre as relações *entre a Administração e particulares*), cf. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, Atlântida, p. 109 e segs..

Assim, na nossa interpretação, a regulação pode classificar-se, quanto à *origem*, em privada ou pública, e quanto à sua *natureza jurídica*, em regulação de direito público ou de direito privado. Importa não confundir nem misturar estes dois critérios de classificação, uma vez que a regulação pública, de origem pública, pode revelar-se de direito público (administrativo) ou de direito privado, consoante a pessoa e a situação funcional dos destinatários. A ordenação dos regulamentos administrativos no direito privado ou no direito administrativo funda-se, pois, numa concepção do direito (público) administrativo segundo um *critério estatutário* – de acordo com este critério (que adoptámos em *Entidades Privadas*, *cit.*, p. 281 e segs.), são administrativas as normas que se *dirigem a entidades públicas* (ou entidades privadas com funções públicas), *enquanto titulares de funções públicas*. Sobre a regulação e a distinção entre direito público e direito privado, cf. Franz Jürgen SÄCKER, «Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2005, p. 180 e segs.; Martine LOMBARD, «La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français», in Mark FREELAND & Jean-Bernard AUBY, *The public law/private law divide- une entente assez cordiale?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 80 e segs.; Jens-Peter SCHNEIDER, in Matthias RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 97 e segs..

comportamentos das partes que o subscrevem. Quer dizer, o contrato enquanto «categoria geral de direito», apresenta-se como uma *fonte universal de regulação jurídica de condutas das pessoas*.

Sem esquecer essa dimensão intrinsecamente reguladora do contrato, importa dar um passo no sentido da aproximação ao tema que dá título ao presente texto e perscrutar a existência de intersecções entre contrato e regulação pública administrativa.

Pois bem, também neste novo cenário se pode aludir a uma relação, que se mostra evidente, entre contrato e regulação pública, uma vez que aquele, como instituição jurídica – com força jurídica e, portanto, actuante no campo do direito –, não é hoje reconhecido como uma criação social espontânea, uma espécie de «direito dos privados» sobrevivente à margem do ordenamento jurídico estadual ⁽²⁵⁾; apresenta-se, em vez disso, como uma «forma» ou um «modelo» de produção de efeitos jurídicos *criado, configurado e tutelado* pelo direito do Estado ⁽²⁶⁾.

Quer isto dizer que, na dimensão da sua juridicidade, o contrato, a instituição contratual, existe por força ou em resultado do direito do Estado, *hoc sensu*, por força ou em resultado de uma regulação pública.

O quadro de relacionamento que acaba de se descrever não é, todavia, ainda o que interessa para os propósitos do presente estudo, pois, recorde-se, o objectivo que o orienta consiste em apreender as relações entre contrato e *regulação administrativa*, ou seja, regulação como actuação de instâncias administrativas (reguladoras), com recurso aos instrumentos do agir administrativo.

Neste sentido, e pensando numa catalogação possível dos tipos de relacionamento que se estabelecem entre contrato e regulação administrativa, seguimos um critério de análise que atende à circunstância de o contrato ser *público* ou *privado*.

²⁵ A expressão «direito dos privados» pertence a CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milão, Giuffrè, 1963.

²⁶ Outra é a questão de saber se a instituição do contrato se terá revelado alguma vez uma figura apta a sobreviver à margem do ordenamento jurídico estabelecido. A resposta afigura-se-nos positiva, se, por exemplo, tivermos em conta o valor jurídico da *lex mercatoria* (originalmente, corpo de regras e princípios estabelecidos pelos comerciantes para disciplinar os seus negócios); cf. Pedro Gustavo TEIXEIRA, «Public governance and co-operative law of transnational markets: the case of financial regulation», in Karl-Heinz LADEUR (org.), *Public governance in age of globalization*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, p. 306 e segs.. De acordo com uma matriz jusnaturalista, no sentido de que o direito do Estado não cria, antes encontra e reconhece a autonomia negocial tal como ela se revela na natureza das coisas, cf. Andrea ZOPPINI, «Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza», in Gustavo OLIVERI & Andrea ZOPPINI (org.), *Contratto e antitrust*, Bari, Laterza, 2008, p. 3 e segs. (p. 6).

Assim, por um lado, quando *privado* – ou seja, quando celebrado *inter privatos*, no espaço da Sociedade civil –, o contrato mostra-se desde logo como um *objecto da regulação administrativa*; além disso, importa atentar ao facto de o *contrato privado* poder surgir como alternativa à *regulação administrativa* (e vice-versa) através do qual se relacionam entidades particulares (2.1).

Por outro lado, verifica-se, em primeiro lugar, que a regulação administrativa aparece, por vezes, entendida e explicada *como um contrato* e, em segundo lugar, que o mesmo tipo de regulação pode, de facto, desenvolver-se ou efectuar-se *por contrato* – agora, neste segundo grupo, apela-se já ao *contrato público*, compreendido como um celebrado entre autoridades públicas (Estado ou agências reguladoras) ou entre autoridades públicas e sujeitos privados (2.2) ⁽²⁷⁾.

Ao espectro de relações e de contactos entre os conceitos de contrato e de regulação administrativa poderiam, é certo, reconduzir-se outros cenários. Considerando, ainda assim, que o catálogo aqui apresentado abrange, pelo menos, as manifestações mais proeminentes dos contactos ou relações entre os referidos conceitos, deixa-se referência a dois outros exemplos de intersecção ou de interferência possível entre os mesmos: aludimos, por um lado, à hipótese de o contrato (público) surgir como técnica ou suporte jurídico-formal de *outsourcing* ou de *delegação de funções de regulação pública* em entidades privadas ⁽²⁸⁾, e, por outro lado, à sua aplicação como mecanismo de *inter-regulação* ⁽²⁹⁾.

²⁷ Cf. Jacques CHEVALLIER, «Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», in M.A. FRISON-ROCHE (org.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 143 e segs. (146-150) – aludindo a uma «relação necessária» entre regulação e contrato, o Autor subdivide essa relação em três itens: i) regulação dos contratos; ii) regulação por contrato; iii) regulação contratualizada.

²⁸ Sobre o contrato como *technique of private delegation*, quer dizer, como técnica de delegação de funções e poderes públicos (*incluindo regulatory tasks*) em entidades privadas (*private actors*), cf. Catherine M DONNELLY, *Delegation of governmental power to private parties*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 60, 67 e 73: a Autora considera o contrato de delegação fundador de uma relação tripartida e «mission-critical» (*idem*, p. 5). Ainda sobre o contrato como suporte de uma delegação administrativa de poderes públicos (*incluindo de regulação*) em entidades privadas, cf. o nosso *Entidades Privadas*, cit. p. 1029. Para uma interessante discussão inspirada numa análise dos *custos de transacção* da delegação de funções de regulação (*de elaboração de regras, de aplicação de regras ou de ambas as tarefas*), assentando no princípio de que as agências reguladoras têm de tomar uma decisão de *make-or-buy*, cf. Sidney A. SHAPIRO, «Outsourcing government regulation», *Duke Law Journal*, vol. 53, 2003, p. 388 e segs.: o Autor desenvolve a sua análise com base nos instrumentos da *análise económica do contrato* («incompletude contratual», «*hold-up* contratual», «comportamentos oportunistas no contexto da relação principal-agente», etc.).

²⁹ Cf. Jacques CHEVALLIER, *ob. cit.*, p. 149, que alude, a este propósito, ao conceito de *regulação pública contratualizada* – que não deve confundir-se com *regulação por contrato*, referindo-se a uma situação que, como se diz no texto, remete para o fenómeno da «inter-regulação», o qual resulta do *poli-centrismo* e da *fragmentação* e *descentração* do poder público de regulação, com a intervenção de vários reguladores: sobre estes conceitos, cf. Julia BLACK, «Tensions in Regulatory State», *Public Law*, Spring 2007, p. 58 e segs.; *idem*,

2.1 – Regulação administrativa e contrato privado

Já foi observado que «le droit des secteurs régulés est un grand producteur de droit des contrats, voire de droit *privé* des contrats»⁽³⁰⁾; afigurando-se esta uma asserção correcta, procura-se, neste ponto, analisar as interferências entre os termos *contrato privado* – contrato celebrado entre sujeitos privados – e *regulação pública administrativa* (proveniente de autoridades reguladoras que utilizam os instrumentos normais do agir administrativo). Neste campo, da relação entre contrato privado e regulação administrativa, alude-se, por vezes, a uma nova aliança⁽³¹⁾, que se realiza entre mecanismos de auto-regulação privada e instrumentos de hetero-regulação pública. A ideia de aliança entre os dois pólos, não se apresentando incorrecta, não retrata, porém, todos os contornos da situação, uma vez que também se manifestam *tendências*, historicamente verificadas e contemporâneas, para a afirmação totalitária de apenas um dos referidos pólos, com a exclusão do outro.

O tema conduz a distinguir duas diferentes situações: por um lado, a que se traduz em o contrato privado surgir como um *objecto* de regulação administrativa, e por outro, a que se concretiza em o contrato privado – por desempenhar, como todos os outros, uma função regulatória (*hoc sensu*, constituir um regulamento) – se poder impor como uma *alternativa* à regulação pública administrativa.

2.1.1 – O contrato privado como objecto de regulação administrativa

Num ambiente cultural e jurídico que concebe o direito privado como a parte da ordem jurídica de representação e de defesa exacerbada, absoluta e *libertária* de valores liberais, como a autonomia individual e a liberdade contratual, demarcando em volta desses bens jurídicos um espaço imune a qualquer forma de interferência pública, compreende-se que o papel do Estado se limite – aliás, numa intervenção considerada

«Decentring regulation: understanding the role of regulation and self regulation in a post-regulatory world», *Current legal problems*, vol. 54, 2002, p. 103 e segs., bem como o nosso texto «Direito Administrativo da Regulação», *cit.*, p. 56. Uma vez que nas relações entre os vários reguladores não vigora uma lógica hierárquica ou vertical, o contrato, nas vestes do *contrato inter-administrativo* ou do *contrato interno*, pode constituir uma base de coordenação e de relacionamento institucional na fase de implementação da regulação pública.

³⁰ Christophe JAMIN, «Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés», in FRISON-ROCHE, *Les engagements*, *cit.*, p. 183 e segs. (188).

³¹ Neste sentido, cf. M.-A. FRISON-ROCHE, «Contrat, concurrence, regulation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2004, n.º 7, p. 451 e segs. (451).

neutral – a assegurar e proteger certos «princípios de justiça»⁽³²⁾. Em conformidade com esse modelo de compreensão, o direito privado não se apresenta como sistema normativo idóneo para promover mutações sociais, nem a defesa de interesses de terceiros, nem, em geral, finalidades públicas⁽³³⁾. É, assim, que nesse ambiente cultural, o Estado se limita a estabelecer uma ordem jurídica privada que permita que a Sociedade e o Mercado e os respectivos actores desenvolvam, por si mesmos e uns com os outros, a liberdade e a autonomia que o direito lhes reconhece; à lei e ao direito do Estado pede-se que se limite a assegurar as «condições de contexto, impedindo e reprimindo qualquer perturbação da liberdade contratual e das transacções que se efectuam no mercado»⁽³⁴⁾. Associa-se a essa concepção liberal, um «clássico direito privado dos contratos»: a fórmula identifica um modelo de regulação legal do contrato que, pressupondo e bastando-se com uma igualdade jurídica formal dos intervenientes, se limita a definir as condições de constituição de obrigações contratuais e a disponibilizar às partes remédios para a hipótese de se verem confrontadas com o incumprimento⁽³⁵⁾.

São conhecidos os factores jurídicos, económicos e sociais que conduziram a uma alteração do aludido modelo clássico de *neutralidade* do direito do Estado e à consequente submissão do contrato privado a uma intromissão pública conformadora. Passou-se, pois, a uma fase de *regulação pública do contrato privado*⁽³⁶⁾ ou, de uma forma mais genérica, a um estágio de *publicização do direito privado*⁽³⁷⁾. Levantava-se a clássica imunidade do direito e do contrato privado à intromissão da regulação do Estado e iniciava-se no terreno um combate às múltiplas deficiências e debilidades de um sistema que se mostrava confortável com o princípio da desnecessidade da defesa dos direito e interesses dos

³² Cf. Nils JANSEN & Ralf MICHAELIS, «Private law and the State», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 345 e segs (389).

³³ *Idem, ibidem*, p. 350.

³⁴ Cf. Giuseppe Di GASPARE, «Approccio teórico al diritto dell'economia tra *common law* e *civil law*», *Jus*, 2005, n.º 3, p. 361 e segs. (p. 367).

³⁵ Cf. Hugh COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 32 e segs..

³⁶ *Idem, ibidem*; ROPPO, *ob. cit.*, p. 140.

³⁷ Sobre a «publicização do direito privado», cf. o nosso *Entidades Privadas, cit.*, p. 278. Mais recentemente, o assunto foi analisado por Walter LEISNER, «*Privatisierung*» des Öffentlichen Rechts (von der «*Hoheitsgewalt*» zum *gleichordnenden Privatrecht*), Berlim, Duncker & Humblot, 2007, p. 34 e segs.: promovendo a defesa da tese de «privatização do direito público», o Autor aborda o fenómeno inverso desse, para concluir que, em vez de aludir a publicização, que sugere uma intromissão ou ingerência, se deveria considerar antes a existência de uma zona mista, de aproximação e de confluência de normas de direito privado e de direito público. O «direito da economia» ilustra essa confluência e pluridisciplinaridade.

cidadãos nas relações que se processam entre si ⁽³⁸⁾. Passava a assumir-se que a liberdade contratual, enquanto expressão do poder da vontade individual, tem de parar onde começa a ordem pública ⁽³⁹⁾, bem como as *injunções* que, independentemente da vontade dos contraentes, conformam, *ex lege*, o conteúdo do contrato ⁽⁴⁰⁾.

Nesse processo de regulação pública do contrato privado, o papel decisivo coube, como se sabe, ao legislador, responsável pela definição (heterónoma) de *proibições*, *restrições* e *limites* às liberdades contratuais (restrições e limites que tocaram a celebração e, ou a definição do conteúdo regulador dos contratos).

Mas a referida tarefa não coube exclusivamente ao legislador; na verdade, limites e restrições de vária ordem à autonomia contratual dos sujeitos privados surgiram também em *regulamentos administrativos* ⁽⁴¹⁾. Por força desta *interferência*, o objecto do contrato entre privados vê-se determinado, «*in via regolativa*», por autoridades com competências técnicas e funções administrativas ⁽⁴²⁾.

Por outro lado, a efectivação concreta de muitos limites e restrições e outros termos de conformação pública dos contratos privados resulta de actos praticados e de medidas promovidas, ainda no âmbito do desempenho de tarefas de regulação administrativa da economia, por autoridades de regulação.

Assim, o trabalho das autoridades administrativas de regulação, dotadas de amplos poderes normativos, acabou, em certos áreas da economia, por conduzir a um fenómeno de *administrativização do contrato privado* ⁽⁴³⁾ ou, como alguns também assinalam, a uma

³⁸ Cf. Nils JANSEN & Ralf MICHAELIS, *ob. cit.*, p. 392.

³⁹ FRISON-ROCHE, «Contrat...», *cit.*, p. 456.

⁴⁰ No sentido de que o conteúdo do negócio jurídico («a regulação por ele desencadeada») se analisa em elementos normativos e em elementos voluntários, correspondendo os primeiros às regras aplicáveis *ex lege*, «isto é, àquelas que o Direito associe à celebração dos negócios, independentemente de uma expressa vontade negocial nesse sentido», cf. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 674.

⁴¹ Nestes termos exactos, v. ROPPO, *ob. cit.*, p. 139.

⁴² Cf. Gregorio GITTI, «Problemi dell'oggetto», in Vincenzo ROPPO, *Trattato del Contratto*, Milão, Giuffrè, 2006, vol. II (*Il Regolamento*), p. 1 e segs. (70).

⁴³ A qual se pode considerar um aspecto do fenómeno de *administrativização do direito privado* a que se refere PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, (O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade)*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 793 e segs..

Em termos próximos, pode dizer-se que, pelo menos, certas formas de administrativização ou de regulação administrativa do contrato privado constituem uma aplicação do instituto que a doutrina italiana clássica designa por «administração pública do direito privado» (que compreende os actos pelos quais a Administração Pública é chamada a tomar parte na válida formação de actos jurídicos privados: *v.g.*, registo, certificação, mas também autorização ou imposição da celebração de um contrato) e que, em parte, a dogmática alemã insere no âmbito da «conformação jurídica por actos de direito publico»; cf. Guido Zanobini, «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», *Rivista de Diritto Pubblico*, 1918, 1, p. 169 e

parcial substituição do direito privado do contrato pelo direito da regulação ⁽⁴⁴⁾; o contrato – entre sujeitos privados – passava a ver-se conformado por *regras, actos e medidas* de conteúdo muito variado provenientes de autoridades administrativas: entre outras medidas, podemos ter aqui (i) normas sobre o relacionamento comercial entre empresas e clientes ou utilizadores ⁽⁴⁵⁾, (ii) regulamentos aplicáveis à prestação de serviços e aos contratos com utilizadores e consumidores ⁽⁴⁶⁾, (iii) normas sobre aspectos técnicos relacionados com a denúncia de contratos e destinadas a facilitar esta ⁽⁴⁷⁾; (iv) normas sobre o relacionamento comercial entre empresas que actuam num mesmo sector da economia ⁽⁴⁸⁾, (v) normas que impõem deveres pré-contratuais e contratuais em matéria de informação e de publicidade de produtos ⁽⁴⁹⁾, (vi) normas sobre os preços ou tarifas correspondentes aos serviços fornecidos ⁽⁵⁰⁾, (vii) medidas de aprovação prévia de cláusulas contratuais gerais, de ofertas de referência e de contratos, bem como das alterações ⁽⁵¹⁾, (viii) actos de imposição administrativa da celebração de contratos ⁽⁵²⁾, (ix) medidas de fiscalização administrativa de cláusulas contratuais, para apreciar a respectiva conformidade e, na sequência, impor a aplicação de sanções ⁽⁵³⁾; (x) medidas de resolução administrativa de litígios ⁽⁵⁴⁾.

segs.; Alberto Azzena, «Amministrazione pubblica del diritto privato», *Digesto dei Discipline Pubblicistiche*, vol. II, p. 238 e segs..

⁴⁴ Cf. Giuseppe BELLANTUONO, «Contratti e regolazione nel settore elettrico», *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2006, p. 285 e segs. (286). Na mesma linha, observa GITTI, *ob. cit.*, p. 69, que as autoridades investidas da tutela do mercado passaram a intervir para determinar em via administrativa o conteúdo dos contratos que se celebram no mercado, entre empresas e entre estas e os clientes.

⁴⁵ Por exemplo: normas sobre o relacionamento comercial entre os comercializadores e os clientes e de energia eléctrica (v.g., sobre facturação, sobre interrupção do fornecimento) constantes do Regulamento das Relações Comerciais no Sector Eléctrico (ERSE); normas constantes de *Instruções* do Banco de Portugal sobre os contratos de crédito com os consumidores.

⁴⁶ Por exemplo: normas sobre a disponibilização aos utilizadores finais de informações sobre a qualidade dos serviços constantes do Regulamento sobre a Qualidade do Serviço (ANACOM).

⁴⁷ Por exemplo: normas sobre a portabilidade de números constantes do Regulamento de Portabilidade (ANACOM).

⁴⁸ Por exemplo: normas sobre o relacionamento comercial entre o operador da rede de transporte e o operador da rede de distribuição em MT e AT; cf. Regulamento das Relações Comerciais no Sector Eléctrico (ERSE).

⁴⁹ Por exemplo: Regulamento sobre Informação e Publicidade de Produtos Financeiras Complexos (CMVM).

⁵⁰ Por exemplo: normas constantes do Regulamento Tarifário da ERSE.

⁵¹ Por exemplo: a sujeição dos contratos constitutivos de fundos de pensões a autorização do Instituto dos Seguros de Portugal.

⁵² Por exemplo: no quadro da imposição da obrigação de acesso e interligação no sector das comunicações electrónicas.

⁵³ Sirva de exemplo a fiscalização de contratos pela Autoridade da Concorrência para apreciar a existência de práticas proibidas (como, por exemplo, a prática que consiste em subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais,

Como os exemplos referidos já o denotam com clareza, uma área em que se revela o impacto geral da regulação administrativa sobre contratos privados é a das *relações de consumo*, que se desenvolvam entre as empresas e prestadores de serviços e os consumidores ou, mais genericamente, os utilizadores ⁽⁵⁵⁾. Em alguns sectores, a regulação administrativa dos contratos com os utilizadores pode incidir primordialmente (e separadamente) sobre os contratos de fornecimento ou prestação do serviço celebrados no âmbito do serviço universal ou do cumprimento de obrigações de serviço público ⁽⁵⁶⁾.

Por outro lado, o avanço da regulação administrativa de contratos entre sujeitos privados encontra explicação, em certos casos, no facto de a *ratio* da própria regulação administrativa (confiada a uma autoridade administrativa) consistir exactamente na conformação e no controlo dos *contactos* entre os actores nos mercados regulados: é assim caracteristicamente no caso da regulação financeira (banca, seguradoras e bolsas), em que a função primordial da regulação consiste em promover o esbatimento da *assimetria informativa* existente entre as partes do contrato (*v.g.*, entre o banco e o depositante ou entre a companhia de seguros e o segurado).

Noutros sectores, a regulação administrativa impôs-se por força da percepção de que os contratos privados desempenhavam uma função fundamental na «construção do mercado», na promoção da concorrência e na diminuição da *assimetria de forças* das partes contratuais ⁽⁵⁷⁾: assim foi no caso das *indústrias de rede*, em que os contratos entre empresas

não tenham ligação com o objecto desses contratos). Sobre a associação e interdependência entre contrato e concorrência, *cf.* FRISON-ROCHE, «Contrat...», *cit.*, p. 451 e segs.; Bruno LASSERRE, «Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence», in FRISON-ROCHE, *Les engagements*, *cit.*, p. 239 e segs.; Giuseppe BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nel mercato dell'energia*, Bolonha, Il Mulino, 2009, p. 256 e segs.. Para uma análise de acordos e contratos anticoncorrenciais, *cf.* Cristoforo OSTI, «Contratto e concorrenza», in Vincenzo ROPPO, *Trattato del Contratto*, Milão, Giuffrè, 2006, vol. VI (*Interferenze*), p. 635 e segs.; Anna GENOVESE, «Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza», in OLIVERI & ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 131 e segs. (p. 141).

⁵⁴ Por exemplo: resolução de litígios pela ANACOM decorrentes do incumprimento de um contrato de interligação ou de acesso a redes.

⁵⁵ Sobre a regulação administrativa dos contratos de consumo, *cf.* FRISON-ROCHE, «Contrat...», *cit.*, p. 466 e segs.; BELLANTUONO, «Contratti...», *cit.*, p. 307 e segs., bem como Filippo PIZZOLATO, *Autorità e consumo (diritti dei consumatori e regolazione del consumo)*, Giuffrè, 2009, pp. 1 e segs., e 77 e segs., Autor que, sobre a tipologia das intervenções de regulação público do consumo, reconduz o papel do Estado a uma função de *regulação autoritária* (que, consoante o grau de incidência sobre a liberdade dos consumidores, pode ser *neutra*, *promocional* ou *conformativa*) e não apenas a uma função de reconhecimento e tutela de direitos ao consumo.

⁵⁶ Podendo caber ao regulador, além do mais, a determinação do preço do serviço ou a indicação do preço máximo que o prestador do serviço pode cobrar.

⁵⁷ Verifica-se mesmo uma correlação entre a intensidade da intervenção regulatória e a assimetria dos poderes contratuais: quanto maior é esta assimetria, mais intensa e imperativa é a intervenção do regulador; nestes termos, *cf.* Fabrizio CAFAGGI, «Il diritto dei contratti dei mercati regolati: ripensare il

concorrentes se revelam imprescindíveis para viabilizar a concorrência – os contratos de interligação de redes e, em geral, os contratos de acesso de terceiros às redes apresentam-se, segundo a doutrina, como «contrats-structure», dada a sua função estrutural e de alicerce do funcionamento do mercado e da concorrência ⁽⁵⁸⁾. Também neste último caso, a regulação sectorial (administrativa) conhece uma incidência de larga escala sobre contratos privados, chegando mesmo a abranger a resolução administrativa de litígios contratuais ⁽⁵⁹⁾; de resto, por causa dessa incidência administrativa tão alargada, há quem qualifique aqueles como «contratos infelizes», uma vez que, diz-se, as partes não os subscrevem com entusiasmo, já que não pensam deles retirar grandes vantagens ⁽⁶⁰⁾. Na verdade, a contratualização do acesso às redes e, em geral, às infra-estruturas essenciais, não tem mais do que uma relação longínqua com a liberdade contratual ⁽⁶¹⁾, tendo em consideração o peso dos aspectos heterodeterminados que oneram tais contratos ⁽⁶²⁾.

Apesar de já se ter aflorado a ideia, importa sublinhar o facto de a regulação administrativa dos contratos não se traduzir sempre numa regulação *normativa*. De facto, pode tratar-se de uma regulação baseada em medidas avulsas de controlo, de imposição ou de proibição (*v.g.*, autorização da celebração de um rede de contratos resultante da não oposição a uma operação de concentração; imposição da celebração de um contrato de interligação de redes). Em todos esses casos, há evidentemente também a presença de um contrato entre sujeitos privados como *quid* sobre o qual incidem medidas de regulação administrativa.

A situação que vimos expondo provoca um fenómeno de intersecção ou, se se quiser, de sobreposição entre regulação pública administrativa e contrato privado ⁽⁶³⁾; ora,

rapporto tra parte generale e parte speciale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, n.º 1, p. 95 e segs. (122).

⁵⁸ Cf. FRISON-ROCHE, «Contrat...», *cit.*, p. 469.

⁵⁹ Colocando a autoridade administrativa reguladora na posição de um «novo juiz dos contratos»; cf. FRISON-ROCHE, *ibidem*, p. 467.

⁶⁰ Cf. Margaret F. BRINIG, «"Unhappy Contracts": The Structure and Effect of Telecommunication Interconnection Agreements», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=634223 (10/10/2008).

⁶¹ Nestes termos, a propósito da contratação no sector da energia, cf. Marc Sénac MONSEMBERNARD, «L'encadrement des contrats par le régulateur et par le jude», in FRISON-ROCHE, *Les engagements*, *cit.*, p. 231 e segs. (p. 232).

⁶² Cf. Vincenzo MELI, «Diritto "antitrust" e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo», in OLIVERI & ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 4 e segs..

⁶³ Aludimos a uma intersecção entre *regulação pública administrativa* e *contrato privado*, e não necessariamente entre regulação de direito público e contrato de direito privado. Na verdade, a regulação administrativa que aqui se encontra – designadamente, no caso dos regulamentos – pode, eventualmente, não pertencer ao direito público, mas antes ao direito privado (recorde-se o conceito, que propusemos, de

no caso de a regulação administrativa se consubstanciar em normas ⁽⁶⁴⁾, temos o cenário de um *contrato privado regulado por regulamento administrativo*. Neste caso, pode questionar-se se, desrespeitando as normas preceptivas ou proibitivas de regulamento administrativo aplicável, o contrato deve considerar-se nulo, tendo presente o disposto nos artigos 280.º, n.º 1 – «é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja (...) contrário à lei» – e 294.º, do Código Civil – «os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei»

Se tivermos em consideração o sentido material de lei acolhido no artigo 1.º, n.º 2, do Código Civil ⁽⁶⁵⁾, afigura-se linear concluir que a referência ao conceito de lei nos artigos 280.º e 294.º abrange os regulamentos administrativos. Assim, sobretudo por força desta última norma, entende-se, salvo se for outra a solução da lei, que os contratos privados (*v.g.*, contratos entre empresas reguladas sobre a interligação de redes ou contratos entre empresas reguladas e utilizadores ⁽⁶⁶⁾) que acolham cláusulas contrárias a disposições regulamentares de carácter imperativo poderão considerar-se nulos, ou não, nos mesmos termos em que o sejam, ou não, os contratos que desrespeitem normas legislativas ⁽⁶⁷⁾.

Em segundo lugar, ainda no mesmo cenário, surge o problema de saber se, num processo judicial em que se discute uma questão relativa a um contrato regulado por

«regulamentos administrativos de direito privado», como sendo os regulamentos administrativos que visam para regular relações jurídicas de direito privado que se processam entre sujeitos privados).

⁶⁴ Embora não limitada a esse âmbito, afigura-se indiscutível a entrega às autoridades reguladoras de amplos poderes normativos com incidência nas relações contratuais, entre as empresas reguladas e entre estas e os utilizadores dos serviços; referindo isto mesmo no contexto do sector eléctrico, *cf.* BELLANTUONO, «Contratti...», *cit.*, p. 303.

⁶⁵ Ali se consideram leis «todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes».

⁶⁶ A respeito destes últimos contratos, recorde-se que a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, que cria mecanismos destinados a proteger o utente dos *serviços públicos essenciais*, estabelece, no seu artigo 13.º, a nulidade de qualquer convenção que limite os direitos que a mesma Lei atribui aos utentes (definindo, aliás, um regime especial de invocação dessa nulidade). Pelo menos tendencialmente, afigura-se-nos que o *carácter injuntivo dos direitos* que a Lei prescreve também se deve estender aos direitos de utilizadores que resultem de regulamento, confirmando assim, também por esta via, a tese da nulidade dos contratos que infrinjam tais «direitos regulamentares».

⁶⁷ No contexto do fenómeno da «conformação jurídica privada por actos de direito público» ou da «administração pública do direito privado», surgem problemas atinentes ao tema da validade dos contratos, quando estes desrespeitam medidas administrativas regulatórias avulsas. Assim, por exemplo, pode questionar-se a consequência que exerce sobre a validade do contrato privado a falta de uma necessária autorização administrativa para o celebrar ou o desrespeito, pelo contrato, dos termos impostos por uma imposição administrativa de contratar. Tanto este tipo de problemas como aquele a que se alude no texto coloca a dificuldade associada ao âmbito da nulidade prevista no artigo 294.º do Código Civil. A doutrina questiona-se sobre se o caso de nulidade ali previsto deve abranger qualquer desconformidade à lei ou se esta sanção se deve limitar às proibições relativas ao *conteúdo* dos contratos; sobre isto, *cf.* José OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 375.

regulamento administrativo, o tribunal judicial dispõe do poder de afastar a aplicação da norma administrativa, com fundamento na sua invalidade. Na nossa interpretação, o tribunal dispõe dessa competência, uma vez que, nos termos do artigo 97.º do Código de Processo Civil, é competente para apreciar e decidir questões prejudiciais (como é o caso da questão da validade do regulamento em relação, *v.g.*, à questão da validade de uma cláusula contratual que infrinja aquele) ⁽⁶⁸⁾. Contudo, afigura-se-nos que, nesse caso, existe efectivamente uma *questão prejudicial*, à qual se aplica a citada disposição do Código de Processo Civil, pelo que o tribunal *pode* sobrestar na decisão até que o tribunal da jurisdição administrativa se pronuncie sobre a validade do regulamento. Afastamo-nos, pois, da doutrina sustentada por Ana Raquel Moniz, segundo a qual o tribunal judicial poderá desaplicar o regulamento, fora do quadro previsto naquela norma, pelo facto de se tratar de um regulamento ilegal ⁽⁶⁹⁾. Na nossa interpretação, o tribunal administrativo é a instância competente para, em processo próprio, se pronunciar sobre a validade de regulamento, pelo que a apreciação dessa matéria no âmbito de um processo relativo a um contrato privado nos parece constituir uma «*questão (prejudicial) da competência de outro tribunal*». Esta compreensão – que, claro, não impede o tribunal judicial de apreciar a legalidade do regulamento, no quadro da escolha que pode fazer entre sobrestar, ou não, na decisão – justifica-se essencialmente pelo facto de a pronúncia sobre a legalidade de um regulamento (*v.g.*, quanto à questão de saber se uma autoridade é competente para o editar) poder reclamar uma apreciação delicada, com um grau de complexidade e de especialidade técnica e jurídica, que recomenda, pelo menos, atribuir a um tribunal não especializado nem familiarizado com questões de direito administrativo (não competente nessas questões) a *faculdade* de devolver a referida apreciação à instância judicial mais bem colocada e competente nessas questões ⁽⁷⁰⁾.

⁶⁸ No sentido de que, «em sede de conhecimento incidental da ilegalidade dos regulamentos, a regra é a de que qualquer tribunal de qualquer ordem pode fazê-lo, se a respectiva lei processual lho permitir expressa ou tacitamente», *cf.* Mário ESTEVES DE OLIVEIRA, «A impugnação e anulação contenciosas dos regulamentos», *Revista de Direito Público*, n.º 2, 1986, p. 29 e segs..

⁶⁹ *Cf.* Ana Raquel Gonçalves MONIZ, «O controlo judicial do exercício do poder regulamentar», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006, p. 415 e segs. (p. 426 e segs.)

⁷⁰ O argumento em apoio da tese contrária, sugerindo como *lugar paralelo* – da competência própria dos tribunais judiciais para recusar a aplicação de regulamentos ilegais – a competência geral de recusa de aplicação de leis inconstitucionais, não nos impressiona especialmente. Além do mais, cumpre recordar que o controlo difuso da inconstitucionalidade não exclui a pronúncia do «tribunal competente» sobre essa matéria, pelo que a «ordem dos tribunais judiciais» pode não ter a última palavra sobre o assunto em relação ao caso concreto apreciado. Outro tanto não sucede já com a apreciação de regulamentos ilegais pelos tribunais judiciais, os quais têm a última palavra sobre a aplicação do regulamento no caso concreto.

2.1.2 – Contrato privado e regulação administrativa como instrumentos em alternativa na regulação do mercado

No ponto anterior, contactámos com o episódio da interconexão e da convivência do contrato privado, instrumento de *auto-regulação privada*, com a regulação administrativa, na expressão de *hetero-regulação pública*. Reconhecendo um certo exagero da asserção, pode dizer-se que a regulação dos mercados se revela, em grande medida, como uma *regulação administrativa de contratos entre sujeitos privados*. Pois bem, a submissão do contrato a medidas de regulação administrativa é uma ilustração perfeita da fórmula conceptual, proveniente da doutrina alemã, da *auto-regulação privada publicamente regulada* ⁽⁷¹⁾. Como se sabe, a fórmula descreve um sistema regulatório que resulta da *intersecção* e da *conjugação* entre, por um lado, a regulação que se estabelece – designadamente, por contrato – em contexto de Mercado, e, por outro, a regulação pública do Estado, a qual, em grande medida, procura prevenir e corrigir os defeitos ou excessos («falhas») da primeira. Crê-se que o doseamento certo das medidas da auto-regulação privada e da regulação pública gerará um sistema jurídico e económico equilibrado e eficiente. Ora, isto pressupõe que o contrato se apresente como objecto de regulação pública administrativa.

Ao contrário, no ponto que agora está em análise, a relação entre contrato privado e regulação pública faz-se, não segundo a ideia de conjugação e de recíproca interferência, mas antes em volta do tópico da *colisão* entre aqueles dois termos ⁽⁷²⁾ e mesmo de *exclusão* ou *expulsão* da regulação pública pelo contrato privado ou, ao contrário, *expulsão* do contrato privado pela regulação pública.

Iniciando a análise da última ideia, pode suceder, em certos sectores, que o avanço para uma regulação administrativa fortemente intrusiva acabe, na prática, por reduzir a celebração do contrato entre sujeitos privados a uma espécie de «adesão global» de todos os contraentes a um conteúdo preestabelecido e determinado em sede administrativa, por

⁷¹ É vastíssima a bibliografia sobre este tópico: além das referências que podem colher-se no nosso *Entidades Privadas*, cit., p. 170 e segs., v., na doutrina posterior, Maria M. DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons 2005; EIFERT, ob. cit., p. 1262 e segs.; Diogo de Figueiredo Moreira NETO, «Crisis y regulación de mercados financieros – la autorregulación regulada: una respuesta posible?», *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 27, 2009, p. 39 e segs..

⁷² Referindo-se, neste contexto, a uma «collision of private law with public regulation», cf. COLLINS, ob. cit., p. 46.

via normativa ou avulsa. Neste cenário, que retoma o tópico dos «contratos infelizes», a efectiva «falta de contrato» (de liberdade contratual) conduz a qualificar a situação real das partes como uma *situação estatutária* ⁽⁷³⁾. Percebe-se agora como a regulação administrativa pode efectivamente posicionar-se como uma *alternativa* ao contrato entre privados enquanto técnica de determinação (heterónoma) de direitos e de deveres das “partes”: neste cenário, *contrato* é essencialmente o *nomen* do processo jurídico de formalização de um *contacto* entre sujeitos privados e não o instrumento da afirmação da liberdade de criação de vínculos jurídicos ⁽⁷⁴⁾.

O inverso desse fenómeno pode igualmente suceder: o contrato privado pode ser escolhido, em sede política, como *estratégia regulatória* ⁽⁷⁵⁾, em detrimento da regulação pública ⁽⁷⁶⁾. A orientação no sentido de uma *desregulação* de sectores da economia, *v.g.*, por se entender que já não existe a assimetria de forças das partes contratuais que justificava a regulação ⁽⁷⁷⁾, tal orientação, iamos a dizer, aumenta a importância do contrato, o qual pode emergir como mecanismo tendencialmente único de regulação das relações de mercado ⁽⁷⁸⁾. Teríamos aqui um caso de *mercado auto-regulado*, com uma regulação baseada em contratos privados. Idêntico efeito pode ainda resultar de uma “guerra à regulação pública”, organizada a partir de ideários ultra-liberais ⁽⁷⁹⁾.

Embora não se afigure legítimo excluir um retrocesso e a eventual recuperação de um modelo de “Sociedade civil pautada pelo direito privado” – associado à erradicação da

⁷³ Sobre as relações entre os conceitos de contrato e de *status*, *cf.* ROPPO, *ob. cit.*, pp. 26 e segs., e 347 e segs.; ZOPPINI, *ob. cit.*, p. 15.

⁷⁴ Referindo-se neste contexto a «contratos de situação», *cf.* JAMIN, *ob. cit.*, p. 194.

⁷⁵ Apresentando uma distinção entre três estratégias de regulação no sector das infra-estruturas [contratos privados, contratos de concessão e regulação (discricionária) por autoridade administrativa], *cf.* J.A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion* Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 11 e segs. e 27 e segs.. As três estratégias regulatórias correspondem a formas de regulação que começam no mercado (contratos privados), que se encontram a meio caminho entre mercado e Estado (contrato de concessão) e que se integram no Estado (regulação por autoridade administrativa).

⁷⁶ Sobre a capacidade do direito do contrato privado como técnica de regulação de mercados, *cf.* COLLINS, *ob. cit.*, p. 56 e segs..

⁷⁷ Entende-se, por exemplo, que o sector das telecomunicações está a caminho de um processo de *desregulação*, assim o atestando a diminuição do número os mercados do sector que podem ser considerados *mercados relevantes*. Concluir que os mercados não podem ser considerados relevantes significa, além do mais, que, politicamente, se decidiu atribuir prioridade à liberdade contratual (e ao mercado) em detrimento da regulação sectorial (*v.g.*, no domínio da interligação de redes). Como tem sido observado, a *desregulação* neste sector torna-se viável pelo facto de o mercado ter atingido um grau de maturidade e de concorrência que permite o seu funcionamento eficiente sem regulação sectorial.

⁷⁸ Neste sentido, *cf.* Jim ROSSI, *Regulatory bargaining & public law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 1.

⁷⁹ Sobre a “guerra à regulação” e as várias formas, directas e indirectas, de ataque ao Estado Regulador, *cf.* Phillip J. COOPER, *The war against regulation (from Jimmy Carter to George W. Bush)*, Lawrence, University Press of Kansas, 2009.

regulação pública (administrativa) do contrato, a qual também tem «falhas»⁽⁸⁰⁾, e a uma ideia de Estado despido do poder de impor a sua concepção do que é certo ou errado –, e, assim, sem desvalorizar as eventuais inclinações de cariz libertário⁽⁸¹⁾, deve dizer-se que, quando se alude, neste contexto, a uma substituição da regulação administrativa pelo contrato privado, não se está a pensar numa substituição integral, nem sequer numa substituição em escala significativa⁽⁸²⁾. Acreditamos que, no momento actual, o papel do contrato como fonte de regulação apenas pode *crescer* em sectores da economia que já suportem uma desregulação. Ora, esta ocorrência tende a verificar-se apenas em casos em que a regulação pública tenha sido, desde o início, equacionada como transitória (v.g., a regulação económica no sector das telecomunicações). Fora desses casos especiais, afigura-se que o caminho a percorrer, nos tempos mais próximos, se vai continuar a fazer em sentido inverso: *mais regulação e menos contrato*.

As observações anteriores pretenderam demonstrar que o contrato privado pode, em termos teóricos, ser politicamente escolhido no quadro de uma *estratégia* de sujeição do mercado a uma regulação privada. Alguns autores têm ainda chamado a atenção para a eventualidade de o contrato e outras formas de negociação entre privados surgirem como mecanismos de regulação que se desenvolvem na «sombra» ou na ausência de uma regulação pública e que acabam por substituir esta ou, em todo o caso, evitar o seu aparecimento. Uma das razões para o aparecimento destes esquemas auto-regulatórios de produção de regras parece ser o «cansaço» das regulações públicas administrativas⁽⁸³⁾ e o incremento, por formas indirectas, do papel dos actores privados na governação pública, neste caso, na definição de regras de conduta⁽⁸⁴⁾. Como, em termos muito expressivos, já foi observado, o contrato ou o consenso entre meros sujeitos privados está na origem de

⁸⁰ Como se sabe, a teoria da regulação pública justifica esta para combater as «falhas do mercado»; as «crises» têm demonstrado que as falhas existem no mercado, mas também na regulação; sobre as «falhas políticas» e as «falhas da regulação» cf. Rossi, *ob. cit.*, p. 4 e segs.; Joseph STIGLITZ, «Regulation and failure», in David MOSS & Jonh CISTERNINO (org.), *New perspectives on regulation*, Cambridge, The Tobin Project, 2009, p. 13 e segs..

⁸¹ Sobre estes tópicos, cf. COLLINS, *ob. cit.*, p. 57; JANSEN & MICHAELS, *ob. cit.*, p. 347 e segs..

⁸² Em sentido diferente, adepto de uma «more market-oriented and contractual approach to regulation», cf. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pp. 35 e 345 e segs..

⁸³ Cf. Richard B. STEWART, «Administrative law in the twenty-first century», *New York University Law Review*, vol. 78, 2003, p. 437 e segs. (446).

⁸⁴ Sobre estes «agreements entered into between regulated firms and other private actors in the shadow of public regulations», cf. Michael P. Vandenbergh, «The private life of public law», *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 2029 e segs. (2030)

uma espécie de «direito público com vida privada» ⁽⁸⁵⁾. Também esta hipótese confirma que o contrato privado pode constituir uma *alternativa* ou mesmo um *complemento* da regulação pública (incluindo a regulação administrativa) ⁽⁸⁶⁾.

2.2 – Regulação administrativa e contrato público

Analisada a relação entre regulação pública administrativa e contratos privados (celebrados entre sujeitos privados que, nessa qualidade, actuam no espaço social), chegou o momento de passarmos ao território dos contratos públicos – celebrados por entidades públicas, no contexto de relações jurídicas com outras entidades da mesma natureza ou com sujeitos privados – e da relação destes com a regulação.

Logo uma primeira aproximação revela uma inequívoca relação entre contrato público e regulação; de facto, o contrato público é uma *figura publicamente regulada*, e é-o extensamente, tanto nos sistemas jurídicos europeus, como no direito norte-americano: quer no que respeita ao seu procedimento de formação («contratação pública»), quer, em muitos tipos de contratos, quanto à disciplina da relação contratual (regime substantivo), o contrato público encontra-se submetido a uma regulação específica de direito público administrativo. Como se percebe, porém, essa não é a regulação que agora ocupa a nossa atenção.

Recordando o conceito de regulação administrativa, compreende-se decerto que o objectivo que aqui se persegue consista antes em analisar se o contrato (público) é um instituto operativo como instrumento ou processo de regulação, quer dizer, de *definição* ou de *implementação* de normas regulatórias. Trata-se, portanto, de procurar saber se e em que termos a regulação pública administrativa (quer no plano normativo, quer no da concretização ou aplicação de normas) encontra no contrato um suporte jurídico para a sua exteriorização e, logo, se o contrato pode ser usado por autoridades reguladoras ou por autoridades com responsabilidades por sistemas de regulação, no desempenho de uma função administrativa de regulação (no primeiro caso), ou de uma função política de definição da estratégia de regulação.

⁸⁵ *Idem, ibidem.*

⁸⁶ Advogando a *descentração da regulação*, a quebra do monopólio da regulação do Estado e a promoção de formas de auto-regulação dos actores sociais, cf. Julia BLACK, «Decentring regulation...», *cit.*, p. 103 e segs..

Antes de apreciar os contornos desse problema (*cf.*, *infra*, 2.2.2), alude-se, por se afigurar pertinente no contexto do presente estudo, à doutrina que concebe a regulação administrativa como uma espécie de contrato (implícito) entre as autoridades reguladoras e as empresas reguladas (2.2.1) – assumimos, neste caso, que a referência ao contrato pressupõe o contrato *público*, pois o que está aqui em causa é reconduzir as relações de regulação a um contrato entre o regulador (autoridade pública) e os regulados.

2.2.1 – A regulação administrativa *como* contrato

A alusão à regulação pública *como* contrato remete para um tópico novo. Em causa está agora uma construção teórica que percepção e apresenta os sistemas institucionais de *hetero-regulação pública* e, em concreto, os processos de interacção e de relacionamento dentro destes sistemas, entre o Estado ou a autoridade reguladora e os regulados, como processos *análogos* a contratos e a relações contratuais. Por esta via, sustenta-se uma compreensão ou entendimento da «regulação por agência»⁽⁸⁷⁾ – e das relações que se estabelecem entre autoridade reguladora e empresas reguladas – como um fenómeno *análogo* ou *idêntico* ao que decorre de *relações contratuais*⁽⁸⁸⁾.

Na verdade, pelo menos na aparência, detecta-se alguma analogia ou proximidade entre o processo de regulação por agência de um determinado mercado (*v.g.*, mercado da electricidade ou do gás natural) e a ideia de contrato. Desde logo, como no contrato, a regulação institui um sistema que pode reconduzir-se a uma relação entre *principal* (ou comitente) e *agente* (ou comissário)⁽⁸⁹⁾. Considerando o compromisso social e a *garantia* do Estado Regulador quanto à realização de certos fins de interesse público a alcançar pelo

⁸⁷ Doravante, aludimos ao conceito de «regulação por agência» para indicar um modelo institucional de hetero-regulação pública, que confia a tarefa de regulação directamente ao Estado (*v.g.*, a uma direcção-geral ou a um organismo sem personalidade jurídica) ou a uma autoridade reguladora especialmente instituída para regular um determinado mercado.

⁸⁸ Sobre este «contractual understanding of regulation», *cf.* ROSSI, *Regulatory*, *cit.*, p. 1; Tony PROSSER, «Regulatory contracts and stakeholder regulation», *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol. 76, n.º 1, 2005, p. 35 e segs.; Thomas P. LYON & Haizhou HUANG, «Legal remedies for breach of the regulatory “contract”», *Journal of Regulatory Economics*, 2002, p. 107 e segs., que transcrevem o seguinte excerto de um texto de O.E. Williamson: «At the risk of oversimplification, regulation may be described contractually as a highly incomplete form of long-term contracting in which (1) the regulatee is assured an overall fair rate of return, in exchange for which (2) adaptations to changing circumstances are successively introduced without the costly haggling that attends such changes when parties to the contract enjoy greater autonomy».

⁸⁹ Para uma análise crítica desta analogia, *cf.* PROSSER, *ob. cit.*, p. 36 e segs.. Neste visão crítica, o chama-se a atenção para o facto de, na *teoria da agência*, as autoridades reguladoras serem verdadeiras agências, que dependem de principais (como o parlamento e até o governo, quando legislador); neste sentido, *cf.* Elisabeth MAGILL, «Agency self-regulation», *The George Washington Law Review*, vol. 77, 2009, p. 859 e segs. (p. 872).

mercado e pelas empresas reguladas, compreende-se que se possa considerar o Estado (ou a autoridade reguladora) uma espécie de *principal* ou de *comitente* que «se serve» das empresas reguladas para realizar aqueles fins; por seu lado, as empresas reguladas, pelo facto de entrarem no mercado, assumem variadas obrigações cujo cumprimento é acompanhado e fiscalizado pelo regulador. A situação relacional entre agência reguladora e empresa regulada recorda a relação que intercede entre duas partes num contrato público (de tipo concessório). Por outro lado, um dos fundamentos da legitimação e da justiça da regulação assenta na necessária consideração e garantia do equilíbrio económico-financeiro das empresas reguladas; quer isto dizer que as obrigações impostas num sistema de regulação por agência (*v.g.*, as obrigações de investimento impostas às empresas ⁽⁹⁰⁾) reclamam, como *contrapartida*, a garantia pública do retorno do investimento (acrescido de um lucro): verifica-se pois que a ideia de *equilíbrio prestacional*, própria do direito dos contratos, se encontra presente nos sistemas de regulação pública. Além disso, ao contrário do que sucede com as relações administrativas gerais, que se estabelecem entre cada cidadão e a Administração Pública, que apresentam um carácter episódico e pontual, as relações entre os reguladores e os regulados assumem uma natureza continuada, permanente e duradoura: também isto contribui para a analogia com as relações fundadas em contratos de longa duração; aliás, por causa deste carácter duradouro ou prolongado, as relações de regulação suscitam alguns dos problemas que tipicamente surgem nos contratos de longa duração (*incompletude contratual*, exigência de modificações do regime aplicável, etc.).

As considerações anteriores, justificando a conclusão segundo a qual « the actions of the regulator can be analogized to contracts and other bargains » ⁽⁹¹⁾, permitem compreender a doutrina que passou a referir-se ao conceito de «compacto regulatório», para sugerir a existência de um contrato *não escrito*, *tácito* ou *implícito*, entre o regulador e as empresas reguladas. A princípio, a fórmula *regulatory compact* impôs-se para indicar a analogia da situação criada pela regulação pública com o contrato, mas, simultaneamente, para sublinhar a diferença resultante do facto de não se tratar de um contrato como os

⁹⁰ Obrigações de investimento em redes, por exemplo, para o aumento de áreas de cobertura, a actualização tecnológica ou a diminuição de impactos ambientais negativos.

⁹¹ ROSSI, *ob. cit.*, p. 1.

outros⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾. Contudo, rapidamente, a fórmula inicial evoluiu e converteu-se numa outra, assumida abertamente como sua sinónima: assim surgiu o conceito de *regulatory contract* (contrato regulatório)⁽⁹⁴⁾; pode pois concluir-se que, de acordo com este entendimento, o conceito de contrato regulatório não se refere a um contrato explicitamente celebrado e constante de um documento, mas antes a um «contrato implícito» (*implied regulatory contract*⁽⁹⁵⁾) ou, em qualquer caso, a uma figura em que, segundo alguns, a ideia de contrato assume um sentido metafórico⁽⁹⁶⁾.

O *entendimento contratual* da regulação por agência não pretende apenas sublinhar uma mera coincidência morfológica entre esta e a regulação por contrato. O objectivo prosseguido é de, a partir dessa coincidência, remeter para o *direito dos contratos* a resposta para as múltiplas vicissitudes que se suscitem nas relações entre regulador e regulados. O resultado da «leitura contratual» conduzirá à diminuição da *discricionariedade regulatória*⁽⁹⁷⁾, dado que qualquer modificação regulamentar tenderá a ser considerada uma modificação contratual, com as consequências que daí decorrem (reposição do equilíbrio, em caso de aumento dos custos). Por outro lado, defende-se que o «contrato regulatório», apesar de implícito, é um contrato, e, portanto, deve ser honrado pelo Estado como qualquer outro⁽⁹⁸⁾. Na mesma linha, entende-se que uma alteração significativa do quadro regulamentar pode ser considerada incumprimento contratual (*breach of contract*) e, no caso de haver

⁹² Cf. ROSSI, *ob. cit.*, p. 32; Tonci BAKOVIC, Bernard TENENBAUM & Fiona WOOLF, *Regulation by contract – a new way to privatize electricity distribution?*, Washington, D.C., The World Bank, 2003, p. 15¹⁷; James BOYD, «The “regulatory compact” and implicit contracts: should stranded costs be recoverable?», www.rff.org/RFF/Documents/RFF-DP-97-01.pdf (20/05/2007).

⁹³ Curiosamente, no direito norte-americano, ainda no século XIX, a ideia de *contrato implícito* surgiu a propósito do caso (clássico) *Charles River Bridge* (1836) – depois de ter concedido a uma empresa (a *Charles River Bridge Company*) sujeito a exploração em sistema de portagem de uma ponte, o Estado de Massachusetts atribuiu a um terceiro uma concessão para a exploração de uma outra ponte (*Warren Bridge*) próxima daquela. O tráfego da *Charles River Bridge* diminuiu em cerca de três quartos e os lucros também. O concessionário lesado propôs uma acção, que improcedeu. Contudo, um dos juizes da *Supreme Court* (*Justice Story*), na justificação do seu voto de vencido, afirmou que, na primeira concessão, havia um «*implied agreement*» no sentido de que o Estado não concederia direitos de exploração de uma ponte que pudesse concorrer com a primeira; cf. Jim ROSSI, «The unfulfilled promise of regulatory contract», in www.law.fsu.edu/faculty/2003-2004workshops/rossi.pdf (20/05/2007).

⁹⁴ Considerando, pela primeira vez, sinónimos os conceitos de *regulatory compact* e *regulatory contract*, cf. J. Gregory SIDAK & Daniel F. SPULBER, *Deregulatory takings and the regulatory contract (the competitive transformation of network industries in the United States)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 4¹⁰.

⁹⁵ Cf. ROSSI, *ob. cit.*, p. 5.

⁹⁶ Cf. PROSSER, *ob. cit.*, p. 40.

⁹⁷ Cf. PROSSER, *ob. cit.*, p. 41, salientando, em termos críticos, que a leitura contratual procura criar graus de certeza num mundo de incertezas.

⁹⁸ Cf. ROSSI, *ob. cit.*, p. 33.

custos e investimentos ainda não recuperados («investimentos encalhados») e que já não possam ser recuperados no novo quadro, pode mesmo falar-se do incumprimento contratual como «expropriação regulatória»⁽⁹⁹⁾.

Numa apreciação crítica do entendimento exposto, afigura-se-nos que a referência contratual tem a vantagem de alertar e de refrear os ânimos do legislador e dos reguladores quanto ao fenómeno que pode designar-se «abuso regulatório», o qual por vezes surge com variantes de inequívoca «demagogia regulatória»⁽¹⁰⁰⁾ – assim sucede, por exemplo, quando, animado pela defesa cega e primária de determinados interesses, o legislador adopta medidas populistas, de carácter intrusivo, ignorando os equilíbrios internos de um determinado sistema regulatório⁽¹⁰¹⁾. Por outro lado, e em geral, a analogia entre regulação e contrato apresenta um quadro explicativo de uma realidade complexa, como é o caso da relação que se desenvolve entre agência de regulação e empresas reguladas.

Apesar de se poderem reconhecer algumas vantagens, designadamente quanto ao seu potencial explicativo, o *entendimento contratual* da regulação por agência não convence.

Em primeiro lugar, no contexto europeu, a defesa dos direitos e interesses da empresa regulada «surpreendida» com uma súbita alteração do quadro regulatório deve fazer-se nos termos gerais do accionamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado; neste ponto, não parece haver razões que justifiquem um tratamento diferente dos «danos especiais e anormais» sofridos pelas empresas reguladas relativamente àquele que é dispensado a outros cidadãos. Com efeito, a situação jurídica da empresa regulada

⁹⁹ Cf. Daniel H. COLE, «The “regulatory contract”», in Peter Z. GROSSMAN & Daniel H. COLE, *The end of a natural monopoly: deregulation and competition in the electricity power industry*, Oxford, Elsevier Science, Ltd., 2003, p. 77 e segs.; e, sobretudo, a obra fundamental na defesa das ideias de contrato regulatório implícito como um verdadeiro contrato e de expropriação regulatória (*regulatory taking*): SIDAK & SPULBER, *ob. cit.*. Os Autores abordaram os temas referidos, bem como a questão dos investimentos encalhados, no quadro da liberalização de mercados de monopólio regulado; como pano de fundo, encontra-se aí a problemática dos «custos de transição para a concorrência». Sobre este assunto, *cf.*, com indicações bibliográficas, o nosso texto sobre «Organização e regulação do sector eléctrico», in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, *cit.*, p. 85 e segs..

¹⁰⁰ O conceito de «demagogia regulatória» pertence a Marçal Justen Filho, que o utilizou oralmente (com o sentido que referimos no texto) no III Congresso Ibero-americano de Regulação Económica que decorreu em São Paulo, em 26 de Junho de 2008.

¹⁰¹ Um exemplo acabado de «abuso» e de «demagogia regulatória» pode ver-se na Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro (alteração da Lei n.º 23/96, de 26 de Fevereiro, sobre mecanismos de protecção do utente dos serviços públicos essenciais), ao proibir a cobrança aos utentes de qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspecção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados, bem como qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada. A proibição representa uma clara agressão aos direitos das empresas de rede, pondo em causa o *equilíbrio de exploração* tal como resultante da regulação do sector (*compacto regulatório*).

assume um carácter *estatutário* e não contratual, afigurando-se pouco realista uma leitura contratual de um sistema que não conhece contrato. E esta última conclusão não é tautológica, uma vez que a inexistência de um contrato não surge como o fruto de um acaso, mas sim como consequência de uma estratégia regulatória, politicamente definida, que não optou pela via contratual.

A finalizar este número, importa assinalar que a nossa recusa do entendimento contratual da regulação por agência significa tão-somente a exclusão de uma construção dogmática; mas, claro, já não a recusa de uma estratégia que abertamente proponha uma efectiva ou real – e não apenas fictícia – regulação por contrato; como observa um crítico daquele entendimento contratual, Tony Prosser, «no-one should deny that contracts are an important tool in the regulatory armoury»⁽¹⁰²⁾.

2.2.2 – A regulação administrativa *por* contrato

Recusada a doutrina que sustenta um entendimento contratual da regulação por agência, alude-se agora à possibilidade de a regulação pública poder ter como suporte um contrato; mas, um contrato *real*, celebrado entre uma autoridade pública com funções de regulação e uma ou, eventualmente, mais empresas reguladas.

Pois bem, definimos *regulação administrativa por contrato* como o processo jurídico de formulação e, ou de implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado *ou* a autoridade reguladora (agência) deste mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma actividade económica. Estamos, pois, diante de um fenómeno de *contratualização da regulação pública*⁽¹⁰³⁾ e, portanto, perante a adopção de um modelo de *auto-regulação* – sustentado em contrato – como alternativa (ou em complemento) a um modelo de *hetero-regulação* – baseado num sistema hierárquico de imposição e normas e actos unilaterais⁽¹⁰⁴⁾. Apesar de, no presente contexto, se enfatizar a dimensão reguladora do contrato numa certa direcção (sublinhando-se que o contrato é um modo de regulação

¹⁰² *Ob. cit.*, p. 42.

¹⁰³ Cf. CAFAGGI, *ob. cit.*, p. 120.

¹⁰⁴ Sobre a regulação por ou através de contrato, cf. Peter VINCENT-JONES, «The regulation of contractualisation in quasi-markets for public services», *Public Law*, 1999, p. 304 e segs. (315 e segs.); Fiona WOOLF, «Regulation by contract: an old idea with some new solutions», *Utilities Law Review*, 2003, n.º 4, p. 118 e segs.; Jan FREIGANG, *Verträge als Instrumente der Privatisierung, Liberalisierung und Regulierung in der Wasserwirtschaft*, Duncker & Humblor, 2009, em especial, p. 290 e segs.; GÓMEZ-IBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 18 e segs.; BAKOVIC, TENENBAUM & WOOLF, *ob. cit.*.

da actividade da empresa regulada), importa assinalar que aquele também é regulador na direcção oposta, pois a autoridade pública também se compromete a agir de determinado modo ⁽¹⁰⁵⁾.

Na formulação que aqui se adopta, a regulação administrativa por contrato coincide com a figura do *contrato regulatório*: este é, pois, o contrato (explícito ⁽¹⁰⁶⁾) através do qual se efectiva toda ou uma parte da regulação de um determinado mercado. Trata-se de um *contrato público*, que envolve, necessariamente, a subscrição por uma autoridade pública: nele figura uma autoridade reguladora (agência) ou a autoridade responsável pela regulação pública do mercado (em regra, Estado, mas também pode ser, por exemplo, o município); a contraparte da autoridade pública é a empresa regulada, aquela a quem as normas, directrizes ou decisões regulatórias contratualizadas se dirigem.

A exposição antecedente permite perceber que o contrato pode revelar-se como um instrumento da administração reguladora ⁽¹⁰⁷⁾; um instrumento utilizado para, através do consenso entre regulador e regulados, se proceder à *formulação e, ou à implementação* das normas regulatórias que disciplinam um determinado mercado.

Em geral, o emprego da instituição contratual nos domínios da administração reguladora não tem nada de surpreendente, se tivermos presente que vivemos um tempo caracterizado pela disseminação da cultura do contrato e do consenso na actuação das entidades públicas ⁽¹⁰⁸⁾ e pelo tópico do *Estado Contratante* ⁽¹⁰⁹⁾. A ideia, generalizada, de *governança* e de *administração por contrato* ⁽¹¹⁰⁾, a tendência para fazer do contrato o

¹⁰⁵ Embora referindo-se aos contratos de compras públicas, a seguinte passagem de COOPER, *The war against regulation*, cit., p. 209, é válida para os contratos regulatórios: “there is the fact that government contracts represent not only regulation of the contractor ... but also regulation of the government by the contractor”.

¹⁰⁶ A precisão de que se trata de um contrato explícito destina-se apenas a evitar qualquer confusão com a figura do *contrato regulatório implícito*, acima analisada.

¹⁰⁷ Neste sentido, cf. François FÉRAL, «Contrat public et action publique: au coeur d’une administration régulatrice», in *Contrats publics – Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, p. 527 e segs..

¹⁰⁸ Para uma perspectiva mais geral, ancorada nos fundamentos, que considera o contrato um *fundamento principal* e a *figura central* no plano do direito constitucional e mesmo de todo o direito público, cf. Walter LEISNER, *Vertragsstaatlichkeit. Die Vereinbarung – eine Grundform des Öffentlichen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 11 e segs..

¹⁰⁹ Como já esclarecemos em outra oportunidade, a fórmula «contracting state» corresponde ao título de uma monografia, de 1992, de Ian Harden; mais recentemente, retomando-a, cf. Jody FREEMAN, «The contracting state», *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000, p. 155 e segs..

¹¹⁰ Sobre o tema, cf. Mark FREEDLAND, «Government by contract and public law», *Public Law*, 1994, p. 86 e segs.; Phillip J COOPER, *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*, CQ Press, Washington D.C., 2003; Dan GUTTMAN, «Governance by contract: constitutional visions; time for reflection and choice», *Public Contract Law Journal*, vol. 33, 2004, p. 322 e segs.; COLLINS, *ob. cit.*, p. 303 e

mecanismo primacial da acção pública ⁽¹¹¹⁾ e a defesa de uma «situação de preferência pelo contrato administrativo» no contexto das formas de acção administrativa ⁽¹¹²⁾ encontram uma repercussão em todas as esferas de intervenção da Administração, incluindo, claro, a regulação pública. Com efeito, neste ambiente, a regulação administrativa por contrato e, por consequência, o *contrato regulatório* impõem-se, com toda a naturalidade, como modelos de *partilha do poder de administrar e de regular* entre agências e regulados ⁽¹¹³⁾.

A este respeito, deve, aliás, acrescentar-se que o contrato se revela um instrumento idóneo e especialmente adequado como *técnica* ou como *estratégia regulatória*, surgindo como uma forma jurídica naturalmente adaptada à função de regulação ⁽¹¹⁴⁾. Como já foi observado, se considerarmos as três dimensões fundamentais da actividade regulatória – edição de normas, fiscalização do cumprimento de normas e sancionamento da infracção às normas –, conclui-se que o contrato se mostra apto em qualquer dos três domínios ⁽¹¹⁵⁾.

Antes de finalizar este ponto e de passar a uma análise mais detalhada do contrato regulatório, importa fazer algumas notas sobre a distinção entre a *regulação administrativa por contrato* e outras realidades e fenómenos dos quais aquela se apresenta mais ou menos distante.

Em primeiro lugar, impõe-se distinguir a regulação administrativa por contrato da «regulação administrativa negociada». A este último conceito reconduzimos os esquemas, de variado recorte, que promovem uma abordagem consensual na formulação ou na implementação da regulação ⁽¹¹⁶⁾. Aqui se incluem, desde logo, os modelos de procedimentos regulamentares inspirados no *Administrative Procedure Act* norte-americano,

segs.; vários contributos, in Jody FREEMAN & Martha MINOW (org.), *Government by contract: outsourcing and american democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.; Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007.

¹¹¹ Cf. Jody FREEMAN & Martha MINOW, «Reframing the outsourcing debates», in FREEMAN & Martha MINOW, *ob. cit.*, p.1 e segs (7).

¹¹² Cf. PAULO OTERO, *ob. cit.*, p. 838.

¹¹³ Cf. FREEMAN, «The contracting state», *cit.*, p. 189 e segs..

¹¹⁴ Nestes termos, cf. FÉRAL, *ob. cit.*, p. 536; o Autor alude fundamentalmente à adequação do contrato ao estilo do Estado Regulador, o qual, observa, se relaciona com a sociedade civil preferencialmente por meios não autoritários.

¹¹⁵ Neste sentido, cf. FREIGANG, *ob. cit.*, pp. 302 e segs. e 311 e segs..

¹¹⁶ Sobre o tema no direito norte-americano, onde existe, desde 1990, um *Negotiated Rulemaking Act*, cf. Jody FREEMAN & Laura I. LANGBEIN, «Regulatory negotiation and the legitimacy benefit», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 9, 2000, p. 60 e segs.; Cary COGLIANESE, «Is consensus an appropriate basis for regulatory policy?», in Eris ORTS & Kurt DEKETELAERE, *Environmental contracts: comparative approaches to regulatory innovation in the United States and Europe*, Kluwer Law International, 2001, p. 93 e segs..

que impõem uma abertura formal à participação dos regulados ⁽¹¹⁷⁾, bem como os casos em que os reguladores se encontram habilitados a determinar a adopção de «remédios» ⁽¹¹⁸⁾ ou a promover «programas de clemência» ⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾. Como já tivemos oportunidade de sublinhar noutra circunstância, nestas e em situações próximas, processam-se formas de *diálogo regulatório* ⁽¹²¹⁾ e de *conversações regulatórias* ⁽¹²²⁾, num contexto marcado pelo consenso, pela *tolerância* e por formas de negociação da regulação, que todavia não se formalizam em contratos ⁽¹²³⁾.

Traduzindo já uma outra realidade, que também não se confunde com a regulação administrativa por contrato, temos a «regulação através de negócios» (*regulation by deal*); trata-se de uma designação colhida num texto recente ⁽¹²⁴⁾ sobre o modo como o Governo federal norte-americano actuou na sequência da crise financeira de 2008. Essa fórmula refere-se ao conjunto de aquisições públicas, totais ou parciais, de empresas em risco ou mesmo em situação de insolvência. A realização desses negócios, que, em conjunto, representam a mais extensa intervenção governamental na história norte-americana ⁽¹²⁵⁾, pôs no terreno uma espécie de «government by deal» ⁽¹²⁶⁾ e deixou clara, não apenas a inconsistência, mas igualmente a *insuficiência* do clássico paradigma de regulação pública.

¹¹⁷ Sobre a adopção deste procedimento, *cf.*, o nosso texto sobre a «Regulação das Comunicações Electrónicas», in *Regulação*, *cit.*, p. 228 e segs..

¹¹⁸ Veja-se, no *Regime Jurídico da Concorrência* (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), a competência da Autoridade da Concorrência para, na decisão sobre a notificação de concentrações, impor «condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva».

¹¹⁹ *Cf.* Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da dispensa ou da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracções às normas nacionais de concorrência. Sobre os programas de clemência, *cf.* Marcello CLARICH, «I programmi di clemenza nel diritto antitrust», *Diritto amministrativo*, 2007, p. 265 e segs.; Vincenzo MELI, «I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano», *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 201 e segs..

¹²⁰ No sentido de que os «remédios» e os programas de clemência constituem esquemas «d'engagement contractuel», *cf.* Anne PERROT, «Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», in FRISON-ROCHE, *Les engagements*, *cit.*, p. 151 e segs (156).

¹²¹ *Cf.* CUÉTARA MARTÍNEZ, «El “diálogo regulatorio” como base para la confianza en la regulación», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, n.º 27, 2006, p. 11 e segs..

¹²² *Cf.* Julia BLACK, «Regulatory conversations», in PICCIOTTO, CAMPBELL, *New directions in regulatory theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2002, p. 163 e segs..

¹²³ Aludindo a um estágio mais avançado, de renovação e de transição de um modelo convencional de regulação (do *New Deal*) para um *modelo de governação (Renew Deal)*, caracterizado pela interdependência e mútua colaboração entre Estado e mercado, que substitui os esquemas de regulação hierárquica e vertical por modelos de governação horizontal e em parceria, baseados na partilha de responsabilidades e no consenso, *cf.* Orly LOBEL, «The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought», *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004, p. 342 e segs..

¹²⁴ *Cf.* Steven M. DAVIDOFF, David ZARING, «Regulation by deal: the government's response to the financial crisis», *Administrative Law Review*, vol. 61, n.º 3, 2009, p. 463 e segs.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 465.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 469.

De acordo com este ponto de vista, a aquisição pública, *por contrato*, de empresas do sector privado (uma forma de *nacionalização*) assinala os limites do clássico modelo de regulação da economia, o qual se revela apto para tempos de «ordinary administration», mas mostra-se inidóneo em caso de «emergency governance»⁽¹²⁷⁾. O modelo de intervenção pública através de negócios cabe, na verdade, no conceito de regulação económica, posto que o objectivo da intervenção pública não cumpre uma natureza patrimonial, mas antes de «regularização» e de correcção de falhas de mercado e, já agora, de falhas da regulação. O modelo alimenta-se, de resto, de uma conjugação de inclinações contraditórias: por um lado, representa uma intrusão regulatória no mercado e, por isso, provoca o aumento da esfera pública (*publicização*), mas, por outro lado, traduz uma abordagem de mercado, negocial, que coloca o Governo a actuar *like a business* e, neste sentido, produz numa forma de *privatização da execução de funções*.

Por outro lado, retomando agora o tema acima abordado da alternativa entre contrato (privado) e regulação (pública), vimos que o contrato privado pode ser usado como estratégia regulatória e, portanto, como um modelo de regulação do mercado. Ora, importa não confundir essa regulação do mercado baseada em contratos privados (entre os *players* do mercado), que constitui uma forma de *auto-regulação privada*, com a figura que agora nos ocupa, a qual remete para o papel do contrato como suporte formal de uma *regulação administrativa* e de relacionamento entre autoridades públicas responsáveis pela regulação e empresas reguladas.

Uma outra distinção, que parece dever fazer-se, ocorre entre a *regulação pública indirectamente promovida através de contrato* e a *regulação administrativa por contrato*. Como já tem sido observado, o contrato público pode, de facto, ser usado como *tool* de regulação, mesmo quando um determinado objectivo público (de carácter regulatório em sentido lato⁽¹²⁸⁾) surge apenas de forma indirecta e até sub-reptícia⁽¹²⁹⁾. A hipótese tem sido sobretudo evidenciada a propósito da *oportunidade* de realizar objectivos públicos

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 536.

¹²⁸ Embora a doutrina se refira aqui a uma regulação pública indirectamente realizada por contrato, deve alertar-se para o facto de, em rigor, estar em causa não uma actividade de regulação, mas antes a prossecução de determinados objectivos públicos; o que, de resto, a sequência do texto permite perceber.

¹²⁹ Referindo-se a estes objectivos, cf. Jean-Bernard AUBY, «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», *Public Law*, 2007, p. 40 e segs. (44).

determinados (de natureza social ou ambiental) na contratação das compras públicas ⁽¹³⁰⁾. Diferentemente da *regulação* (*rectius*, da «política pública») promovida, de forma indirecta, por contrato, em que o contraente público surge na qualidade de *adquirente*, no cenário da regulação por contrato, o contraente público aparece imediatamente na qualidade e no exercício da função de regulador ou de responsável por um sistema de regulação e o contrato tem por objecto *principal* e *imediato* a formulação e, ou a implementação de normas regulatórias.

Por fim, também se afigura de excluir do conceito de *regulação administrativa por contrato* um fenómeno que se traduz em contratualizar aspectos da regulação, não com as empresas reguladas, mas com outros sujeitos. A distinção aqui surge ditada pelo facto de se conceber a regulação por contrato como um processo ou estratégia de regulação que se baseia num consenso entre reguladores (ou responsáveis pela regulação) e regulados.

3 – O contrato regulatório

Vimos já que o conceito de contrato regulatório se refere a um contrato que tem como *objecto* a regulação administrativa, revelando-se portanto como um instrumento ou meio de *efectuar* toda ou uma parte da regulação pública administrativa que orienta as condutas das empresas reguladas de um determinado mercado; também sabemos que se trata de um contrato celebrado entre *players* e autoridades públicas reguladoras ou responsáveis pela função de regulação de um determinado mercado.

Na medida em que tem como objecto o exercício do poder público de regulação, o contrato regulatório distingue-se dos contratos públicos mais comuns (*v.g.*, *compras públicas*, *contratos de atribuição de vantagens*), cuja *causa-função* não consiste em regular comportamentos de actores no mercado (regulados), mas em outros aspectos.

¹³⁰ Referindo-se, a este respeito, ao uso instrumental da contratação pública, *cf.* Peter TREPTE, *Regulating procurement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 133 e segs.. Neste mesmo sentido, aludindo a um fenómeno que se traduz em participar no mercado «*but regulating it at the same time*», *cf.*, com grande interesse para a compreensão deste tema, Christopher MCCRUDDEN, *Buying social justice – equality, government procurement, & legal change*, Oxford, Oxford University Press, 2007. No direito europeu, suscita controvérsia a questão de, na contratação pública, se prosseguirem finalidades públicas não relacionadas com o contrato em questão – embora se admita a consideração de objectivos sociais e ambientais (*cf.*, sobre isto, Sue ARROWSMITH & Peter KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009). Neste ponto, a situação europeia contrasta com a norte-americana, onde está generalizado um uso do «*procurement for political goals*»; *cf.* A.C.L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 60.

Ora bem, interessa observar agora que, como instrumento jurídico associado à regulação pública, o contrato público regulatório pode constituir uma *alternativa* ou um *complemento* em relação: *i*) aos processos de acção unilateral administrativa (regulamento e acto administrativo); *ii*) aos modelos institucionais ou orgânicos baseados na regulação por agência.

No primeiro caso, o contrato surge como uma *técnica de regulação pública*, ou seja, um instrumento de que a autoridade reguladora se serve para desenvolver a sua actividade regulatória; assim, neste cenário, o contrato revela-se uma ferramenta administrativa utilizada no quadro da regulação por agência e traduzir-se-á num acordo celebrado entre agência reguladora e empresas reguladas – o contrato assume-se aqui como uma *forma ou modalidade da acção administrativa regulatória* (3.1).

Diferentemente, na segunda situação, o contrato desenvolve-se no quadro da aplicação de uma *estratégia regulatória*, politicamente definida; agora, o contrato é utilizado como uma alternativa ou como um complemento à regulação por agência e traduzir-se-á num acordo celebrado entre a autoridade pública responsável pelo sistema de regulação de um determinado mercado e a empresa regulada – o contrato assume-se, neste caso, como uma *forma ou modalidade de organização de um sistema de regulação* (3.2).

No último item deste número, faz-se uma referência a uma aplicação particular da ideia de contrato como instrumento de regulação no quadro de relações que se processam entre instâncias administrativas (3.3.).

3.1 – O contrato regulatório na regulação por agência

Neste primeiro cenário ou hipótese de contrato regulatório, encontramos-nos diante de um contrato celebrado entre a agência reguladora de um sector da economia e uma ou mais empresas reguladas ⁽¹³¹⁾. O contrato aparece, neste caso, como uma forma ou modalidade de desempenho da acção administrativa regulatória. Ao contrário do que se passa noutras situações, antes do contrato, as partes já se posicionam uma perante a outra enquanto regulador e regulado; o contrato não institui uma relação de regulação entre os seus subscritores. A «decisão de contratar» pertence à agência reguladora, que, por essa

¹³¹ A agência reguladora poderá até convocar todas as empresas reguladas para a celebração de um contrato.

via, dá preferência ao contrato, quer em substituição de instrumentos unilaterais, quer combinando aquele com estes.

Como qualquer outra instância administrativa, a agência reguladora pode, nos termos do artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos, «celebrar quaisquer contratos (administrativos), salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer»; à falta de outra, é, pois, com fundamento nesta disposição que a agência de regulação pode utilizar o contrato como instrumento de regulação.

Dado que tem por objecto directo a regulação administrativa (da responsabilidade da agência reguladora em questão), o contrato regulatório irá dispor sobre a *formulação e, ou a implementação de normas regulatórias* ⁽¹³²⁾. Assim, o contrato pode, por exemplo, ter como objecto medidas regulatórias que a agência reguladora poderia determinar, de forma geral e abstracta, por uma instrução ou directriz de carácter regulamentar ⁽¹³³⁾; o seu objecto pode também ser a adopção de medidas de aplicação da lei ou de regulamentos, quer no domínio do *acompanhamento e controlo* da actividade regulada ⁽¹³⁴⁾, quer no domínio da *aplicação de sanções* aos regulados infractores ⁽¹³⁵⁾. Na medida em que, em qualquer caso, a agência reguladora se vincula contratualmente a agir de certa forma, a praticar ou a não praticar actos determinados, o contrato regulatório cumpre a função essencial de diminuir a «incerteza futura» ⁽¹³⁶⁾ e de diminuir o impacto que a *discricionariedade regulatória* pode ter para os regulados (a discricionariedade exerce-se no

¹³² Sobre esta categoria de contratos regulatórios, cf. William F. PEDERSEN, “Contracting with regulated for better regulations”, *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, p. 1067 e segs.. O Autor propõe o conceito de «regulatory reform contract» no quadro de uma nova abordagem da regulação, de tendência mais «market-based» e menos «command-and-control». Na base desta abordagem encontra-se a ideia de que o legislador deveria fixar os *ends* da regulação, deixando ao processo regulatório uma margem importante para a definição dos *means*. Nesse quadro, a agência reguladora disporia de liberdade para, *on a case-by-case basis*, convidar os regulados a apresentarem alternativas à regulação existente. Se, no âmbito de um processo transparente e público, a agência se convencesse da bondade da proposta dos regulados, aprovaria, com eles, um «contrato de reforma regulatória» (*regulatory reform contract*).

¹³³ Não significa isso que o contrato regulatório se deva qualificar como um contrato «com efeito normativo» (cf. artigo 287.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos), circunstância que pressuporia considerá-lo um processo de produção de normas jurídicas regulamentares aplicáveis a terceiros. Se assim fosse, o contrato regulatório revelar-se-ia como forma de hetero-regulação, pelo menos na perspectiva dos destinatários das normas nele acolhidas que não o tivessem subscrito. Ora, como vimos acima, este não é o nosso entendimento do contrato regulatório, que concebemos como um contrato celebrado entre regulador e regulado, com um conteúdo regulador ou normativo apenas para quem o subscreve e não para terceiros.

¹³⁴ Por exemplo, definindo os termos de prestação de informações pelo regulado ao regulador; cf. PERROT, *ob. cit.*, p. 152 e segs..

¹³⁵ Quanto a este ponto, cf. Frank Martin LAPRADE, «La contractualisation de la répression exercée par le régulateur», in FRISON-ROCHE, *Les engagements*, *cit.*, p. 197 e segs..

¹³⁶ PERROT, *ob. cit.*, p. 152.

momento da celebração do contrato, e fica como que congelada)¹³⁷ – a estes contratos, que, afinal, se qualificam como *contratos sobre o exercício de poderes públicos*, aplicam-se as regras gerais dos artigos 336.º e 337.º do Código dos Contratos Públicos; a sua força jurídica e a possibilidade de fundarem uma *tutela jurídica primária* em benefício do contratante (a empresa regulada) dependem do que se prescreve nessas disposições legais, bem como dos princípios gerais que devam aplicar-se aos contratos daquela categoria⁽¹³⁸⁾. Quanto ao valor efectivo do compromisso que a agência assume, deve notar-se que, mesmo que seja independente, esta não dispõe de um controlo integral sobre o seu próprio destino e sobre a possibilidade legal de cumprir as obrigações assumidas quanto ao exercício dos seus poderes⁽¹³⁹⁾.

A finalizar, diga-se que não se conhecem dados estatísticos com base nos quais se possam extrair conclusões sobre a efectiva utilização do contrato como instrumento de regulação; apesar disso, o conhecimento empírico da realidade da regulação em Portugal leva-nos a considerar que não se trata de um fenómeno quantitativamente expressivo⁽¹⁴⁰⁾.

3.2 – O contrato regulatório como alternativa ou como complemento à regulação por agência

Diferentemente da situação anterior, em que é usado como técnica ou instrumento ao serviço da função administrativa de regulação, o contrato regulatório surge, na hipótese de que agora nos ocupamos, em aplicação de uma *estratégia de regulação*; como sugerimos acima, surge aqui como modalidade de organização de um sistema de regulação. No caso mais radical, pode mesmo pôr-se a hipótese de o contrato se assumir como uma alternativa efectiva à regulação por agência. Agora, antes do contrato, entre as partes, não existe uma qualquer relação de regulação: o contraente público «não é regulador do regulado».

¹³⁷ Recorde-se o que referimos *supra* sobre o facto de o contrato regulatório se apresentar como um modo de a autoridade reguladora regular a actuação do co-contratante (a empresa regulada), mas também como um modo de este regular a actuação daquela.

¹³⁸ Sobre isso, cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 748 e segs..

¹³⁹ Com estas observações, cf. MAGILL, *ob. cit.*, p. 872., que acaba por concluir que as agências de regulação têm uma capacidade muito limitada para assumirem *credible commitments*.

¹⁴⁰ Para o direito francês, cf. Laurence CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 141: sobre a utilização do procedimento contratual por organismos de regulação, afirma que a celebração de verdadeiros contratos «est rare dans ce domaine si l'on s'en tient aux contrats conclus par ces instances elles-mêmes»; conclui, a seguir, que o recurso ao contrato não se afirma como um procedimento comum no conjunto dos organismos de regulação.

Estando já demonstrado que o contrato, enquanto figura jurídica, se perfila como um suporte capaz e idóneo para acolher todas as facetas da regulação pública administrativa – estabelecimento de regras, acompanhamento e fiscalização de regras e punição das infracções às regras ⁽¹⁴¹⁾ –, compreende-se que o legislador tenha a liberdade de submeter um determinado sector da economia a uma regulação por contrato *em vez de* instituir um modelo de regulação por agência. Assim, por exemplo, a actividade económica de abastecimento domiciliário de água poderia ser regulada apenas por contratos entre os responsáveis pelos sistemas de abastecimento (Estado e municípios) e as empresas reguladas (prestadores do serviço); outro tanto se poderia dizer a respeito do transporte ou da distribuição de electricidade. Nesta constelação de casos, a actividade das empresas no mercado ver-se-ia, portanto, regulada por contrato, o qual estabeleceria os *standards* de actuação dos regulados (por ex., áreas de cobertura, critérios de fixação de tarifas, etc.), fixaria os termos de acompanhamento do parceiro público e responsável pela «regulação», bem como as sanções contratuais em caso de infracção. Estas considerações permitem-nos perceber a posição da doutrina que alude ao *potencial regulatório* dos contratos de concessão ⁽¹⁴²⁾: na verdade, na hipótese em análise, a função regulatória do mercado cabe ao contrato de concessão (de serviços ou de infra-estruturas) ou, em geral, ao contrato público que habilita a empresa a entrar num determinado mercado e que define as «regras» sobre o comportamento da empresa.

Nesta aplicação, o contrato regulatório não constitui, portanto, uma novidade; em rigor, não representa mais do que um novo nome para uma velha realidade ⁽¹⁴³⁾. Sem questionar esta asserção, sempre se deve sublinhar, em primeiro lugar, que a categorização de um contrato de concessão como regulatório enfatiza uma perspectiva de consideração daquele enquanto expressão de uma *estratégia regulatória* e, em particular, de uma opção por um modelo de regulação assente no consenso (auto-regulação) e não na hierarquia (hetero-regulação) ⁽¹⁴⁴⁾. Em especial, a escolha do contrato neste contexto denota a

¹⁴¹ Fazendo essa análise, cf. FREIGANG, *ob. cit.* pp. 302 e segs. e 311 e segs..

¹⁴² Cf. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pp. 29 e segs. e 157 e segs.; WOOLF, *ob. cit.*, p. 119; na mesma linha, cf. Pablo T. SPILLER, «An institutional theory of public contracts: regulatory implications», in Claude MÉNARD & Michel GHERTMAN (org.), *Regulation, Deregulation, Reregulation – institutional perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2009, p. 45 e segs.; Anna ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Turim, Giappichelli Editore, 2008, p. 303e segs..

¹⁴³ É também esse o sentido da conclusão WOOLF, *ibidem*, segundo a qual «regulation by contract is not new».

¹⁴⁴ A este respeito e neste sentido, sobre o contrato entre a Administração e empresas reguladas como mecanismo de auto-regulação, cf. FREIGANG, *ob. cit.*, p. 302.

preferência por um modelo de regulação que confere uma protecção reforçada aos regulados, designadamente ao tutelar a *confiança* que depositam nas normas (contratuais) regulatórias, uma vez que, em caso de alteração dessas normas, emerge em benefício deles um direito à reposição do equilíbrio inicial. Compreende-se, neste sentido, os autores que contrapõem a esta regulação por contrato, não o conceito de *regulação por agência*, mas antes o de *regulação discricionária* ⁽¹⁴⁵⁾. Em segundo lugar, a consideração do contrato de concessão como contrato regulatório, enquanto visa regular a conduta da empresa privada concessionária no exercício de uma actividade pública, permite compreender melhor a sua dimensão de um particular *contrato sobre o exercício do poder público*.

Como a doutrina tem observado, o contrato regulatório (do tipo concessório) e a regulação por contrato não têm de excluir a regulação por agência ⁽¹⁴⁶⁾, havendo até quem entenda que se trata de uma falsa dicotomia ⁽¹⁴⁷⁾. Sem ir tão longe nestas considerações, porquanto qualquer um dos modelos de regulação pode excluir o outro, tem de se reconhecer que a regulação por contrato – enquanto *estratégia regulatória* e não apenas enquanto *técnica regulatória* – pode conviver com a regulação por agência. *Hoc sensu*, não se exclui que haja sectores e empresas reguladas por contrato (de concessão) e por agência reguladora. No direito português, assim sucede exactamente no domínio da regulação dos serviços públicos de abastecimento de água, de tratamento de águas residuais e de recolha de resíduos sólidos, bem como no da regulação do transporte e da distribuição de energia eléctrica. Em qualquer destes casos, as empresas titulares das actividades submetem-se a uma regulação por agência (ERSAR, no primeiro caso, e ERSE, no segundo) e a uma regulação por contrato (contratos de concessão com os municípios ou com o Estado).

Embora várias circunstâncias possam contribuir para o fenómeno e múltiplos fins possam estar na mente do legislador, o estabelecimento de um sistema duplo de regulação – regulação por contrato combinada com a regulação por agência – pretende introduzir, no processo regulatório, as vantagens do compromisso contratual (com a diminuição da discricionariedade regulatória da agência) e da protecção reforçada do equilíbrio entre o que se exige da empresa regulada e o que se lhe dá em troca, em termos de garantia do retorno do investimento efectuado. Em certos contextos, a regulação por contrato revela-

¹⁴⁵ Cf. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pp. 31 e segs.

¹⁴⁶ Neste sentido, WOOLF, *ob. cit.*, p. 119, afirmando que a regulação por contrato «is not regulation without a regulator».

¹⁴⁷ Cf. BAKOVIC, TENENBAUM & WOOLF, *ob. cit.*, p. 72.

se um instrumento essencial para atrair investimentos privados que, de outro modo, só com a regulação por agência, não se realizariam. É verdade que não há garantias absolutas contra o incumprimento do Estado, seja enquanto contratante ou enquanto regulador; mas o incumprimento contratual tem a vantagem de se revelar facilmente como um acto ilícito, resultado que pode não se afigurar tão nítido no caso em de uma mera alteração das normas que regulam um determinado mercado.

3.3 – O contrato regulatório como «contrato interno»

Já acima aludimos ao conceito de «contrato interno» (*internal contract*), que a doutrina, sobretudo anglo-saxónica, vem utilizando para identificar categorias de acordos celebrados no interior da Administração Pública, entre órgãos e serviços da mesma pessoa colectiva pública ou até entre diferentes pessoas colectivas públicas, mas entre as quais existe uma relação *in house* – *v.g.*, entre os municípios e as empresas municipais de capitais exclusivamente municipais ou entre o Estado e as entidades empresarias públicas que actuam no sector da saúde: aos contratos entre estas entidades formalmente autónomas parece, porém, faltar o elemento essencial consistente na alteridade, dizendo-se por isso que se trata de um contrato «dentro de casa»⁽¹⁴⁸⁾.

Pois bem, no âmbito destas «relações internas», surge um cenário particular de regulação por contrato, que igualmente se desenvolve entre os actores de um mercado e a autoridade responsável pela regulação desse mercado. Diz-se que ocorre neste domínio um fenómeno de regulação por contrato de «quase-mercados» de serviços públicos⁽¹⁴⁹⁾. Com efeito, na sequência da implementação, na Administração Pública, dos modelos da *nova gestão pública*, houve necessidade, por um lado, de separar as esferas da *política* e da *administração*, e por outro, de submeter certas estruturas administrativas (*v.g.*, hospitais, empresas públicas, empresas municipais) a uma lógica de actuação empresarial, com uma abordagem gestionária e de mercado, inclusivamente competitiva. Assim, essas estruturas públicas converteram-se, de certo modo, em *operadores de mercado* e a sua acção teve de

¹⁴⁸ Cf. VINCENT-JONES, *New public contracting*, *cit.*; DAVIES, *Accountability*, *cit.*. A figura dos contratos internos tem contactos com pelo menos alguns dos entre nós designados *contratos interadministrativos*; sobre estes, cf. ALEXANDRA LEITÃO, «Os contratos interadministrativos», in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, Coimbra Editora (CEDIPRE), 2008, p. 733 e segs..

¹⁴⁹ Cf. VINCENT-JONES, «The regulation of contractualisation...», *cit.*, p. 305 e segs.; *idem*, «Contracting for public services: trust, accountability, and consumer participation in UK local authority quasi-markets», in FORTIN & HASSEL, *ob. cit.*, p. 143 e segs..

passar a ser regulada numa óptica de regulação de mercado. Associada a este processo de transformação da Administração, a figura do contrato – com denominações variadas: *contratos-programa*, *contratos de gestão* – não só se instalou, como veio mesmo a constituir uma peça fundamental ⁽¹⁵⁰⁾, cabendo-lhe a função de regulação dos *players* públicos do novo (quase-)mercado de referência: quer na formulação e definição de metas e de objectivos, em quantidade e em qualidade, quer no acompanhamento, quer, por fim, na previsão de mecanismos sancionatórios para casos de incumprimento.

¹⁵⁰ Como observa LANE, *ob. cit.*, p. 147, «new public management is the theory that makes contracting the médium of communication in the public sector».